

ACADEMIA ROMÂNĂ
Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”

Comunicări prezentate la sesiunea anuală de comunicări științifice

***Dreptul românesc la 100 de ani de la Marea Unire.
Dimensiuni și tendințe***

București,
20 aprilie 2018

ISBN CD: 978-606-39-0247-5

COMITETUL ȘTIINȚIFIC

Președinte:

prof.univ.dr. **Mircea DUȚU**

Director

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

prof.dr. **Sofia POPESCU**

cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Marilena ULIESCU**

cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Dumitra POPESCU**

cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Rodica STĂNOIU**

cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Raluca DIMITRIU**

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

prof.dr. **Dana TOFAN**

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

prof.dr. **Gheorghe BUTA**

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

prof.dr. **Mihai ȘANDRU**

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

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

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

conf.dr. **Alexandrina ȘERBAN**

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

conf.dr. **Bogdan PĂTRAȘCU**

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

conf.dr. **Ion IFRIM**

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

conf.dr. **Aura PREDA**

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

conf.dr. **Versavia BRUTARU**

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

COMITETUL de ORGANIZARE

Președinte:

prof.univ.dr. **Mircea DUȚU**

Director

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

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

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

dr. **Ion IFRIM**

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

dr. **Aura PREDA**

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

dr. **Versavia BRUTARU**

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

dr. **Dumitru DOBREV**

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

(drd.) **Mihaela-Gabriela BERINDEI**

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

dr. **Ion FLĂMÎNZEANU**

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

dr. **Andrei CONSTANTIN**

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

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

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

Universitatea ”Titu Maiorescu”, Facultatea de Drept

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

CUPRINS

SECȚIUNEA DREPT PRIVAT I

ÎNNOIREA LEGISLAȚIEI CIVILE – AȘTEPTĂRI ȘI REZULTATE. PRIVIRE SPECIALĂ ASUPRA UNOR INSTITUȚII DE DREPT SUCCESORAL Bogdan Pătrașcu, Ilioara Genoiu	12
SUCCESIUNEA REGLEMENTĂRIILOR DE DREPT MATERIAL APLICABILE MOȘTENIRII DUPĂ MAREA UNIRE Silviu-Dorin Șchiopu	17
BUNURILE IMOBILE CU VALOARE UNIVERSALĂ – MOȘTENIRE, PROTECȚIE, NECESITATE Adela Teoteoi-Pîrlică	23
MOȘTENIREA LEGALĂ. DREPTURILE SUCCESORALE ALE SOȚULUI SUPRAVIEȚUITOR Clarisa – Violeta Baluță	29
EVOLUȚIA CONTRACTULUI CA MIJLOC DE TRANSMITERE A PROPRIETĂȚII ÎN 100 DE ANI DE LA MAREA UNIRE Radu Stancu	35
DESPRE OBLIGATIVITATEA FORMEI AUTENTICE LA ÎNCHEIEREA PROMISUNII DE VÂNZARE A UNUI BUN IMOBIL ÎN VEDEREA PRONUNȚĂRII UNEI HOTĂRÂRI CARE SĂ ȚINĂ LOC DE ACT AUTENTIC Victor Marcusohn	41
CONSIDERAȚII ASUPRA PROIECTUL DE MODIFICARE ȘI COMPLETARE A LEGII NR. 17/2014 PRIVIND UNELE MĂSURI DE REGLEMENTARE A VÂNZĂRII TERENURILOR AGRICOLE SITUATE ÎN EXTRAVILAN Cristian Jora	45
CÂTEVA ASPECTE PRIVITOARE LA CLASIFICAREA PREJUDICIULUI DIN PERSPECTIVA RĂSPUNDERII CIVILE DELICTUALE Florin Octavian Barbu	50
MAREA UNIRE ȘI EVOLUȚIA ENERGICĂ A LEGISLAȚIEI ÎN MATERIA CĂRȚILOR FUNCiare Nora Andreea Daghie	55
PERSPECTIVELE CODIFICĂRII DREPTULUI PRIVAT EUROPEAN Andrei Duțu-Buzura	60
ASPECTE ALE EVOLUȚIEI DREPTULUI FAMILIEI DIN EPOCA MARII UNIRI ȘI PÂNĂ ASTĂZI Cristiana-Mihaela Crăciunescu	64
ACCEPȚIUNILE NOȚIUNII DE FAMILIE DIN ANUL 1918 ȘI PÂNĂ ÎN PREZENT Mihaela-Gabriela Berindei	70
REGLEMENTĂRI ÎN SFERA RELAȚIILOR DE FAMILIE, ÎNTRE CONSOLIDARE ȘI INOVARE Oana Ispas	76
EXERCITAREA ȘI LIMITELE DE EXERCITARE ALE DREPTURILOR ȘI OBLIGAȚIILOR NEPATRIMONIALE ALE SOȚILOR Nicoleta Roxana Șerbănoiu	82
OPINII PRIVIND EXERCITAREA EXCLUSIVĂ A AUTORITĂȚII PĂRINTEȘTI ÎN CAZUL DECESULUI UNUIA DINTRE PĂRINȚI Marius Ionel Nicolau	89

SECȚIUNEA DREPT PRIVAT II

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA STABILIREA CARACTERULUI DE ORDINE PUBLICĂ SAU DE ORDINE PRIVATĂ AL NORMELOR DE COMPETENȚĂ TERITORIALĂ A INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI

Nicolae-Horia Țiț.....96

ARHITECTURĂ PROCESULUI CIVIL DIN PERSPECTIVA DOCTRINEI CIVILE, A CODULUI CIVIL ȘI A CODULUI DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Pavel Filip.....103

COMPLETAREA HOTĂRÂRII JUDECĂTOREȘTI CIVILE. ÎNCĂLCAREA DREPTULUI LA UN PROCES ECHITABIL

Dumitru Dinu, Mariana Stan 112

DESPRE POSIBILITATEA TRIBUNALELOR ARBITRALE DE A ADRESA ÎNTREBĂRI PRELIMINARE CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE – IPOTEZA ROMÂNIEI PRIN RAPORTARE LA ULTIMELE TENDINȚE

Maria-Magdalena Cardiş 115

TENDINȚE DE EFICIENTIZARE ÎN LUMINA NOILOR REGULI ROMÂNE DE PROCEDURĂ ARBITRALĂ

Cristina Ioana Florescu.....121

O PRIVIRE COMPARATIVĂ ASUPRA CAUZELOR DE DESFIINȚARE A CONTRACTULUI DE VÂNZARE ÎN LEGIUIREA CARAGEA ȘI CODUL CIVIL ROMÂN

Andra-Ioana Alexe 127

MANIFESTĂRI ALE AUTONOMIEI DE VOINȚA ÎN CAZUL CONTRACTELOR ALEATORII

Andreea Mariana Sima 132

NOI EVOLUȚII LEGISLATIVE PRIVIND ACȚIUNEA DIRECTĂ A LUCRĂTORILOR ÎMPOTRIVA BENEFICIARULUI, ÎN CONTRACTUL DE ANTREPRIZĂ (ART. 1.856 NCC)

Dumitru Dobrev.....137

RECALIFICAREA UNUI CONTRACT CIVIL CA AVÂND NATURA JURIDICĂ A UNUI CONTRACT DE MUNCĂ

Raluca Dimitriu 143

SOLUȚIONAREA CONFLICTELOR DE MUNCĂ. DREPTUL LA GREVĂ

Mariana Stan.....149

EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII CONTRACTULUI DE UCENICIE LA LOCUL DE MUNCĂ

Anca-Verginica Lăcraru 153

PRINCIPIUL CONSENSUALISMULUI ȘI REGLEMENTAREA CONTRACTULUI DE MUNCĂ ÎN DREPTUL ROMÂN

Dan Țop, Lavinia Savu.....159

TRANSFORMĂRILE DIN ULTIMUL SECOL ÎN MATERIA LEGISLAȚIEI BREVETĂRII INVENȚIILOR DIN ROMÂNIA

PAUL POPOVICI 163

ADMINISTRATORUL SOCIETĂȚII – PRIVIRE RETROSPECTIV ISTORICĂ, EVOLUȚIE LEGISLATIVĂ, REPERE CONTEMPORANE

Dragoș Daghe 172

SECȚIUNEA DREPT PUBLIC

DIMENSIUNEA AXIOLOGICĂ A DREPTULUI Ion Craiovan	178
CONTRIBUȚII ROMÂNEȘTI LA DEZVOLTAREA FILOSOFIEI DREPTULUI ÎN ULTIMA SUTĂ DE ANI - VĂLIMĂRESCU, IONAȘCU, PANDREA, DRĂGHICESCU, SPERANȚIA, DJUVARA Mihai Bădescu	182
CONSIDERAȚII PRIVIND EVOLUȚIA CONCEPTULUI DE CULTURĂ JURIDICĂ ÎN GÂNDIREA JURIDICĂ ROMÂNEASCĂ ÎN PERIOADA 1918 – 2018 Claudiu ramon d. Butculescu.....	198
PARADIGME ȘI CURENTE ALE DREPTULUI ÎN GÂNDIREA JURIDICĂ ROMÂNEASCĂ: ȘCOALA DREPTULUI NATURAL ȘI ȘCOALA ISTORICĂ A DREPTULUI Viorel Miulescu	202
PRAVILA DE LA GOVORA – ÎNTÂIUL IZVOR DE DREPT ROMÂNESC Ion Ristea.....	206
UNELE CONSIDERAȚII DESPRE DIMENSIUNILE ȘI TENDINȚELE DREPTULUI ROMÂNESC LA 100 DE ANI DE LA MAREA UNIRE Dr. Valentin – Stelian Bădescu.....	209
ASPECTE SELECTIVE PRIVIND EVOLUȚIA REGLEMENTĂRIILOR REFERITOARE LA PUTEREA JUDECĂTOREASCĂ ÎN CONSTITUȚIILE ROMÂNE ȘI ÎN DREPTUL ROMÂNESC LA 100 DE ANI DE LA MAREA UNIRE Nicolae Pavel.....	217
DIMENSIUNILE ȘI TENDINȚELE INTERPRETĂRII NORMEI JURIDICE ÎN DREPTUL ROMÂNESC DIN PERIOADA 1918 – 2018 Iosif Friedmann – Nicolescu.....	227
CÂTEVA REFLECȚII PRIVIND CONSOLIDAREA ȘI EFICIENTIZAREA SISTEMULUI JUDICIAR Andrei Constantin.....	231
SUVERANITATEA - EVOLUȚIE CONCEPTUALĂ ÎN CONTEXTUL ADERĂRII LA UNIUNEA EUROPEANĂ Emilian Ciongaru, Mihail Niemesch	234
MAGISTRATUL MILITAR GENERAL ALEXANDRU PETRESCU: CURSUS HONORUM Iuliu Crăcană.....	239
JUSTIȚIA CONSTITUȚIONALĂ ÎN ROMÂNIA. EVOLUȚIE ȘI PERSPECTIVE Marius Andreescu.....	250
CONSTITUȚIONALISMUL ROMÂNESC SUB INFLUENȚA REGIMURILOR POLITICE Antonia-Luciana Mîrzac.....	256
CONSIDERAȚII PRIVIND EVOLUȚIA REGIMULUI MINORITĂȚILOR NAȚIONALE ÎN ROMÂNIA Marius Bălan.....	261
DELEGAREA LEGISLATIVĂ – NECESITATE SAU OPORTUNITATE PENTRU GUVERNUL ROMÂN? Oana Șaramet.....	267
NOȚIUNEA DE FUNCȚIONAR PUBLIC DIN PERSPECTIVA REGLEMENTĂRIILOR LEGALE ACTUALE Adela Maria Cerchez	272

SECȚIUNEA DREPT INTERNAȚIONAL PUBLIC ȘI DREPT EUROPEAN

CONSIDERAȚII REFERITOARE LA RAPORTUL DINTRE DREPTUL INTERN ȘI DREPTUL INTERNAȚIONAL PUBLIC

Carmen Moldovan 278

CONSIDERAȚII PRIVIND OPORTUNITATEA MENȚINERII MECANISMULUI DE VERIFICARE ȘI COOPERARE PENTRU ROMÂNIA

Ina Raluca Tomescu 284

DIPLOMAȚIA ROMÂNEASCĂ LA 100 DE ANI DE LA INAUGURAREA PRIMEI MISIUNI DIPLOMATICE OFICIALE ROMÂNEȘTI ÎN SUA

Cristina M. Kassai 289

HABITAT III. NOUA AGENDĂ URBANĂ. EVOLUȚII CONCEPTUALE PRIVIND ORGANIZAREA ȘI FUNCȚIONAREA ORAȘELOR ÎN SEC.XXI, DIN PRISMA DOCUMENTELOR ONU

Mădălina Virginia Antonescu.....293

DREPTUL INTERN ȘI DREPTUL INTERNAȚIONAL AL INVESTIȚIILOR. *QUO VADIS?*

Cristina Elena Popa (Tache) 299

COOPERAREA ADMINISTRATIVĂ ÎN DOMENIUL FISCAL ÎNTRE STATELE MEMBRE ALE UNIUNII EUROPENE PRIN SCHIMB AUTOMAT OBLIGATORIU DE INFORMATII ȘI PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL

Arina Dragodan 303

NOȚIUNEA, ESENȚA ȘI REGLEMENTAREA CONCEPTULUI DE CONTROL BUGETAR

Petruța Gabriela Stroe.....311

CONSIDERAȚII ASUPRA CADRULUI LEGISLATIV ȘI INSTITUȚIONAL DIN ROMÂNIA CU PRIVIRE LA PRODUCEREA, COMERCIALIZAREA ȘI UTILIZAREA DRONELOR CIVILE ÎN CONTEXTUL REGLEMENTĂRIILOR EUROPENE ȘI INTERNAȚIONALE

Laura Magdalena Trocan.....317

ASPECTE PRIVIND EVOLUȚIA PROTECȚIEI MEDIULUI ÎN DREPTUL ROMÂNESC

Oana Maria Hanciu.....324

REGIMUL JURIDIC AL PROTECȚIEI MĂRII NEGRE ÎMPOTRIVA POLUĂRII

Izabela Mihaela Honciu (Lazăr) 328

EVOLUȚII ÎN DREPTUL MEDIULUI LA 100 DE ANI DE LA MAREA UNIRE

Georgiana-Florina Ionescu 332

ROMÂNIA – PARTE A PROCESULUI DE REALIZARE A IDEII DE UNITATE LA NIVEL EUROPEAN

Augustin Fuerea.....335

PATRIMONIUL CULTURAL LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE: VIZIUNE, REGIM JURIDIC, INIȚIATIVE LEGISLATIVE ȘI PROGRAME

Sorin Ivan 340

TRANSFERUL DE CREDITE NEPERFORMANTE POTRIVIT DREPTULUI CONCURENȚIAL AL UE – ASPECTE DE DREPT COMPARAT ȘI PRACTICĂ JUDICIARĂ RELEVANTĂ

Alexandra Stănciulescu 346

EVOLUȚIA REGLEMENTĂRIILOR CONCURENȚIALE DE LA ADERAREA ROMÂNIA LA UNIUNEA EUROPEANĂ PÂNĂ ÎN PREZENT. TENDINȚE ȘI PERSPECTIVE

Roxana-Daniela Păun 351

DEZVOLTAREA COMERȚULUI INTERNAȚIONAL ÎN SINCRONICITATE CU DINAMICA PIEȚEI INTERNE A UE. STUDIU DE CAZ - PRODUSE TRADIȚIONALE ROMÂNEȘTI, RECUNOSCUTE LA NIVELUL UE, PE PIEȚELE EMERGENTE ALE CONTINENTULUI AMERICA Speranța-Liliana Neagu	356
SECȚIUNEA ȘTIINȚE PENALE, CRIMINOLOGIE REFLECTAREA PRINCIPIULUI PREZUMȚIEI DE NEVINOVĂȚIE ÎN DISPOZIȚIILE ACTUALULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ Anca-Lelia Lorincz.....	364
EXCESUL NEIMPUTABIL. EVOLUȚIA ISTORICĂ A CONCEPTULUI, ASPECTE DE DREPT COMPARAT ȘI PRACTICĂ JUDICIARĂ Maria Oprea, Gina Gabriela Oprea.....	368
PRINCIPIILE CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI ÎN CAZURILE DE MALPRAXIS MEDICAL DIN ROMÂNIA Lorena Zidar	373
EVOLUȚIA MĂSURILOR DE PROTECȚIE A TINERILOR ÎN CONTEXTUL GARANTĂRII DREPTULUI FUNDAMENTAL LA INFORMAȚIE Alina V. Popescu	379
EFECTELE DECIZIEI NR.1/2016 A ÎCCJ - COMPLETUL PENTRU DEZLEGAREA UNOR CHESTIUNI DE DREPT ÎN MATERIE PENALĂ ASUPRA UNOR SUBIECȚI DE DREPT ÎN MATERIE CONTRAVENȚIONALĂ Carmen Adriana Domocoș	384
RĂSPUNDEREA PENALĂ A FUNCȚIONARILOR PUBLICI Mihnea Alexandru Cerchez	391
LEGEA PENALĂ CA INSTRUMENT AL POLITICII PENALE ÎN ULTIMUL SECOL (1918-2018) Oana Roxana Ifrim	396
OMORUL PRIN OMISIUNE MIOARA-KETTY GUIU.....	399
INFRAȚIUNI CUPRINSE ÎN CODURILE SILVICE ROMÂNE DIN 1918 PÂNĂ ÎN 2018 Sorin-Alexandru Vernea.....	405
PARTICULARITĂȚILE CONȚINUTULUI CONSTITUTIV AL INFRAȚIUNILOR SILVICE ÎN SITUAȚIA SUBIECTULUI ACTIV PERSOANĂ JURIDICĂ Andreea Vernea	412
SOLUȚII JURIDICE PENTRU STOPAREA FRAUDEI FISCALE A MULTINAȚIONALELOR DIN ROMÂNIA Constantin Neașu	418
EVOLUȚIA INFRAȚIUNII DE FAVORIZARE A FĂPTUITORULUI ÎN LEGEA ROMÂNĂ. UNELE ELEMENTE DE CONTINUITATE Ioana Rusu	424
TĂINUIREA ÎN LEGEA ROMÂNĂ. EVOLUȚIA INCRIMINĂRII DE LA CODUL PENAL DE LA 1864 LA CODUL PENAL ÎN VIGOARE. UNELE ASPECTE CARE PRIVESC CONSECVENȚA LEGIUITORULUI ROMÂN Bogdan Bîrzu.....	431
INFRAȚIUNILE CONTRA ÎNFĂPTUIRII JUSTIȚIEI ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ DE LA MAREA UNIRE PÂNĂ ÎN ZILELE NOASTRE. CONTINUITATEA INCRIMINĂRII Ion Rusu.....	437

DESPRE <i>PRAGUL VALORIC</i> LA INFRAȚIUNEA DE ABUZ ÎN SERVICIU ÎN LEGISLAȚIA NOASTRĂ PENALĂ. DIMENSIUNI ȘI TENDINȚE Ion Ifrim.....	444
INCRIMINAREA TRANSMITERII HIV ÎN EUROPA Mihaela Agheniței, Luiza Tatiana Pricop.....	451
ORDINUL EUROPEAN DE ANCHETĂ - CEL MAI NOU INSTRUMENT DE COOPERARE JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ Daniela Dediu.....	454
RECURSUL ÎN CASAȚIE. PERSPECTIVE ISTORICE ȘI ACTUALITATE Versavia Brutaru.....	458
DREPTURILE ȘI LIBERTĂȚILE CETĂȚENEȘTI ÎN CONTEXTUL REALIZĂRII SECURITĂȚII NAȚIONALE. MANDATUL DE SECURITATE NAȚIONALĂ Autor: Cristian Popa, co-autor: Romeo – Ioan Gârz	463
APLICAREA PRINCIPIULUI <i>LEX MITIOR</i> UNOR DISPOZIȚII PROCESUAL PENALE Ionuț Nefliu.....	468
ASPECTE CONTROVERSATE ÎN PROCEDURA OBTÎNERII DATELOR FINANCIARE ALE UNEI PERSOANE Valentin Trif	473
ASPECTE DOCTRINARE ȘI JURISPRUDENȚIALE PRIVIND MĂSURILE DE SUPRAVEGHERE ȘI OBLIGAȚIILE IMPUSE DE INSTANȚĂ ÎN CAZUL AMÂNĂRII APLICĂRII PEDEPSEI ȘI SUSPENDĂRII EXECUTĂRII PEDEPSEI SUB SUPRAVEGHERE Mihai Mareș.....	479
LIBERAREA CONDIȚIONATĂ DIN PEDEAPSA ÎNCHISORII – CONSIDERAȚII ASUPRA CONDIȚIILOR DE ACORDARE DIN PERSPECTIVA EVOLUȚIEI ACESTORA Dr. Gabriela-Nicoleta Chihaia.....	485
EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII FAPTELOR DE CORUPȚIE ÎN CODURILE PENALE ROMÂNE Niculae Gamenț	492
IMPORTANȚA PREDICTIBILITĂȚII PROCEDURILOR PENALE ÎN FAZA DE URMĂRIRE PENALĂ Denisa Barbu	498
LUAREA MĂSURII PREVENTIVE A CONTROLULUI JUDICIAR PE CAUȚIUNE ÎN FAZA DE CAMERĂ PRELIMINARĂ Ion Flaminzeanu, Denisa Barbu	503
DREPTUL INCULPATULUI DE A ÎNCHEIA UN ACORD DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI Ioana Stoenac-Cîrstea, Ciprian-Mihai Stoenac.....	507
CRIMIGRAȚIA ÎN EUROPA: CONCEPT, EVOLUȚIE, TENDINȚE Delia Magherescu.....	511
RISURI ASIMETRICE EMERGENTE ÎN SOCIETATEA CONTEMPORANĂ: RADICALIZAREA, ASPECTE CRIMINOLOGICE Dr. Viorel gheorghe.....	515
REPERE ISTORICE PRIVIND SISTEMUL PENITENCIAR DIN ROMÂNIA Aura Preda.....	523
REGULI ȘI PROCEDEE TACTICE CRIMINALISTICE PRIVIND AUDIEREA VICTIMELOR TRAFICULUI DE PERSOANE Adrian Cristian Moise	527

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT I**

ÎNNOIREA LEGISLAȚIEI CIVILE – AȘTEPTĂRI ȘI REZULTATE. PRIVIRE SPECIALĂ ASUPRA UNOR INSTITUȚII DE DREPT SUCCESORAL

Bogdan PĂTRAȘCU*, Iliora GENOIU**

Abstract : *The authors make a comparative assessment of succession law institutions, taking into account the Civil Code of 1864 and the Civil Code in force today. In this context, are also considered issues with wider coverage but with impact on one or other of the legal institutions. We refer, for example, to the monistic vision of private law, and also to the concepts of law, to the legal language in general.*

Key words: *monistic vision; legal language; inheritance; succession indignity; succession representation; will; succession option.*

1. Precizări prealabile

După anul 1989, a început un accelerat proces de înnoire legislativă. Dacă luăm în considerare doi factori ai acestuia și anume dinamica și adâncimea, profunzimea sa, încă este de reflectat care dintre ei prevalează. Altfel spus, prefacerile socio-economice notabile au determinat – este adevărat – o dinamică legislativă semnificativă. Sunt însă, cel puțin la același nivel, schimbările de structură, de profunzime, pe care le-au cunoscut reglementările juridice? Pare că răspunsul la această întrebare este afirmativ, dacă avem în vedere numai realitatea existenței noilor coduri (acte normative complexe, care reunesc regulile de drept cele mai importante, instituțiile juridice relevante, atât pentru domeniul penal, cât și pentru cel civil, atât în plan procesual, dar și în cel al dreptului material). De asemenea, că aceste acte normative complexe au, printre altele, menirea să confere coerență, să adune și să ordoneze toate celelalte reglementări aparținând domeniilor reglementate. Demersul nostru privește numai ramura dreptului civil, mai precis numai o materie a acestuia, cea a succesiunilor. Vom încerca să evidențiem prefacerile suferite de unele dintre instituțiile moștenirii și să răspundem, din această perspectivă, sau măcar să ne punem întrebarea, dacă unele dintre aceste evoluții sunt adecvate sau, dimpotrivă, ridică probleme teoretice, iar în perspectivă și practice, în procesul de aplicare a dreptului.

Fiind vorba despre o perspectivă cuprinzătoare, asupra unei întregi materii, este de înțeles că ne vom referi și la aspecte asupra cărora, în timp, cu diferite prilejuri, am stăruit. Vom semnală, prin urmare, unele dintre sursele bibliografice ale acestor preocupări anterioare¹.

2. Câțiva factori de ordin general care exced cadrului instituțiilor juridice, dar care le modelează structura și înfățișarea

Mai întâi, vom spune că principalele acte normative pe care le vom avea în vedere sunt cele două coduri civile: cel de la 1864, în prezent abrogat și cel astăzi în vigoare². Într-adevăr, înfățișarea particulară a mai multor instituții semnificative de drept succesoral, în fiecare dintre cele două coduri civile, dă măsura dinamicii materiei juridice de care ne ocupăm. Vom începe, însă, cu unele observații de ordin terminologic. Care este, de pildă, accepțiunea noțiunii de drept civil: aceea de ramură de drept? În caz afirmativ, care-i sunt în prezent obiectul și metoda de reglementare? Apoi, sunt raporturi de drept civil toate acelea în care părțile sunt în poziție de egalitate juridică, chiar și când cel puțin una dintre ele are o anumită calitate (de pildă, de rudă, de soț etc. sau de profesionist³ – avem în vedere, în special, pe

* Cercetător științific gr. II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Lector universitar doctor, Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, București.

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

¹ Facem referire, în principal, la cele douăsprezece capitole pe care le-am realizat în Uliescu M., (coordonator), *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 567-700, p. 751-941 și p. 961-982. Menționăm, de asemenea, câteva studii și articole, în care au fost puse în discuție unele instituții ale dreptului succesoral: Câteva propuneri de lege ferenda în legătură cu dispozițiile noului Cod civil privind moștenirea legală, „Dreptul” nr. 1/2013, p. 22-32; Câteva propuneri de lege ferenda cu privire la devoluțiunea testamentară a moștenirii, în reglementarea Legii nr. 287/2009 (republicată), „Dreptul” nr. 3/2013, p. 49-61; Discuții privitoare la unele aspecte ce au generat sau pot naște controverse referitoare la opțiunea succesorală, „Dreptul” nr. 4/2014, p. 54-66; Câteva reflecții în legătură cu funcțiile certificatului de moștenitor, inclusiv ale celui european, „Studii și cercetări juridice”, nr. 2/2016, p. 171-186, Editura Academiei, București; Câteva aspecte de interes în legătură cu vânzarea moștenirii, „Studii și cercetări juridice”, nr. 4/2016, p. 503-517, Editura Academiei, București; Despre particularitățile unor instituții ale dreptului succesoral și despre dificultățile integrării lor în ansamblul materiei moștenirii, în volumul Sesiunii anuale de comunicări științifice “Intrarea în vigoare a noilor coduri. O primă evaluare”, organizată de Institutul de Cercetări Juridice “Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 4-11; Abordarea dreptului la moștenire din perspectivă constituțională, „Dreptul” nr. 3 /2017, p. 83-94; Reflecții cu privire la principiile generale ale devoluțiunii succesoriale legale și excepțiile de la acestea, „Dreptul” nr. 2/2018, p. 67-78.

² Este vorba despre Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

³ Potrivit art. 3 C.civ. ”(1)Dispozițiile prezentului cod se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil. (2)Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere. (3)Constituie exploatarea unei

acei profesioniști care desfășoară o activitate comercială)? În sfârșit, sunt sinonimi termenii de ramură de drept și de domeniu al dreptului? Nu dezvoltăm cu acest prilej aceste aspecte, însă ele pun în discuție utilitatea și consecințele viziunii moniste, împărtășită de Codul civil în vigoare, de reglementare unică și unitară a tuturor raporturilor de drept privat. Mai există, în prezent, de pildă, dreptul familiei, dreptul comercial și dreptul internațional privat, ca ramuri de sine stătătoare ale dreptului? Răspunsul este mai degrabă negativ. Așa fiind, nu era mai adecvată existența unei pluralități de ramuri ale dreptului privat, iar, în aceasta construcție, dreptul civil să fie dreptul comun⁴? Nu era oare, într-o măsură mai mare, această relație general-particular, mai aptă să surprindă și să satisfacă specificul fiecărui domeniu și, în același timp, să fie păstrată unitatea și coerența întregului sistem?

Limbajul juridic reprezintă, de asemenea, un element definitoriu al construcției reglementării, grija pentru înnoirea sa este desigur necesară. În opinia noastră, contează aici, mai ales măsura acestei preocupări și păstrarea specificității. Este bine, așadar, că în Codul civil în vigoare nu se mai întâlnesc termenii arhaici din vechiul cod, este însă mai puțin bine că sunt folosiți, uneori, termeni profani în locul unora juridic consacrați⁵. Aceasta se observă, mai ales cu prilejul preocupării de a realiza o unitate terminologică, astfel încât să fie înlăturate din actele normative sinonimele, chiar dacă acestea aveau vechime și consacrare juridică. Preocuparea, în principiu, este justificată, însă doar în ceea ce privește cuprinsul legilor lato sensu. Ni se pare greșit și păgubos a avea această abordare și la nivelul doctrinei, ori cu prilejul redactării hotărârilor judecătorești. Ar însemna, în acest caz, o sărăcire a zestrei lingvistice a dreptului, cu implicații grave nu doar de estetică a textului, ci chiar de claritate a conținutului său. Este, poate, o impresie a noastră - și ne-ar bucura să fie așa - cvasirenunțarea în literatura juridică la termeni ca succesiune, ereditate, erede, nevrednicie succesorală, exheredare etc.

Preocupare ar fi trebuit să existe și cât privește păstrarea unor formulări și sintagme cu notorietate, pe drept cuvânt câștigată. Este cazul, de pildă, al celei din art. 651 Cod civil anterior. Textul de lege dispunea într-o manieră concisă și inspirată: "Succesiunile se deschid prin moarte". În schimb, Codul civil în vigoare, în art. 954 alin. (1) prevede că "Moștenirea unei persoane se deschide în momentul decesului acesteia". Formularea ultimului text de lege este doar aparent mai cuprinzătoare. Aceasta, deoarece se reține doar momentul deschiderii moștenirii. Când se precizează însă "prin moarte", este arătat, în plus și faptul juridic care determină deschiderea moștenirii, anume moartea celui care o lasă. Rolul esențial, am spune exclusiv, al decesului în deschiderea moștenirii este important a fi precizat chiar de legiuitor. Aceasta face să se înțeleagă rolul hotărâtor al acestui fapt juridic, stricto sensu, în deschiderea moștenirii și în transmisiunea către moștenitori a patrimoniului devenit succesoral. Ținem să precizăm, în acest context, în mod lapidar, și folosirea în Codul civil în vigoare a termenului "transmitere" și nu "transmisiune succesorală", cum era îndeobște cunoscut în doctrină. Deși este vorba de sinonime, termenul juridic ni se pare a fi fost "transmisiune", iar sinonimul său profan "transmitere". Poate este o impresie a noastră, urmare a obișnuinței în utilizare, dar pare că transmisiune accentuează esența fenomenului în care greutatea specifică revine transferului patrimonial, fără a fi pusă problema existenței voinței lui de cujus sau a moștenitorilor în realizarea acestui transfer. Căci, o asemenea componentă volitivă nici nu există. Într-adevăr, după cum deja am precizat, moartea ca fapt material cu consecințe juridice determină transmisiunea succesorală. Cât privește subiectele de drept între care aceasta operează, ele sunt indicate de lege (în cazul moștenirii ab intestat) și de testament, în ipoteza celei testamentare. Nu prin voința testatorului se produce transmisiunea moștenirii, căci acest act juridic este unul mortis causa, nici nu produce efecte până la decesul testatorului, iar când decesul intervine, legatul testamentar indică doar sensul transmisiunii, mai exact către cine anume se face transmisiunea, dar nu o determină. Singură, moartea are acest efect. În sfârșit, trebuie precizat că nici actul de opțiune succesorală nu are un asemenea rol translativ, căci natura sa juridică este de act declarativ de drepturi. De pildă, actul de acceptare doar consolidează în persoana acceptantului transmisiunea succesorală, deja produsă în momentul morții și, ca o consecință exclusivă, directă și imediată a decesului⁶.

3. Reflecții cu privire la dinamica unor instituții de drept succesoral

Sunt numeroase instituții juridice, cu privire la care există și pot fi analizate diferențe specifice, care se subscriu enunțului din subtitlu. Brevitatis causa, nu ne vom opri decât la unele dintre acestea.

Moștenirea însăși este privită de legiuitor din două perspective: aceea de transmisiune succesorală, prin urmare a unui patrimoniu ce aparținea unei persoane acum decedată și de obiect al acestei transmisiuni. Definiția legală a

întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ".

⁴ A se vedea, în acest context, și dispozițiile art. 2 alin. (2) C.civ., potrivit cărora "Prezentul cod este alcătuit dintr-un ansamblu de reguli care constituie dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera și spiritul dispozițiilor sale".

⁵ A se vedea, spre exemplu, Uliescu M., *Despre legea civilă*, în Uliescu M., (coordonator), *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 64.

⁶ Cât privește numeroasele aspecte pe care le presupune opțiunea succesorală, a se vedea cu titlu de exemplu: Chirică D., *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Editura C.H. Beck, București, 2014/75 și urm.; Deak Fr., Popescu R., *Tratat de drept succesoral*, vol. III, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 17 și urm.; Stănciulescu L., *Moștenirea. Doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 317 și urm.; Bob D.M., *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 188 și urm.; Florescu D.c., *Dreptul succesoral*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 165 și urm.

moștenirii, dată de art. 953 C.civ.⁷, reține însă numai prima accepțiune, deși s-ar fi impus, credem, ca legiuitorul, într-un alineat 2 al aceluiași articol, să prevadă că moștenirea reprezintă, de asemenea, însuși patrimoniul transmis. O astfel de precizare era, în opinia noastră, cu atât mai importantă cu cât instituții semnificative de drept succesoral beneficiază în definițiile lor de sensul moștenirii, pe care îl avem în vedere. De pildă, rezerva succesorală, definită ca o parte a moștenirii (s.n.), ori sezina, care oferă, în esență, legitimitatea stăpânirii moștenirii (s.n.) din chiar momentul deschiderii ei. În amândouă situațiile, sensul termenului moștenire este acela de patrimoniu transmis, de obiect al transmisiunii succesorală.

Dintre condițiile de observat pentru a putea moșteni, fără îndoială că aceea care a suferit schimbările cele mai semnificative, în reglementarea ce i-a fost dată de Codul civil azi în vigoare, este nedemnitătea succesorală.

În esență, se poate spune că:

- Nedemnitătea succesorală a rămas o condiție negativă, dar nu și una specială. Într-adevăr, ea și-a extins incidența de la moștenirea legală⁸, și la moștenirea testamentară; a devenit, altfel spus, o condiție generală a dreptului de moștenire.

- Se poate observa o reformulare și, în acest context, o lărgire semnificativă a cazurilor de nedemnitate, aceasta, mai ales dacă luăm în considerare ambele nedemnități - și cea de drept, și cea judiciară. Această extindere a situațiilor în care intervine este bine-venită, căci, dintre cele trei cazuri ce atrăgeau nevrednicia succesorală, potrivit Codului civil de la 1864, numai unul mai producea - să le spunem - efecte depline, anume, cel care privea, în formularea art. 655 pct. 1 din Codul civil de la 1864, "condamnatul pentru că a omorât sau a încercat să omoare pe defunct".

Acuzația capitală calomnioasă nu a mai fost caz de nedemnitate, odată cu abolirea pedepsei cu moartea, iar incidența cazului care viza nedenunțarea omorătorului era întâlnit rar în practică și aceasta, cu atât mai mult cu cât Codul civil de la 1864 prevedea și situațiile în care nedenunțarea ucigașului era scuzabilă, așadar nu-l înlătura pe acesta de la moștenire.

Cât privește faptul menționat deja, al extinderii aplicării nedemnității în ambele sale forme - de drept și judiciară - și la succesiunea testamentară, se poate reflecta dacă soluția este adecvată câtă vreme în materie testamentară exista deja o sancțiune, aceea a revocării judecătorești a legatului pentru ingratitudea legatarului, sancțiune ce se regăsește și în Codul civil în vigoare. Se poate, prin urmare, observa în esență că un succesor ab intestat este pasibil de nedemnitate în ambele sale forme, iar legatarul, în plus, și de a-i fi revocat legatul pentru ingratitude. Altfel spus, generic vorbind, un moștenitor testamentar este privit mai aspru de legiuitor decât un moștenitor legal. În plus, examinarea cu atenție a situațiilor ce pot atrage revocarea judecătorească a legatelor pentru ingratitude, respectiv nedemnitătea judiciară relevă existența unor mari apropieri, chiar suprapuneri, care credem că vor îngreuna misiunea instanțelor în aplicarea textelor de lege incidente.

Vom mai observa și că nedemnitătea de drept și cea judiciară, indiferent de felul moștenirii cu privire la care acționează, au regimuri juridice diferite, nu numai referitor la cazurile în care intervin, ci mai ales la faptul că nedemnitătea de drept este mai energică, acționează în puterea legii, spre deosebire de nedemnitătea judiciară unde instanța este cea care apreciază, dacă se impune ori nu îndepărtarea de la moștenire. Aceasta, desigur, prin aprecierea gravității și a altor elemente în legătură cu fapta invocată ca temei al nevredniciei.

În sfârșit, vom arăta că, spre deosebire de reglementarea anterioară, în care nu puteau fi înlăturate efectele nedemnității prin voința celui care lăsa moștenirea, în prezent, acest efect se poate produce printr-un act juridic, îl numim de iertare a nedemnului, act întocmit în condițiile art. 961 alin. (1) C.civ. și care produce consecințele specifice, atât în cazul nedemnității de drept, cât și a celei judiciare.

O altă instituție de drept succesoral, al cărei regim juridic s-a modificat substanțial este reprezentarea succesorală⁹. Potrivit art. 965 C. civ. "Prin reprezentare succesorală, un moștenitor legal de un grad mai îndepărtat, numit reprezentant, urcă, în virtutea legii, în drepturile ascendentului său, numit reprezentat, pentru a culege partea din moștenire ce i s-ar fi cuvenit acestuia dacă nu ar fi fost nedemn față de defunct sau decedat la data deschiderii moștenirii". La rândul său, art. 967 alin. (1) C.civ. prevede că "Poate fi reprezentată persoana lipsită de capacitatea de a moșteni, precum și nedemnul, chiar aflat în viață la data deschiderii moștenirii" (s.n.).

Trebuie observat că legiuitorul a fost receptiv la criticile exprimate constant în doctrină, care se refereau la faptul că vechiul Cod civil nu permitea venirea la moștenire prin reprezentare a descendenților nedemnului, nici chiar ai nevrednicului mort la data deschiderii moștenirii. Se aprecia că, într-o astfel de situație, se extind nejustificat efectele unei pedepse civile, ale nedemnității, la alte persoane - descendenții nedemnului - care nu au nicio culpă pentru fapta ascendentului lor. În consecință, după cum am arătat, în prezent, nedemnul poate fi reprezentat, mai mult, chiar dacă se află în viață. Cât privește pe nedemnul reprezentat au fost, așadar, înlăturate ambele condiții care, potrivit

⁷ Potrivit acestui text de lege, "Moștenirea este transmisiunea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în ființă".

⁸ În reglementarea vechiului Cod civil, nevrednicia succesorală reprezenta o condiție specială și negativă, cu incidență doar în materia moștenirii legale. Pentru cauzele care o atrăgeau, pentru regimul ei juridic și efectele generate, a se vedea, spre exemplu, Deak Fr., *Tratat de drept succesoral*, Editura Actami, București, 1999, p. 65 și urm.

⁹ A se vedea și Văduva D., *Moștenirea legală. Liberalitățile*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 39.

reglementării anterioare, trebuiau observate pentru reprezentare în persoana reprezentatului: locul lăsat de acesta să fie vacant și util. Nedemnul fiind în viață, locul său nu este vacant; nu este nici util, căci, urmare a nedemnității este înlăturat de la succesiune. Pe de altă parte, dacă admitem că, prin reprezentare succesorală, reprezentantul urcă în locul, gradul și drepturile reprezentatului apare o contradicție între aceste elemente și posibilitatea acordată de lege descendenților nedemnului de a folosi reprezentarea succesorală. Prin felul în care este formulat art. 965 C.civ., ni se pare că legiuitorului creează pentru descendenții nedemnului mai mult decât un beneficiu, anume o ficțiune care să-i permită acestuia să culeagă ceea ce ascendentul său nedemn nu are și anume drepturi cu privire la moștenire. Este de reflectat, dacă nu cumva Codul civil de la 1864 interzicea venirea la moștenire prin reprezentare a descendenților nedemnului, nu pentru că ar fi intenționat a-i trata mai drastic și fără motiv, ci pentru a fi consecvent cu îndeplinirea, în toate cazurile, a condițiilor reprezentării succesoriale în persoana reprezentatului – anume locul său să fie vacant și util.

În sfârșit, admitând că a fost înlăturat un tratament nedrept aplicat acestei categorii de descendenți, ne întrebăm cum apare acum situația descendenților nedemnului în comparație cu alte două categorii de descendenți: ai renunțatorului și ai persoanei străine de moștenire, prin decăderea din dreptul de opțiune succesorală neexercitat în termen. Niciuna dintre aceste ultime două categorii de descendenți nu poate moșteni prin reprezentare succesorală. Sunt acești descendenți vinovați cu ceva pentru faptul că ascendenții lor, fie pentru că au optat în sensul repudierii moștenirii, fie pentru că au lăsat să se scurgă termenul de opțiune, fără a se manifesta în vreun fel în această direcție?

În privința testamentului, au intervenit și aici schimbări importante ale reglementării. Anterior, critica cel mai adesea întâlnită privea definiția dată testamentului de art. 802 C.civ. de la 1864 care, se spunea, reducea testamentul la legat, căci acest din urmă act juridic primea, în realitate, o definiție, dar sub denumirea de testament¹⁰. Fiind astfel prea strâmtă, definiția nu permitea considerarea ca testament a unui act juridic mortis causa, ce conținea alte manifestări de voință, dar nu legate, nu dispoziții cu privire la soarta averii.

Codul civil în vigoare a căutat să răspundă acestei critici, să releveze carențele semnalate, adăugând în continuarea art. 1034, care cuprinde în prezent definiția testamentului¹¹, un alt text de lege, 1035, cu titlul indicativ "Conținutul testamentului", unde se precizează în mod expres că tot testament este acel act juridic care cuprinde, alături de legate sau chiar în lipsa acestora, alte manifestări de voință ale testatorului, alte acte juridice, precum dezmoșteniri, numirea de executori testamentari etc. S-a considerat, pesemne, că, procedând astfel, se înlătură caracterul restrictiv pe care-l conținea vechea definiție a testamentului. Acest efect a fost într-adevăr obținut. A apărut, însă, un aspect contradictoriu, rezultat din faptul că actuala definiție, dată de art. 1034 C.civ., se aseamănă, în ai săi termeni-definiții, cu cea veche, din art. 802 Cod civil de la 1864, în timp ce dispozițiile privind cuprinsul testamentului sunt mult mai largi și exced termenilor-definiții.

Problema se explică, prin faptul că aceeași definiție a fost dată pentru testament, dar acesta poate avea două înfățișări, mult diferite: una când cuprinde legate și alta când nu cuprinde astfel de acte, ci actele cu naturi juridice diferite. Soluția, în opinia noastră, stă în precizarea într-un alineat separat din articolul 1034 C.civ., că este de asemenea testament și acel act juridic mortis causa, care nu conține dispoziții referitoare la soarta averii, ci alte manifestări de voință ale testatorului.

În sfârșit, este de observat că legatarii sunt tratați ca moștenitori în cadrul unui fel distinct de succesiune, cea testamentară. De altfel, moștenirea testamentară, alături de moștenirea legală, este cuprinsă în enumerarea Codului civil cu privire la modurile de dobândire a proprietății. Reamintim că legatul, și nu moștenirea testamentară, era reținut ca mod de dobândire a proprietății. Este și aceasta o dovadă, că legiuitorul tratează în planuri egale, cu diferențele specifice, desigur, cele două feluri ale moștenirii: legală și testamentară. A dispărut, astfel, deosebirea de tratament dintre moștenitorii legali, rude cu defunctul, moștenitori regulați, adevărații moștenitori, continuatori ai personalității defunctului și simplii succesori la bunuri, cum erau socotiți soțul supraviețuitor, statul cu privire la moștenirea vacantă și legatarii.

În sfârșit, o ultimă instituție juridică asupra căreia ne vom opri succint este cea a opțiunii succesoriale. Și cu privire la aceasta au intervenit elemente de noutate aduse de Codul civil în vigoare, care, în esență, pot fi rezumate astfel:

- A fost consacrată, cu valoare de principiu, de regulă, răspunderea moștenitorului pentru pasivul moștenirii intra vires hereditatis. Ni se pare o reglementare adecvată, căci socotim a fi fost excesivă răspunderea moștenitorului cu propriile-i bunuri pentru datoriile care excedau activului succesoral, pentru simplul motiv că succesorul nu a avut precauția să accepte sub beneficiu de inventar.

- Așa fiind, s-a renunțat și la acceptarea beneficiară, căci aceasta a devenit inutilă, de vreme ce s-a consacrat, în materia întinderii răspunderii pentru pasiv, principiul amintit;

¹⁰ Potrivit art. 802 din Codul civil de la 1864, "*Testamentul este un act revocabil prin care testatorul dispune, pentru timpul încetării sale din viață, de tot sau parte din avutul său*".

¹¹ *De lege lata*, testamentul este definit drept "*actul unilateral, personal și revocabil prin care o persoană, numită testator, dispune, în una dintre formele cerute de lege, pentru timpul când nu va mai fi în viață*".

- Termenul de opțiune succesorală a fost dublat, fiind acum, nu 6 luni, ci un an de la data deschiderii succesiunii. Considerând însă soluțiile anterioare ale practicii judecătorești, au fost stabilite și excepțiile cu privire la momentul de la care începe să curgă termenul de opțiune;

- Termenului de opțiune succesorală i-a fost implicit, dar neîndoiește recunoscută natura sa juridică reală, aceea de termen de decădere. A fost în continuare însă admis ca, pentru motive temeinic justificate și pentru situații de forță majoră, să i se aplice termenului de opțiune, deși de decădere, instituțiile specifice prescripției extinctive – repunerea în termen, respectiv suspendarea.

- În sfârșit, a fost reglementată declarația de neacceptare a succesiunii¹², care nu înseamnă renunțare, ci care împiedică a fi socotite acte de acceptare tacită, unele demersuri, manifestări de voință etc., care, altminteri, în lipsa declarației de neacceptare, ar fi produs efectele însușirii titlului de moștenitor.

¹² Art. 1111 C.civ. dispune astfel: *”Succesibilul care intenționează să îndeplinească un act ce poate avea semnificația acceptării moștenirii, dar care dorește ca prin aceasta să nu fie considerat acceptant, trebuie să dea în acest sens, anterior îndeplinirii actului, o declarație autentică notarială”*.

SUCCESIUNEA REGLEMENTĂRILOR DE DREPT MATERIAL APLICABILE MOȘTENIRII DUPĂ MAREA UNIRE

Silviu-Dorin ȘCHIOPU*

Abstract: *Although it brought together the historical provinces, the Great Union from 1918 did not mark as well the moment of a legislative unification in the matter of inheritance law. The territory of Romania resembled to a legislative mosaic consisting of the Romanian Civil Code from 1864, the Austrian Civil Code, the Hungarian customary law, the Hungarian laws and the Imperial patents as well as the Islamic law. This was the starting point of an evolution that, in terms of legislative unification, culminated with the extension of the civil legislation from the Old Kingdom to the other historical provinces. Since more than once the succession procedure is neglected by the heirs, even over several generations, the study of the succession over time of the regulations of substantive law applicable to the inheritances does not lack practical utility, still being encountered situations in which could be invoked dispositions of material law that ceased to be in force in Romania since the first half of the century or more recently, such as the case of the Romanian Civil Code from 1864. Remembering the past and looking into the future, the Regulation (EU) no. 650/2012 provides us a new perspective on what conflicts of laws mean in a world of the free movement of goods, service, people and capital, conflicts which may also lead to adaptations of the national regulations of substantive law applicable to the inheritance.*

Keywords: *inheritance; applicable law; substantive law; succession of laws; conflict of laws.*

Introducere

Legea, inclusiv cea civilă, se aplică simultan sub trei aspecte, respectiv acționează o anumită durată de timp, pe un anumit teritoriu și cu privire la anumite persoane¹. Prin urmare, în ceea ce privește legea aplicabilă moștenirii, avem aplicarea acesteia în timp, în spațiu și asupra persoanelor.

În ceea ce privește succesiunea legilor în timp, Constituția României², prevăzând în art. 15 alin. (2) că „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”, consacră principiul neretroactivității legii civile. Astfel, o lege, odată pusă în aplicare, produce efecte juridice numai pentru viitor, adică se aplică doar situațiilor juridice ce intervin în practică după intrarea acesteia în vigoare, nu și celor anterioare. Întrucât legea se adresează subiectelor de drept, permițând, interzicând și sancționând atitudinile deviate, principiul neretroactivității legii civile se justifică prin aceea că ar fi absurd a se pretinde unui subiect de drept să răspundă pentru o conduită avută anterior intrării în vigoare a unei legi ce reglementează respectiva conduită³.

Scopul neretroactivității legii civile este acela de a asigura stabilitatea și securitatea raporturilor juridice. O altă abordare legislativă ar determina nesiguranță în circuitul civil, precum și lipsă de încredere în lege, tocmai datorită imposibilității subiectelor de drept de a o prevedea și pe cale de consecință de a se conforma acesteia. Principiul neretroactivității legii civile a fost preluat și în Codul civil⁴, art. 6 alin. (1) teza a II-a dispunând că legea civilă nu are putere retroactivă, regulă exprimată prin adagiul *tempus regit actum*.

Un alt principiu ce guvernează aplicarea în timp a legii civile este principiul aplicării imediate a legii civile noi, principiu consacrat de art. 6 alin. (5) Cod civil, potrivit căruia „dispozițiile legii noi se aplică tuturor actelor și faptelor încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare”, precum și de alin. (6) care dispune că „dispozițiile legii noi sunt de asemenea aplicabile și efectelor viitoare ale situațiilor juridice născute anterior intrării în vigoare a acesteia, derivate din starea și capacitatea persoanelor, din căsătorie, filiație, adopție și obligația legală de întreținere, din raporturile de proprietate, inclusiv regimul general al bunurilor, și din raporturile de vecinătate, dacă aceste situații juridice subzistă după intrarea în vigoare a legii noi”.

Spre deosebire de principiul neretroactivității legii civile care privește domeniul temporal în care normele juridice nu-și pot găsi aplicare, principiul aplicării imediate a legii civile noi determină domeniul temporal în care normele juridice își găsesc aplicarea, acesta din urmă decurgând din principiului activității legii prevăzut de art. 6 alin. (1) teza I Cod civil potrivit căruia „legea este aplicabilă cât timp este în vigoare”⁵.

* Doctorand; Asistent univ., Facultatea de Drept, Universitatea „Transilvania” din Brașov; e-mail: dorinxschiopu@gmail.com

¹ Boroi G., Angheliescu C. A., *Curs de drept civil: partea generală*, ediția a II-a, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 14.

² Republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

³ Muraru I., „Comentariu la art. 15”, în Muraru I., Tănăsescu E. S. (coord.), *Constituția României: comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 138.

⁴ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

⁵ Diaconescu Ș., „Unele considerații cu privire la conflictele de norme civile în timp”, în *Liber amicorum Liviu Pop: reforma dreptului privat român în contextul federalismului juridic european*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 211.

Principiul aplicării imediate a legii civile noi suferă o excepție, în unele situații legea civilă veche supraviețuind abrogării sale și aplicându-se la unele situații determinate, deși o nouă lege civilă a intrat în vigoare, excepție cunoscută drept principiul supraviețuirii (ultraactivității) legii civile vechi.

După aceste precizări prealabile, în cele ce urmează vom puncta succesiunea actelor normative cu incidență în materia moștenirii pe teritoriul actual al României având în vedere cele trei axe ale aplicării mai sus menționate.

1. Mozaicul juridic de după Marea Unire

Deși a adus laolaltă provinciile istorice, Marea Unire de la 1918 nu a marcat și momentul unei unificări legislative în materia dreptului succesoral, astfel că fiecare provincie istorică își avea propria legislație în materie succesorală.

Vechiul Regat – Codul civil de la 1864⁶, pus în aplicare de la data de 1 decembrie 1865, s-a aplicat moștenirilor din Vechiul Regat deschise începând cu această dată. Spre deosebire de actuala egalitate a acțiunii legii civile asupra moștenitorilor, perioada interbelică a cunoscut în această materie o scindare a aplicării legii civile asupra persoanelor, în sensul că vechiul Cod civil de la 1864 nu se aplica tuturor moștenirilor deschise în Vechiul Regat, populației mahomedane din Dobrogea aplicându-i-se legislația musulmană în privința succesiunilor, organizării familiei, puterii părintești, căsătoriilor și divorțurilor dintre mahomedani (art. 30 din Legea pentru organizarea Dobrogei)⁷.

Astfel, pe același teritoriu, aplicarea legii civile opera în temeiul unui criteriu ce diferenția persoanele de religie musulmană din Dobrogea de restul subiecților de drept civil, numai acestora din urmă aplicându-li-se prevederile Codului civil din 1864. Această diferențiere se remarcă, de exemplu, în cazul concursului cu descendenții lui de cuius, dreptul musulman acordând soțiilor supraviețuitoare, indiferent de numărul acestora, o optime din moștenirea ab intestat⁸, situație mult mai bună decât cea a văduvei creștine, care, potrivit Codului civil de la 1864, nu avea calitatea de moștenitor legal, cu excepția situației în care ar fi fost săracă.

Bucovina – La 1 ianuarie 1812, Codul civil general austriac (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: A.B.G.B.) a fost pus în aplicare în Bucovina prin Patenta Imperială nr. 496 din 1 iunie 1811. În materia moștenirilor, două *Novelle*, respectiv Ordonanța Imperială din 12 octombrie 1914 și cea din 19 martie 1916, au abrogat, completat și modificat pentru Bucovina o serie de texte ale acestui cod. Potrivit Codului civil austriac astfel modificat prin *Novela I* din 1914 §68, în concurs cu descendenții defunctului soțul supraviețuitor lua un sfert din moștenire în plină proprietate, situație chiar mai bună decât cea a văduvei musulmane din Dobrogea.

Banatul și Transilvania – La 1 mai 1853, Codul civil general austriac a fost pus în aplicare în Banat prin Patenta Imperială nr. 246 din 29 noiembrie 1852 iar la 1 septembrie 1853, prin Patenta Imperială nr. 99 din 29 mai 1853, același cod a fost pus în aplicare și în Transilvania. În unele părți ale Banatului și Transilvaniei⁹, dreptul cutumiar maghiar a luat locul Codului civil austriac în anul 1861. Spre deosebire de Bucovina, Codul civil austriac aplicat în Banat și Transilvania nu a fost modificat prin cele două *Novelle* din 1914 și 1916, însă a fost completat și modificat prin legile maghiare de la 1867 până la 18 oct. 1918, de la această dată adăugându-se decretele-legi române¹⁰.

Potrivit art. 567 Cod civil austriac, soțului supraviețuitor îi revenea în concurs cu descendenții defunctului o parte din moștenire în uzufruct ce varia în funcție de numărul copiilor: 1/4 dacă au rămas mai puțin de trei copii sau o parte cât cea a unui copil în celelalte cazuri. Astfel, chiar și fără modificările aduse în Bucovina prin *Novela I* din 1914, soțul supraviețuitor transilvănean era mai avantajat decât cel din Vechiul Regat.

Totuși, în ceea ce-l privește pe soțul supraviețuitor, mai exact văduva, cea mai generoasă legislație din provinciile istorice nu este cea austriacă, acest merit revenind dreptului cutumiar maghiar care ocrotea văduva prin instituția uzufructului vidual având ca obiect întreaga avere, oricare ar fi fost succesorii defunctului¹¹.

Astfel, precum a reieșit și din exemplele oferite în acest sens, prevederile de drept material ce reglementau materia succesiunilor în perioada interbelică se aseamănă cu un mozaic juridic. Codul civil austriac se aplica în Bucovina însă cu modificări care nu au fost operate și în cazul Banatului și Transilvaniei, unde acest cod se aplica cu modificările aduse prin legi maghiare ce nu se aplicau și în Bucovina. De asemenea, Codul civil austriac nu se aplica pe întregul teritoriu al Banatului și Transilvaniei, în unele regiuni aplicându-se dreptul cutumiar maghiar. În plus, Codul civil de la 1864 nu se aplica în materia moștenirii ab intestat persoanelor de religie musulmană din Dobrogea.

⁶ *Codul civil din 1864*, publicat în M. Of. nr. 271 din 4 decembrie 1864, nr. 7 din 12 ianuarie 1865, nr. 8 din 13 ianuarie 1865, nr. 8 din 14 ianuarie 1865, nr. 11 din 16 ianuarie 1865, nr. 13 din 19 ianuarie 1865.

⁷ Alexandresco D., *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul III - partea II: Succesiunile ab intestat, Atelierele Grafice Socec & Co., București, 1912, p. 220.

⁸ A se vedea Rădulescu A., *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, Cultura Națională, București, 1925, p. 58.

⁹ Pentru împărțirea teritorială detaliată pe comune și judecătoria, a se vedea Corjescu I. (trad.), *Codul civil general austriac cuprinzând textul oficial, legile, novelele și ordonanțele publicate pentru completarea și modificarea acestuia sau privitoare la materiile cuprinse în el, aplicabile unele în Bucovina, altele în Transilvania*, Imprimeria Statului, București, 1921, p. V-VII (prefață).

¹⁰ Dr. Anca (Leontin I.), *Compendiu de drept civil cuprinzând codul civil austriac în vigoare în Transilvania*, Cluj, 1924, p. 10, apud Plastara G., *Curs de drept civil român pus la curent cu jurisprudența, legislația pozitivă, noile tendințe juridice, dreptul comparat și dreptul provinciilor alipite*, volumul III, partea I: Succesiuni și liberalități, Cartea Românească, București, f.a., p. 269, n. 3.

¹¹ Pentru detalii privind dreptul vidual (*jus viduale*) a se vedea Docan G. P., *Studii de drept civil comparat: legislația ungară și austriacă din Transilvania în comparație cu legislația română*, V, Editura „Curierul Judiciar”, București, 1926, p. 265-269.

2. Conflictul de legi locale

În lipsa unor norme conflictuale de drept inter-provincial menite a soluționa conflictul dintre normele materiale ce coexistau pe teritoriul României având ca obiect de reglementare materia moștenirii, apariția conflictului de legi locale era inherentă anterior unificării legislației succesorale. Dacă în privința bunurilor mobile din masa succesoră se admisesse că acestea erau guvernate de legea națională a defunctului (*lex personalis*)¹², legea aplicabilă bunurilor imobile nu făcea obiectul unei jurisprudențe fixe.

Într-o speță în care un minor decedase la Orșova în anii '20, unde-și avea domiciliul de fapt, adică reședința (teritoriu de drept austriac), lăsând în succesiunea sa un imobil situat în Lugoj, unde-și avea domiciliul de drept și indigenatul¹³ (teritoriu de drept maghiar), trei instanțe de judecată au pronunțat patru soluții.

Astfel, prima instanță, tribunalul Caransebeș s-a pronunțat în anul 1923 pentru aplicarea legii situației imobilului, adică pentru aplicarea dreptului maghiar. Ulterior, în anul 1925 Curtea de Apel Timișoara a admis în majoritate soluția domiciliului de fapt, adică aplicarea dreptului austriac, judecătoria în minoritate pronunțându-se însă pentru legea indigenatului, adică pentru aplicarea dreptului maghiar, iar Înalta Curte de Casație prin decizia nr. 39 din 8 ianuarie 1926, casând decizia Curții de Apel, nu s-a pronunțat hotărât asupra temeiului aplicării legii succesorale, ci s-a întemeiat atât pe legea domiciliului de drept, cât și pe legea situației imobilului, respectiv dreptul cutumiar maghiar pe al cărui teritoriu se aflau atât imobilul, cât și domiciliul de drept al defunctului¹⁴.

În cazul imobilelor, potrivit doctrinei¹⁵, atât legiuitorul român, cât și Codul civil austriac au admis principiul că imobilele erau guvernate de legea teritorială (*lex rei sitae*). Astfel, dacă de cuius lăsa imobile atât în Vechiul Regat, cât și în Transilvania, se aplicau moștenirii imobiliare două reglementări diferite, respectiv Codul civil de la 1864 pentru cele situate în Vechiul Regat și dreptul cutumiar maghiar sau Codul civil austriac, după caz, pentru cele situate în Transilvania.

Întrucât legea aplicabilă transmiterii averii mobiliare depindea de statutul personal al defunctului (*lex personalis*) care-și putea avea domiciliul în teritoriul unde se aplica dreptul cutumiar maghiar, în timp ce imobilele sale din Transilvania erau situate în zona de aplicare a dreptului austriac, succesiunii sale urma a i se aplica nu mai puțin de trei reglementări distincte dacă defunctul mai deținea și imobile în Vechiul Regat, respectiv dreptul maghiar pentru bunurile mobile, dreptul austriac pentru o parte din imobile și Codul civil din 1864 pentru celelalte imobile.

Având în vedere dificultățile create de acest mozaic juridic, în privința conflictului de legi provinciale George P. Docan s-a exprimat astfel: „Succesorii vor fi siliți să se împartă după legile străine cari guvernează provinciile românești, legi toate deosebite între ele, dar toate presupuse că reprezintă voința defunctului. Se înțelege că defunctul nici nu cunoștea aceste legi și că nici nu-și putea închipui că succesiunea lui din țară va fi tratată întocmai ca a unui străin, căci, în treacăt fie zis, dacă ar fi bănuț că în țara lui proprie, judecătoria îi vor căuta presupusa lui afecțiune în... Tripartitum-ul lui Werbőczy sau în manualul grecului Armenopol... și-ar fi făcut de bunăseamă testament!”¹⁶.

Pentru a se evita asemenea situații nefirești, Legea nr. 389/1943¹⁷, în ceea ce privește legea aplicabilă moștenirii, preciza în art. 19 că „succesiunile vor fi cărmuite de legea ultimului domiciliu (s.n.) al defunctului, oriunde ar fi situate bunurile care le compun”, adică o singură lege urmând a se aplica atât bunurilor mobile, cât și celor imobile din masa succesoră, indiferent de locul unde se aflau.

La o soluție unitară ajunsese anterior și legiuitorul francez, care a preferat însă să favorizeze nu legea ultimului domiciliu, ci legea guvernând statutul personal al defunctului (*lex personalis*). Astfel, pentru ca devoluțiunea succesiunii unui alsacian să nu se facă în temeiul a două legi, cea germană și cea franceză, Legea din 24 iulie 1921 privind prevenirea și soluționarea conflictelor dintre legea franceză și legea locală din Alsacia și Lorena în materia dreptului privat¹⁸ prevedea în art. 5 că „Succesiunile sunt supuse, fără deosebire între masa mobilă și cea imobiliară, legii care determină starea și capacitatea lui de cuius la momentul decesului. Totuși, procedura lichidării și cea a partajului și orice alte proceduri, precum măsurile de publicitate, sunt determinate de legea locului situației bunurilor”.

3. O unificarea legislativă ad-hoc: extinderea aplicării Codului civil de la 1864 în celelalte provincii istorice

Precum am văzut, ulterior Marii Uniri din 1918, s-a menținut în vigoare legislația civilă existentă în provinciile unite cu Vechiul Regat, potrivit art. 137 alin. (1) din Constituția României din 1923 urmând a se revizui toate codurile

¹² A se vedea Docan G. P., *op.cit.*, p. 288 (interpretare *a contrario* a art. 2 din Codul civil de la 1864); Alexandresco A., *op. cit.*, p. 219 și jurisprudența citată la n. 3.

¹³ Prin indigenat se înțelegea apartenența la o localitate, o persoană putând avea indigenatul într-o singură localitate.

¹⁴ Speța este reprodușă după Docan G. P., *op. cit.*, p. 289, n. 1.

¹⁵ A se vedea *Idem*, p. 288; Alexandresco A., *op. cit.*, p. 218-219.

¹⁶ Docan G. P., *op. cit.*, p. 288-289.

¹⁷ Legea nr. 389 din 21 iunie 1943 privind extinderea legislației civile și comerciale în România de peste Carpați, publicată în M. Of. nr. 142 din 22 iunie 1943.

¹⁸ *Loi du 24 juillet 1921* prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé, disponibilă la <https://www.legifrance.gouv.fr>.

și legile existente în diferitele părți ale statului român spre a se asigura unitatea legislativă. Acest deziderat, deși ar fi trebuit să se realizeze pe calea unui nou cod civil, s-a împlinit în cele din urmă nu printr-un nou cod civil unificat¹⁹, ci prin extinderea în noile teritorii a legislației civile din Vechiul Regat al României²⁰.

Bucovina – Cu începere de la 15 octombrie 1938, prin Decretul-lege nr. 478/1938²¹, s-a extins în tot cuprinsul Bucovinei Codul civil român din 1864, cu toate modificările ce îi fuseseră aduse până la acel moment, fără nicio excepție. Remarcăm că, spre deosebire de Basarabia²², unde, cu un deceniu înainte, în cazul drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor fusese preferată soluția menținerii legislației locale de origine bizantină întrucât soțul supraviețuitor se bucura de drepturi mult mai întinse și mai bine reglementate decât în Codul civil român²³, în cazul Bucovinei extinderea s-a realizat prin abrogarea în întregime a Codului civil austriac care, precum am văzut, era de asemenea mai generos decât Codul civil român în privința soțului supraviețuitor. Această inechitate va fi însă de scurtă durată, fiind asanată odată cu punerea în aplicare a Decretul-lege nr. 319/1944 pentru dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor²⁴ ce acorda soțului supraviețuitor în plină proprietate o cotă-parte de un sfert din moștenire, indiferent de numărul descendenților cu care venea în concurs.

Banatul și Sudul Transilvaniei – Cum în urma dictatului de la Viena din 1940 România a pierdut Transilvania de Nord, extinderea legislației civile a Vechiului Regat în teritoriile de peste Carpați nu a inclus inițial și acest teritoriu. Legea nr. 389/1943, pusă în aplicare pe data de 15 septembrie 1943, deși a extins aplicarea Codului civil român din 1864, totuși, până la revizuirea codurilor române, a menținut în vigoare dispozițiile din dreptul local privitoare la dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor din aceleași rațiuni precum în cazul Basarabiei. În ceea ce privește legea aplicabilă moștenirii, art. 23 prevede că succesiunile deschise înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 389/1943 sunt cărmuite de legile în vigoare la data deschiderii lor, adică de Codul civil austriac sau de dreptul cutumiar maghiar, după caz, aceasta dispoziție constituind o manifestare a aplicării principiului neretroactivității legii civile.

Transilvania de Nord – Ulterior redobândirii acestui teritoriu, prin Legea nr. 260/1945²⁵ s-a extins pe teritoriul Transilvaniei de Nord legislația României, inclusiv cea civilă, cu excepțiile rămase în vigoare în Transilvania precum legile, regulamentele sau ordonanțele privind cărțile funciare. Acest act normativ a desăvârșit unificarea legii aplicabile moștenirilor pe teritoriul României, toate moștenirile deschise după intrarea sa în vigoare fiind supuse exclusiv dispozițiilor Codului civil de la 1864 ce fusese modificat între timp prin Decretul-lege nr. 319/1944.

4. Aplicarea Codul civil din 2009

Luând în considerare cele expuse mai sus, potrivit cărora a putut fi observată aplicarea unei legi prin extindere și nu prin adaptarea ei la noua realitate, putem constata că o unificare cu caracter real și efectiv a avut loc de abia prin Codul civil din 2009.

Aplicarea în timp – Dispozițiile tranzitorii și de punere în aplicare a cărții a IV-a „Despre moștenire și liberalități” a Codului civil conținute de Legea nr. 71/2011²⁶ prevăd la art. 91 că „moștenirile deschise înainte de intrarea în vigoare a Codului civil sunt supuse legii în vigoare la data deschiderii moștenirii”, adică legea în vigoare la momentul decesului lui de cuius.

Codul civil, potrivit art. 220 alin. (1) din aceeași lege, intrând în vigoare la data de 1 octombrie 2011, moștenirile legale sau testamentare deschise anterior acestei date nu sunt supuse dispozițiilor Codului civil din 2009, aceasta constituind o aplicație a principiului neretroactivității legii civile. Astfel, în temeiul principiului aplicării imediate a legii civile noi, Codul civil se aplică numai moștenirilor deschise începând cu data de 1 octombrie 2011.

Precizăm că deschiderea moștenirii nu se confundă cu deschiderea procedurii succesoriale notariale la cererea moștenitorilor sau a altor persoane interesate²⁷, aceasta din urmă neputând interveni decât ulterior decesului lui de cuius. Astfel, în situația moștenirilor deschise anterior intrării în vigoare a Codului civil din 2009, chiar dacă dezbaterile procedurii succesoriale se desfășoară ulterior intrării sale în vigoare, vor continua a fi aplicate dispozițiile

¹⁹ Amânarea *sine die* în ianuarie 1941 a intrării în vigoare a *Codului civil Carol al II-lea*, republicat în M. Of. nr. 206 din 6 septembrie 1940, a întârziat cu 70 de ani aplicarea unui nou cod civil în România.

²⁰ Introducerea legislației din Vechiul Regat în noile teritorii a fost considerat mijlocul cel mai potrivit pentru unificare, a se vedea și Rădulescu A., *Unificarea legislativă*, Cultura Națională, București, 1927, p. 36.

²¹ *Decretul-lege nr. 478 din 30 septembrie 1938 pentru extinderea în Bucovina a legislației din Vechiul Regat*, publicat în M. Of. nr. 228 din 1 octombrie 1938.

²² *Legea pentru extinderea în Basarabia a unor dispozițiuni din legislația Vechiului Regat*, promulgată prin Decretul regal nr. 876 din 29 martie 1928, publicat în M. Of. nr. 77 din 4 aprilie 1928 și pusă în aplicare la 1 iunie 1928.

²³ Radulescu A., „L'introduction de la législation roumaine en Bessarabie”, în *Bulletin de la Société de Législation comparée Roumaine*, no. 5/1934, p. 111.

²⁴ Publicat în M. Of. nr. 133 din data de 10 iunie 1944.

²⁵ *Legea nr. 260 din 4 aprilie 1945 privitoare la legislația aplicabilă în Transilvania de Nord, precum și la drepturile dobândite în acest teritoriu, în timpul operațiunii ungare*, publicat în M. Of. nr. 78 din 4 aprilie 1945.

²⁶ *Legea nr. 71 din 3 iunie 2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil*, publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.

²⁷ Potrivit art. 234 alin. (1) din *Regulamentul din 24 iulie 2013 de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995*, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 479 din data de 1 august 2013.

de drept material prevăzute de legea veche, adică legea în vigoare la data deschiderii moștenirii, ceea ce constituie o aplicație a principiului ultraactivității legii vechi²⁸.

Aplicarea în spațiu – Cum potrivit art. 7 alin. (1) C. civ. „actele normative adoptate de autoritățile și instituțiile publice centrale se aplică pe întreg teritoriul țării, afară de cazul în care se prevede altfel”, în lipsa unei dispoziții contrare, sub aspect intern, Codul civil vizează raporturile civile stabilite pe teritoriul României între subiecte de drept civil de cetățenie ori, după caz, naționalitate română. Astfel, dispozițiile Codul civil au vocația de a se aplica tuturor moștenirilor deschise pe întreg teritoriul țării.

Aplicarea legii civile în spațiu prezintă nu numai un aspect intern, ci și un aspect internațional, care vizează ipoteza raporturilor civile cu element de extraneitate, situație prevăzută de art. 8 Cod civil. Determinarea legii civile aplicabile în cazul moștenirilor cu element de extraneitate se realizează avându-se în vedere, după caz, dispozițiile Regulamentului (UE) nr. 650/2012²⁹, sau normele conflictuale de drept internațional privat din materia moștenirii cuprinse în Capitolul IV al Cărții a VII-a din Codul civil.

Aplicarea asupra persoanelor – Codul civil, potrivit art. 2 alin. (1), reglementează raporturile patrimoniale și nepatrimoniale dintre persoane, ca subiecte de drept civil. Prin urmare, raporturile dintre moștenitori vor fi guvernate în mod unitar de prevederile codului, moștenirea având ca sediu al materiei Codul civil. Astfel, nu se mai menține excepția amintită anterior privind legea aplicabilă în perioada interbelică succesiunilor deschise în Dobrogea între mahomedani, în prezent soțului supraviețuitor, în concurs cu descendenții defunctului, revenindu-i în calitate de moștenitor legal un sfert din moștenire, reglementare preluată din Decretul-lege nr. 319/1944.

5. Provocările integrării europene: Regulamentul (UE) nr. 650/2012

Mozaicul juridic de după Marea Unire în materia reglementărilor de drept material aplicabile moștenirii nu este substanțial diferit de mozaicul existent la nivelul Uniunii Europene, căci fiecare stat membru are propria legislație în materie. Asemeni legiuitorului român și celui francez care în perioada interbelică au căutat să supună moștenirea în ansamblul său unei singure legi, tot astfel a procedat și legiuitorul european iar în data de 17 august 2015 s-a pus în aplicare Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor.

Chiar și așa apreciem că în viitorul apropiat este puțin probabil să se ajungă la o unificare a dreptului civil la nivel european. Totuși nu trebuie neglijat faptul că cetățenii uniunii trebuie să aibă posibilitatea de a-și organiza din timp succesiunea, în contextul european al liberei circulații a persoanelor. Astfel, dreptul succesoral românesc, păstrându-și individualitatea proprie, va intra inevitabil în concurs cu legislația celorlalte state membre, Regulamentul (UE) nr. 650/2012 conferind lui de cuius posibilitatea de a alege legea care să se aplice succesiunii sale, în ansamblu său.

În principiu, potrivit art. 21 alin. (1) din Regulamentul (UE) nr. 650/2012, legea aplicabilă succesiunii în ansamblul său este cea a statului în care defunctul își avea reședința obișnuită în momentul decesului. Totuși, de cuius poate alege ca legea care să se aplice succesiunii sale în ansamblu său să nu fie legea statului în care-și avea reședința obișnuită, ci legea statului a cărui cetățenie o deține în momentul alegerii legii sau la data decesului³⁰. Astfel, *professio juris* ar putea permite lui de cuius să-și avantajeze soțul supraviețuitor. De exemplu, dacă de cuius este cetățean german, reședința sa obișnuită este în România și este căsătorit sub regimul matrimonial german al comunității de achiziții, prin alegerea dreptului german ca lege aplicabilă succesiunii, în concurs cu descendenții defunctului, soțului supraviețuitor îi va reveni în calitate de moștenitor legal o cotă-parte de 1/2 din moștenire³¹, spre deosebire de cota-parte de 1/4 pe care i-o acordă Codul civil român.

În acest context, oarecum concurențial, ar fi de dorit ca în perioada următoare doctrina românească să se aplece și asupra eligibilității sistemului nostru succesoral în raport cu celelalte state membre în cadrul unor studii de drept comparat³², ceea ce ar putea conduce și la o posibilă revizuire a reglementărilor naționale de drept material aplicabile moștenirii. Un prim demers în acest sens a fost realizat sub coordonarea profesorului Mircea Dan Bob în cadrul unui

²⁸ A se vedea și Perju P., „Comentariu la art. 6”, în Baiaș F.-A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coord.), *Noul cod civil: comentariu pe articole*, ediția a II-a revizuită și adăugită, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 17.

²⁹ Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor, publicat în J.O. L 201 din data de 27.7.2012, p. 107-134.

³⁰ A se vedea, de exemplu, CJUE, *hotărârea din 12 octombrie 2017, cauza C-218/18 - Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755, publicată în Repertoriul electronic (Repertoriul general).

³¹ A se vedea în acest sens CJUE, *hotărârea din 1 martie 2018, cauza C-558/16 - Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, publicată în Repertoriul electronic (Repertoriul general).

³² A se vedea de exemplu K. G. C. Reid, M. J. de Waal, R. Zimmermann (eds.), *Comparative Succession Law*, New York: Oxford University Press, volume I: Testamentary Formalities, 2011; volume II: Intestate Succession, 2015, lucrare ca nu tratează și sistemul succesoral românesc.

proiect cu tema „Relevanța evoluției conceptului de familie asupra ordinii succesoriale în moștenirea legală – investigație socio-juridică, religioasă și filosofică”³³.

Concluzii

Dreptul aplicabil moștenirilor pe teritoriul național, în cei 100 de la Marea Unire din 1918, a evoluat de la mozaicul juridic rezultat al alipirii provinciilor istorice, până la unificarea legislativă realizată pe calea extinderea legislației civile din Vechiul Regat în celelalte provincii istorice, urmată la mai bine de jumătate de secol de adoptarea și punerea în aplicare a Codului civil din 2009.

Trebuie să subliniem că examinarea legilor aplicabile moștenirii, în succesiunea lor istorică nu este lipsită de utilitate practică. Nu de puține ori, dezbateră unei moșteniri este neglijată de moștenitori, chiar de-a lungul mai multor generații, astfel încât se mai pot întâlni situații în care vor putea fi invocate dispoziții de drept material abrogate în prima jumătate a secolului trecut, precum Codul civil austriac sau dreptul cutumiar maghiar.

La momentul actual, atât datorită impactului globalizării, cât mai ales ca urmare a integrării europene, se pune și problema eligibilității sistemului nostru succesoral prin raportare la sistemele altor state membre ale Uniunii Europene, aspect ce nu poate fi lămurit decât prin studii de drept comparat menite a evalua valoarea soluțiilor legislative românești oferite de reglementările de drept material aplicabile moștenirii.

³³ A se vedea M. D. Bob (coord.), *Familie și moștenire în România*, București: Editura Universul Juridic, 2016. Lucrarea a fost publicată la finele anului trecut și în limba engleză: M. D. Bob (coord.), *Family and inheritance in Romania*, Bucharest: Universul Juridic, 2017.

BUNURILE IMOBILE CU VALOARE UNIVERSALĂ – MOȘTENIRE, PROTECȚIE, NECESITATE

Adela TEOTEOI-PÎRLICĂ*

Abstract: *Beginning with the fact that the year 2018 had a double significance, being the European year of cultural heritage as well as the year of the centennial celebration of the Great Union of 1918, I believe that it is necessary to protect real estate with universal value.*

The simple definition of real estate is: the assets are, by their nature or by their destination, or by the object to which it applies, immovable. You find this definition in the internal or international legislation.

The real estates with universal value are assets transmitted or inherited from one generation to the next. These assets must be protected and exploited because of universal value.

Both the internal legislation as well as international legislation include a lot of rules about protection, preservation, restoration, and transfer of real estate with universal value. These rules aim to protect real estate with universal value in time of peace or war.

Key words: *cultural heritage; real estate with universal value; the protection of assets with universal value*

Bunuri imobiliare - definiții

Codul civil stipulează în art. 535 despre bunuri în general definindu-le ca lucruri corporale sau necorporale, care constituie obiectul unui drept patrimonial.

Bunurile imobiliare, sunt definite în art. 537 din Codul civil, ca fiind terenurile, izvoarele și cursurile de apă, plantațiile prinse în rădăcini, construcțiile și orice alte lucrări fixate în pământ cu caracter permanent, platformele și alte instalații de exploatare a resurselor submarine situate pe platoul continental, precum și tot ceea ce, în mod natural sau artificial, este încorporat în acestea cu caracter permanent.

Codul civil mai definește în art. 538 bunurile ce rămân sau devin imobile astfel: „rămân bunuri imobile materialele separate în mod provizoriu de imobil, pentru a fi din nou întrebuințate, atât timp cât sunt păstrate în aceeași formă, precum și părțile integrante ale unui imobil care sunt temporar detașate de acesta, dacă sunt destinate spre a fi reintegrate. Materialele aduse pentru a fi întrebuințate în locul celor vechi devin bunuri imobile din momentul în care au dobândit această destinație.”

Definiții asemănătoare se regăsesc în Codul civil francez, în cel al provinciei canadiene, Quebec, precum și în vechiul Cod civil român.

Astfel, Codul civil francez, în cartea a doua, menționează că bunurile sunt imobile prin natura lor, sau prin destinația acestora ori prin obiectul la care se aplică¹. O astfel de definiție se regăsea și în art.462 din Vechiul Cod Civil român, fiind preluată într-o altă formă în actualul Codul civil al României.

Articolele 518, 519, 520 din Codul civil francez enumeră tipurile de bunuri imobile astfel: „bogățiile pământului, clădirile/imobilele, morile de vânt sau apă fixate pe piloni/stâlpi ori ca și părți integrate ale unei clădiri sunt bunuri imobile prin natura lor.”² Recoltele care încă se țin de rădăcini, și fructele din arbori, neculese încă, sunt asemenea bunuri imobile. Asemenea prevederi se regăseau și în vechiul Cod civil român la art. 463-470, fiind preluate mai apoi, într-o formă cosmetizată în art. 537 din Codul Civil actual al României.

Cartea a patra din Codul civil al provinciei canadiene Quebec, intitulată „Despre bunuri” în primul capitol referitor la „Distincția dintre bunuri”, clasifică bunurile astfel: bunurile imobiliare și cele mobiliare, potrivit art.899.

În art. 900 al aceluiași cod civil se menționează că sunt bunuri imobile bogățiile subsolului, chiar și plantele și mineralele care nu au fost recoltate sau extrase din pământ, construcțiile și lucrările cu caracter permanent care se găsesc sau fac parte integrantă din acestea³. Bunurile mobiliare care fac parte intergrăntă dintr-un bun imobiliar sunt încorporate în acesta, pierzându-și individualitatea lor și asigurând utilitatea bunului imobil, potrivit art. 903 din Codul civil al provinciei Quebec. La fel ca și în cazul normelor din Codul civil francez și o parte din normele privind bunurile imobiliare ce se regăsesc în Codul civil al provinciei Quebec au fost preluate în actualul Codul civil al României.

* Consilier juridic Terra Agri Farming SRL; consilier juridic definitiv Ordinul Consilierilor Juridici Timiș, Colegiul Consilierilor Juridici Timișoara; e-mail : adelapirlica@gmail.com

¹ Cod civil francez, art. 517, ” Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent”.

² Cod civil francez, art. 518, 519, 520 ” Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature; Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature.; Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont pareillement immeubles.”

³ Cod civil Quebec, art. 900 : ”Sont immeubles les fonds de terre, les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s’y trouvent et tout ce qui en fait partie intégrante. Le sont aussi les végétaux et les minéraux, tant qu’ils ne sont pas séparés ou extraits du fonds. Toutefois, les fruits et les autres produits du sol peuvent être considérés comme des meubles dans les actes de disposition dont ils sont l’objet.”

Bunuri cu valoare universal – definiție, începuturi, protecție

Pornind de la aceste definiții considerăm că monumentele de cultură, aici incluzând și bunurile imobiliare cu valoare universală, sunt o expresie a creativității geniului uman, a aspirațiilor sale continue spre frumos și spre identitate națională⁴.

Bunurile din patrimoniul cultural aparțin, atât prin valoare cât și prin semnificația social-culturală a acestora, întregului popor și din acest motiv este necesar să se ia toate măsurile pentru ocrotirea și conservarea lor, pentru a se evita înstrăinarea sau deteriorarea acestora și, nu în ultimul rând, pentru apărarea, păstrarea și folosirea lor în interesul întregii națiuni. Aceste bunuri sunt prin natura lor destructibile și prin urmare ar trebui salvate, conservate și transmise către generațiile viitoare, astfel acestea mai pot fi definite și ca obiecte sau forme de expresie artistică, care contribuie la identitatea culturală a unei comunități⁵.

Noțiunea de patrimoniu este una polisemantică, fiind necesară precizarea atât a sensului cât și a domeniului de activitate al acesteia. Etimologic noțiunea de patrimoniu reprezintă, fără a avea un concept juridic, materia moștenită „bunul transmis de la o generație la alta”⁶, în timp ce în dreptul roman, res patrimonio erau susceptibile proprietății private, dar intrau în componența domeniului public. În anul 1694 Dicționarul Academiei franceze definea noțiunea de patrimoniu ca fiind „bunul moștenit de la o generație la alta”.

Convenția UNESCO, semnată la Paris la data de 17 octombrie 2003, pentru protejarea patrimoniului cultural imaterial definește noțiunea de patrimoniu cultural imaterial făcând referire la practicile, reprezentările, expresiile și cunoștințele sârguincioase, astfel că instrumentele, obiectele, artefactele și spațiile culturale care sunt asociate (comunitățile, grupurile) în cazul în care indivizii le recunosc ca parte din patrimoniul lor cultural. Acel patrimoniu cultural imaterial transmis din generație în generație, care este recreat în permanentă pentru comunități și grupuri în funcție de mediul lor, de interacțiunea acestora cu natura și cu istoria care le procură un sentiment de identitate și de continuitate, contribuind așa la promovarea protecției patrimoniului cultural imaterial⁷.

Referiri la patrimoniul cultural mondial se mai găsesc și în Convenția UNESCO de la Paris din 16 noiembrie 1972 pentru protecția patrimoniului mondial cultural și natural unde se face distincție între cele două tipuri de patrimoniu, dar evidențiază unitatea protecției lor, considerând natura și cultura ca fiind două valori comune ce constituie patrimoniul umanității. Tot aceasta mai prezintă componentele patrimoniului cultural mondial ca fiind următoarele: monumentele, ansamblurile arhitecturale și siturile⁸.

Consiliul Europei de asemenea a elaborat politici privind protecția bunurilor culturale cu valoare universală. Dintre aceste politici putem aminti: Convenția de la Haga privind protecția bunurilor culturale în caz de conflict armat⁹, Convenția europeană privind infracțiunile care vizează bunurile culturale, semnată la Delphes la 23 iunie 1985, Convenția pentru protecția patrimoniului arhitectural al Europei, semnată la Grenada în 3 octombrie 1985, Convenția privind protejarea patrimoniului cultural subacvatic semnată la Paris în 2 noiembrie 2001.

Prin urmare, se poate conchide că noțiunea de patrimoniu se referă la bunurile moștenite din generație în generație, care în conformitate cu legislația internă și internațională, reprezintă un interes pentru întreaga populație. Bunurile imobile și nu numai ce aparțin patrimoniului cultural trebuie protejate atât pe timp de pace cât și pe timp de conflict armat. În timpul unui conflict armat bunurile sunt protejate prin Convenția de la Haga din 1954 privind protecția bunurilor culturale în caz de conflict armat, iar pe timp de pace prin legislația națională a fiecărui stat și prin Organizația Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură (UNESCO).

Bunurile cu valoare universal – norme interne

În țara noastră, ideea de a proteja patrimoniul cultural, apare încă din primele secole ale erei noastre. De cele mai multe ori se regăsește în sensul de a reface, de a conserva și chiar restaura vestigiile timpului, constituite îndeobște din obiective cu caracter militar (cetăți, castre, drumuri, fiind legată direct de penetrația lumii romane la nord de Dunăre).

Modul în care obiectivele, complexele de arhitectură și celelalte monumente și-au păstrat nealterate semnificația, specificul sau stilul se datorează într-o mare măsură și felului în care această zestre monumentală a fost transmisă din generație în generație, atitudinii pe care diversele generații o manifestă, mijloacelor de protecție de care dispun.

Conștiința valorii bunurilor imobiliare culturale cu valoare universală a început să se propage tot mai constant în Țările Române odată cu deceniul al treilea al secolului al XIX-lea. Desigur asupra măsurilor ce vor fi luate acționau și

⁴ Marian Mihăilă, *Protecția bunurilor culturale în dreptul internațional public*, Editura Lumina Lex, București, 2003, p. 11;

⁵ Anne Derout, *La protection des biens culturels en droit communautaire*, Editura Apogée, Rennes, 1993, p. 25;

⁶ A se vedea în acest sens J. Bouffartigue, A.M. Delrieu, *Etymologies du français, Les racines latines*, volumul II, Berlin, 1996, p. 113 și Romain Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, Editura Dalloz, Paris, 2010, p. 4-5;

⁷ N. Meyghani și M. Cornu, *Intérêt culturel et mondialisation. Les aspects internationaux*, volumul II, Editura Harmattan, Paris, 2004, p. 197-218.

⁸ A se vedea în acest sens Nicolas de Sadeleer, Charles-Hubert Born, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Editura Dalloz, Paris, 2004, p. 157 și Dominique Auderier, Raphael Souchier, Luc Vilar, *Le patrimoine mondial*, Editura PUF, Paris, 1998, p. 12.

⁹ Pentru mai multe detalii a se vedea Marco Sassoli, Antoine A. Bouvier, Susan Carr, Lindsey Cameron și Thomas de Saint Maurice, *How does law protect in war. Cases, Documents and Teaching Material on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, volumul I și volumul II, Editura International Committee of the red cross, Geneva, 2006, p.209-2010 (volumul I) și p.525-540 (volumul II).

modele utilizate în țările Europei apusene, preocupate tot mai mult în a-și asigura păstrarea valorilor culturale. Comerțul, studiile în străinătate, războaiele napoleoniene, conflagrațiile celor trei imperii europene (rus, turc și austriac), fac ca mulți români să intre în contact cu sisteme social-politice noi, cu oameni și idei mai înaintate, iar unii dintre ei să acumuleze o experiență remarcabilă. Aceasta mai ales în ceea ce privește arheologia și muzeologia, aflate pe plan general încă într-un stadiu incipient din punct de vedere al organizării și clasificării atribuțiilor și scopului¹⁰.

Marile evenimente politice de la mijlocul secolului trecut (revoluția de la 1848 și unirea principatelor române din 1859) au avut o importanță deosebită în domeniul protecției patrimoniului cultural: se inițiază noi lucrări de inventariere, se cercetează inventarele mănăstirilor, se iau măsuri împotriva risipirii bunurilor, începe să se dezvolte rețeaua muzeală, ale cărei instituții vor avea din ce în ce mai mult un rol important în organizarea activităților de acest gen. O serie de personalități precum Nicolae Stoica de Hațeg, A.G. Golescu, Dumitru Papazoglu, Nicolae Crețulescu, C. Bolliac, G. Barițiu, A.T. Laurian, Alexandru Odobescu, Alexandru Papiu Ilarian, A. Șaguna ș.a., au stat în fruntea acțiunilor ce aveau să ducă la instituirea unui sistem de ocrotire a bunurilor culturale imobiliare și mobiliare¹¹.

Primul document juridic care a stat la baza sistemului românesc de ocrotire a bunurilor culturale cu valoare universală a fost Legea pentru conservarea și restaurarea monumentelor publice promulgată prin Decretul 3658 din 17 noiembrie 1892, la a cărei întocmire un aport apreciabil l-a adus și Spiru Haret. Pentru a ține pasul cu cerințele vremii, această lege a fost înlocuită, în anul 1913 cu Lege pentru conservarea și restaurarea monumentelor istorice.

La finele primului război mondial, dar mai ales în urma realizării unității naționale, România își regăndește sistemul de ocrotire a bunurilor culturale. Decretul-Lege din 28 iulie 1919 a adus serioase îmbunătățiri legii din 1913. Reglementări în domeniu au mai apărut după anul 1930¹².

După cel de-al doilea război mondial, legislația română în domeniu s-a îmbogățit cu o serie de acte normative. O cât mai bună protecție a patrimoniului cultural național s-a încercat prin Legea nr. 63 din 30 octombrie 1974 privind ocrotirea patrimoniului cultural național¹³. Aceasta, încă din primele rânduri, stabilea elementele ce constituiau patrimoniul național cultural, acestea fiind: marile vestigii ale istoriei și civilizației făcute de-a lungul mileniilor pe teritoriul României; creațiile literar-artistice, științifice și tehnice a căror valoare a fost consacrată de-a lungul timpului; valorile ce aparțin tezaurului cultural universal existent pe teritoriul țării noastre¹⁴.

Patrimoniul cultural național poate fi îmbogățit și completat permanent prin atragerea de noi bunuri literar-artistice, științifice, tehnice, care au o valoare deosebită și care au fost create și se vor crea în societatea românească¹⁵.

Potrivit Legii nr. 63/1974 patrimoniul național cultural cuprinde: bunuri de valoare artistică deosebită; bunuri cu valoare istorică și documentară deosebită; bunuri de valoare științifică de document al naturii de importanță deosebită¹⁶.

În anul imediat următor au fost votate și adoptate celelalte acte juridice care formau sistemul juridic românesc de ocrotire a patrimoniului cultural național. Dintre acestea menționăm: Decretul nr.13/17 ianuarie 1975 privind sistemul instituțional prevăzut pentru aplicarea prevederilor Legii nr.63/1974¹⁷; Decretul nr.53/1 aprilie 1975 privind categoriile de bunuri culturale și criteriile de avizare pentru scoaterea lor peste graniță¹⁸; H.C.M. nr.311/1975 și nr.312/1975 privind stabilirea valorilor nominale și a prețurilor de achiziție a bunurilor din patrimoniul cultural național.

După evenimentele din decembrie 1989, Legea nr.63/1974 a fost abrogată, iar protejarea bunurilor culturale naționale după acea perioadă a fost realizată prin Decretul C.F.S.N. nr.90 din 5 februarie 1990¹⁹ privind înființarea Comisiei Muzeelor și Colecțiilor, care a fost completat cu Ordonanța de Guvern nr. 27 din 26 august 1992²⁰ privind unele măsuri pentru protecția patrimoniului cultural național.

¹⁰ Ioan Opreș, *Ocrotirea patrimoniului cultural; tradiții, destin, valoare*, Editura Meridiane, București, 1986, p. 91.

¹¹ *Ibidem*, p. 95.

¹² Pentru detalii a se vedea Marian Mihăilă, *Protecția bunurilor culturale în dreptul internațional public*, Editura Lumina Lex, București, 2003, p. 115; Ioan Opreș, *Ocrotirea patrimoniului cultural; tradiții, destin, valoare*, Editura Meridiane, București, 1986, p. 113-114.

¹³ Publicată în Buletinul Oficial al Republicii Socialiste România, nr. 137 din 2 noiembrie 1974.

¹⁴ Marian Mihăilă, Carmen Suciu, Dan Stan, *Iugoslavia - un ultim semnal de alarmă pentru salvarea bunurilor culturale cu valoare internațională, Câteva probleme actuale legate de protecția bunurilor culturale*, material redactat de prof. univ. dr. Victor Ducelescu, Editura V.I.S. PRINT, București, 2000, p. 39-40.

¹⁵ *Ibidem*, p. 39-40.

¹⁶ Pentru mai multe detalii a se vedea Marian Mihăilă, *Protecția bunurilor culturale în dreptul internațional public*, Editura Lumina Lex, București, 2003, p. 118-119 și Legea nr. 63/1974 art. 2.

¹⁷ Decretul nr. 13/17 ianuarie 1975 privind sistemul instituțional prevăzut pentru aplicarea prevederilor Legii nr. 63/1974 publicat în Buletinul Oficial al României nr. 15 din 23 ianuarie 1975.

¹⁸ Decretul nr. 53/1 aprilie 1975 privind categoriile de bunuri culturale și criteriile de avizare pentru scoaterea lor peste graniță publicat în Buletinul Oficial al României din 33 din 4 aprilie 1975.

¹⁹ Decretul C.F.S.N. nr. 90 din 5 februarie 1990 privind înființarea Comisiei Muzeelor și Colecțiilor publicat în Monitorul Oficial al României nr. 20 din 6 februarie 1990.

²⁰ Ordonanța de Guvern nr. 27 din 26 august 1992 privind unele măsuri pentru protecția patrimoniului cultural național publicată în Monitorul Oficial al României nr. 215/ 28 august 1992.

În anul 2000 a fost promulgată de către șeful statului Legea 182 privind protecția patrimoniului cultural național mobil, care a intrat în vigoare la 25 octombrie 2000²¹. Această lege a fost urmată la scurt timp de Ordonanța de Urgență nr. 228 din 24 noiembrie 2000 privind protejarea monumentelor istorice²², care a fost îmbunătățită în anul 2001 prin Legea nr. 422 privind protejarea monumentelor istorice²³.

Bunuri imobiliare cu valoare universală – norme actuale

În sensul Legii 422 din 2001 actualizate, monumentele istorice fie bunuri imobile și mobiliare, sunt construcții și terenuri situate pe teritoriul României, semnificative pentru istoria, cultura și civilizația națională și universală.

Regimul de monument istoric este conferit prin clasarea acestor bunuri imobile conform procedurii prevăzute în prezenta lege. Pot fi clasate ca monumente istorice bunurile imobile situate în afara granițelor, proprietăți ale statului român, cu respectarea legislației statului pe teritoriul căruia se află.

Conform art.3, din prezenta lege, sunt stabilite următoarele categorii de monumente istorice, bunuri imobile și mobiliare situate supateran, subteran și subacvatic:

a) monument - construcție sau parte de construcție, împreună cu instalațiile, componentele artistice, elementele de mobilare interioară sau exterioară care fac parte integrantă din acestea, precum și lucrări artistice comemorative, funerare, de for public, împreună cu terenul aferent delimitat topografic, care constituie mărturie cultural-istorice semnificative din punct de vedere arhitectural, arheologic, istoric, artistic, etnografic, religios, social, științific sau tehnic;

b) ansamblu - grup coerent din punct de vedere cultural, istoric, arhitectural, urbanistic ori muzeistic de construcții urbane sau rurale care împreună cu terenul aferent formează o unitate delimitată topografic ce constituie o mărturie cultural-istorică semnificativă din punct de vedere arhitectural, urbanistic, arheologic, istoric, artistic, etnografic, religios, social, științific sau tehnic;

c) sit - teren delimitat topografic cuprinzând acele creații umane în cadru natural care sunt mărturie cultural-istorice semnificative din punct de vedere arhitectural, urbanistic, arheologic, istoric, artistic, etnografic, religios, social, științific, tehnic sau al peisajului cultural.

Articolul 4 aduce informații privind regimul juridic al monumentelor istorice clasificându-le în funcție de deținătorul lor astfel: cele ce aparțin fie domeniului public sau privat al statului, al județelor, orașelor sau comunelor, fie sunt proprietate privată a persoanelor fizice sau juridice; proprietate publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale sunt inalienabile, imprescriptibile și inesizabile; aceste monumente istorice pot fi date în administrare instituțiilor publice, pot fi concesionate, date în folosință gratuită instituțiilor de utilitate publică sau închiriate, în condițiile legii, cu avizul Ministerului Culturii și Patrimoniului Național sau, după caz, al serviciilor publice deconcentrate ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național; ce aparțin domeniului privat pot face obiectul circuitului civil în condițiile stabilite prin prezenta lege; aflate în proprietatea persoanelor fizice sau juridice de drept privat pot fi vândute numai în condițiile exercitării dreptului de preemțiune ale statului român, prin Ministerul Culturii și Patrimoniului Național, pentru monumentele istorice clasate în grupa A, sau prin serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național, pentru monumentele istorice clasate în grupa B, ori al unităților administrativ-teritoriale, după caz, potrivit prezentei legi, sub sancțiunea nulității absolute a vânzării.

Proprietarii, persoane fizice sau juridice de drept privat, care intenționează să vândă bunuri imobile ce sunt clasate ca și monumente istorice, transmit serviciilor publice deconcentrate ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național înștiințarea privind intenția de vânzare, însoțită de documentația stabilită prin ordin al ministrului culturii și patrimoniului național.

Serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național transmit Ministerului Culturii și Patrimoniului Național înștiințarea, documentația și propunerea de răspuns, în termen de 5 zile lucrătoare de la primirea acestora.

Termenul de exercitare a dreptului de preemțiune al statului este de maximum 25 de zile de la data înregistrării înștiințării, documentației și a propunerii de răspuns la Ministerul Culturii și Patrimoniului Național sau, după caz, la serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național; titularii dreptului de preemțiune vor prevedea în bugetul propriu sumele necesare destinate exercitării dreptului de preemțiune; valoarea de achiziționare se negociază cu vânzătorul.

²¹ Legea 182 privind protecția patrimoniului cultural național mobil, care a intrat în vigoare la 25 octombrie 2000 publicată în Monitorul Oficial al României nr. 530/27 octombrie 2000 modificată în 2008 și publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 828 din 9 decembrie 2008.

²² Ordonanța de Urgență nr. 228 din 24 noiembrie 2000 privind protejarea monumentelor istorice publicată în Monitorul Oficial al României nr. 616/30 noiembrie 2000.

²³ Legea nr. 422 din 2001 privind protejarea monumentelor istorice Publicată în Monitorul Oficial al României cu numărul 407 din data de 24 iulie 2001, republicată în anul 2006 în Monitorul Oficial al României nr. 938 din 20 noiembrie 2006 care a fost modificată prin Legea nr. 468 din 12 noiembrie 2003 privind modificarea și completarea Legii 422/2001, publicată în Monitorul Oficial al României nr.820 din 19 noiembrie 2003 și prin Legea nr. 259/2006 privind modificarea și completarea Legii nr. 422/2001, publicată în Monitorul Oficial al României nr.573 din 3 iulie 2006, republicată în Monitorul Oficial al României nr. 938 din 20 noiembrie 2006.

În cazul în care Ministerul Culturii și Patrimoniului Național sau serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național nu își exercită dreptul de preemțiune în termenul prevăzut la alin. (7), acest drept se transferă autorităților publice locale, care îl pot exercita în maximum 15 zile.

Comunicările privind neexercitarea dreptului de preemțiune au termen de valabilitate pentru întregul an calendaristic în care au fost emise, inclusiv pentru situațiile în care monumentul istoric este vândut de mai multe ori.

În condițiile legii, în vederea protejării monumentelor istorice se poate proceda, în cazuri extreme, la strămutarea acestora.

Monumentele istorice care se află pe teritoriul României și care sunt proprietatea altor state sunt protejate în condițiile prezentei legi.

Orice act privind înstrăinare, concesiune, închiriere, dare în administrare sau dare în folosință gratuită a monumentelor istorice va conține informații privind regimul juridic precum și obligația protejării conform normelor în vigoare.

Obligația de Paza, întreținerea, conservarea, consolidarea, restaurarea și punerea în valoare prin mijloace adecvate a monumentelor istorice revine, după caz, proprietarilor sau titularilor altor drepturi reale asupra acestora.

În cazul în care un monument istoric nu are proprietar cunoscut, obligațiile decurgând din prezenta lege revin autorității administrației publice locale din unitatea administrativă pe al cărei teritoriu este situat monumentul istoric sau autorităților administrației publice centrale.

Monumentele istorice se clasează astfel: în grupa **A** - monumentele istorice de valoare națională și universală și în grupa **B** - monumentele istorice reprezentative pentru patrimoniul cultural local.

Clasarea monumentelor istorice în grupe se face prin ordin al ministrului culturii și patrimoniului național, la propunerea Comisiei Naționale a Monumentelor Istorice, conform procedurii de clasare prevăzute în legea antementionată.

Monumentele istorice clasate în grupele prevăzute anterior și zonele de protecție a acestora, aflate în proprietate publică, pot fi declarate, potrivit legii, de interes public național sau local, după caz, prin hotărâre a Guvernului inițiată de Ministerul Culturii și Patrimoniului Național, respectiv prin hotărâre a consiliilor locale, județene sau a Consiliului General al Municipiului București, cu avizul Ministerului Culturii și Patrimoniului Național.

Concluzii

În ceea ce privește definiția bunurilor imobiliare singurele schimbări de-a lungul timpului sunt acelea de nuanță în ceea ce privește identificarea și compoziția acestora. Consider că cea mai simplă definiție pentru acestea este aceea că „bunurile sunt imobile prin natura lor, sau prin destinația acestora ori prin obiectul la care se aplică”. Definiție ce se regăse în Vechiul Cod civil roman, iar în prezent se răgăsește în Codul civil francez.

Pot conclud că bunurile imobiliare cu valoare universală sunt acele „bunuri moștenite de la o generație la alta”, iar pentru a putea beneficia de acestea trebuie să le protejăm și să le putem în valoare. Acest fapt se poate întâmpla prin amendarea legislației interne astfel: adoptarea unui Cod al patrimoniului, astfel încât să nu mai existe posibilitatea „oportunității vidurilor legislative sau a interpretărilor în detrimentul bunurilor culturale cu valoare universală”; atragerea fondurilor europene pentru conservarea, restaurarea și punerea în valoare a acestora, precum și existența unor programe prin care deținătorii bunurilor li se oferă consultanță și sprijin; acordarea de facilități fiscale pentru deținătorii de bunuri imobiliare cu valoare universală, personae fizice; autorității central ar trebui să aibă în vedere un buget pentru conservare, restaurare și punerea în valoare a acestor imobile.

Spre deosebire de legislația românească sunt state precum Franța, unde protecția bunurilor imobiliare de patrimoniu se realizează prin Codul patrimoniului. Art. 621-1 din Codul patrimoniului al Franței, stipulează: „Imobilele a căror conservare prezintă din punct de vedere istoric sau al artei un interes public sunt clasate ca și monumente istorice în totalitate sau în parte prin grija autorităților administrative. Sunt incluse în clasa imobilelor care ar fi susceptibile ca și monumente istorice următoarele: monumente megalitice, terenuri care conțin depozite preistorice; imobile a căror clasare este necesară pentru izolarea, emanarea și punerea în valoare a imobilelor clasate cu titlu de monumente istorice”.

În prezent există un proiect privind adoptarea unui cod al patrimoniului pentru protejarea bunurilor culturale cu valoare universală care vizează protecția patrimoniului natural, imaterial, mobil și imobil. Reglementările privind protecția patrimoniului imobil se regăsesc în titlul al patrulea fiind preluate integral, în genere, dispozițiile din Legea nr.422/2001 privind protejarea monumentelor istorice prin OG nr.43/2000 privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național aprobată prin Legea nr.378/2001 care tratează chestiunile proprii arheologiei. Aspect insuficient fiindcă, dacă legislația prezentă ar fi fost suficientă în prezent nu mai avem „bunuri imobiliare cu valoare universală în pagină”.

Toate acestea conduc la concluzia că este necesară adoptarea unui Cod al patrimoniului, iar acesta reiese datorită multitudinii de bunuri culturale cu valoare universală ce trebuie protejate pentru a fi luate moștenire generațiilor viitoare. Concomitent sau în cadrul acestuia ar trebui să existe norme cu privire la modul de protecție și punere în

valoare a bunurilor imobiliare sau mobiliare cu valoare universală, modul de finanțare al lucrărilor de reabilitare și restaurare, obligarea autorităților centrale și locale de-a atrage fonduri europene pentru punerea în valoare a acestora.

În ceea ce privește proprietarii persoane fizice, se pot prelua prevederile din Codul de patrimoniu Francez în care autoritățile centrale și locale îi sprijină pe aceștia, iar în situația în care proprietarii refuză, autoritățile au dreptul și obligația de-a executa lucrările din oficiu, îndreptându-se mai apoi împotriva proprietarului, acesta din urmă dându-i-se dreptul de-a plăti eșalonat contravaloarea lucrărilor. Alte prevederi ce ar putea ajuta proprietarii de bunuri culturale cu valoare universală ar fi un regim derogatoriu pentru proprietarii de imobile clasate cu titlul de monumente istorice, care nu au nici un venit. Acest regim se referă la faptul că dacă imobilul este deschis gratuit pentru public sau dacă proprietarul are dreptul la o subvenție pentru cheltuielile suportate, pentru a le putea obține acesta trebuie doar să-și țină o evidență a acestora și să o prezinte în raportul final anual. În cazul în care proprietarul imobilului prezintă respectivul raport, o să i se acorde o reducere de 50% din impozit.

MOȘTENIREA LEGALĂ. DREPTURILE SUCCESORALE ALE SOȚULUI SUPRAVIEȚUITOR

Clarisa – Violeta BALUȚĂ*

Abstract: To bring the notion of "right to the surviving spouse's inheritance" may appear to be a disreputable subject, but given that the law governing it dates back to 1944, the issue of inheritance law is a continuous struggle between the interests of the legitimate family and the surviving spouse, we hope that by analyzing it to motivate the existence of a succession in favor of the husband, the person who, without wickedness, must benefit from this help, which, after the death of one of the spouses, "embraces a new legality, that of the right to an inheritance."

Keywords : surviving spouse; legitimate family; law governing; inheritance law.

„L'hérédité et l'héritage sont une donnée fondamentale de la nature, que le droit modelé à sa manière, variant selon les temps les lieux et les cultures. Le droit des successions est aussi le droit de la vie. La succession, c'est la transmission, de générations en générations”¹.

1. Introducere

Pentru a prezenta istoricul dreptului la moștenire, nu putem să facem vorbire doar despre cei 100 de ani de la Marea Unire din 1918, ci ar trebui să ne întoarcem mult în timp, la popoarele mai vechi ca romanii, chiar la Codul lui Hammurabi și în Legea lui Manuc, poate cele mai vechi documente cunoscute pe această linie.

În vechiul drept românesc, dreptul la moștenire este înfățișat și în perioada în care viața poporului român era guvernată de obiceiul pământului, instituția familiei reflectând puternic, legătura omului cu pământul.

Însă instituția moștenirii cunoaște cea mai mare reglementare odată cu intrarea în vigoare a vechiului Cod Civil din 1864, dar și 80 de ani mai târziu prin Legea nr. 319/1944 pentru dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor, acte normative ce recunosc soțului supraviețuitor o vocație succesorală, fiecare dintre ele într-o formă ușor diferită.

Întodeauna legiuitorul a încercat să-i acorde o atenție sporită acestui moștenitor, soțului supraviețuitor, din prisma relațiilor pe care acesta le-a avut cu defunctul.

Codul Civil impune acestuia o condiție negativă, dar și esențială am putea spune, îndemnați de faptul că nu trebuie să existe o hotărâre de divorț, pentru ca soțul supraviețuitor să vină la moștenire cu celelalte clase succesoriale.

2. Condiții de succesiune

Pentru a putea moșteni, soțul supraviețuitor trebuie să îndeplinească condițiile generale prevăzute de Noul Cod Civil și condiția specială de a fi căsătorit cu decedatul la data succesiunii (art. 970 Noul Cod Civil), ceea ce presupune existența unui certificat de căsătorie valabil (articolul 289 NCC)². Indiferent de durata, conviețuirea, parteneriatul între două persoane, nu conferă dreptul legal general în urmă succesorul decedatului³.

Conform noului Cod civil, căsătoria este dizolvată de la data la care o instanță a pronunțat prin hotărâre definitivă - divorțul; în cazurile în care divorțul este obținut prin înțelegere reciprocă între soți, fie prin intermediul unei persoane procedura administrativă sau notarială, căsătoria este considerată dizolvată de la data la care a fost eliberat un certificat de divorț (articolul 375 și art. 382 NCC), statutul de soț încetând la data respectivă. ” În cazul în care decesul de cujus a avut loc în timpul procedurilor de divorț, căsătoria este dizolvată de drept prin moarte, iar soțul supraviețuitor are dreptul la succesiunea soțului decedat”⁴.

De asemenea, căsătoria poate fi dizolvată retroactiv pentru căsătoriile fără voie; în astfel de cazuri, se consideră că statutul de soț nu a existat niciodată. În cazul căsătoriilor putative (articolul 304 NCC), soțul de bună credință la încheierea unei căsătorii nule sau anulate păstrează, statutul de soț într-o căsătorie valabilă și va avea dreptul la succesiune a soțului supraviețuitor, până la data când hotărârea judecătorească rămâne definitivă⁵.

3. Drepturile soțului moștenitor prevăzute de legiuitor în Vechiul Cod Civil

Vechiul Cod Civil recunoaște soțului dreptul succesoral și prezintă două situații distincte, și anume:

* Consilier juridic, Ofițer, Ministerul Afacerilor Interne; e-mail: clarisa.baluta@yahoo.com

¹ Les successions. Les libéralités – Philippe Malaurie, Laurent Aynes editura lextenso, 2008: Ereditatea și moștenirea sunt un fapt fundamental al naturii, așa cum este modelul drept în felul său, variind în funcție de timp și de culturi. Legea moștenirii este și dreptul la viață. Succesiunea este transmiterea de la o generație la alta.

² Art. 289 NCC:” Căsătoria este încheiată în momentul în care, după ce ia consimțământul fiecăruia dintre viitori soți, ofițerul de stare civilă îi declară căsătoriți.”

³ Macovei, D., Cadariu, I.E, *Drept civil. Succesiuni*. Ed. Junimea, Iași, 2005

⁴ Idem³

⁵ Liviu Stănculescu, *Curs de drept civil. Succesiuni*. Ed. Hamangiu, 2012.

- cea prevăzută de dispozițiile art. 652 alin. 2 și art. 679 Cod Civil, conform cărora moștenirea revine soțului supraviețuitor cu condiția de a nu exista moștenitori legitimi sau naturali;
- cea de-a doua condiție este reprezentată de prevederile art. 684 Cod Civil, care recunosc văduvei sărace anumite drepturi succesoriale pentru care vine în concurs cu celelalte clase de moștenitori ale defunctului.

În prima ipoteză, prevederile art. 679 Cod Civil⁶, arată că soțul supraviețuitor trebuie să îndeplinească condițiile cerute oricărui moștenitor, iar defunctul să nu fi dispus de bunurile ce formau obiectul moștenirii prin testament, astfel dreptul acestuia rămânând fără obiect.

Pe lângă acestea, legiuitorul a impus și trei condiții speciale:

1. Ca defunctul să nu aibă rude în grad succesibil.

Din interpretarea dispozițiilor putem înțelege că prima condiție necesară a fi îndeplinită de către soțul supraviețuitor este ca defunctul să nu fi avut succesibili până la gradul al XII-lea.

2. La momentul decesului, căsătoria să nu fi fost desfăcută prin divorț.

Această condiție se subînțelege, deoarece odată cu desfăcerea căsătoriei prin divorț atrage pierderea calității de soț; condiție îndeplinită doar prin existența unei hotărâri judecătorești definitive de pronunțare a divorțului și prin înscrierea în registrele de stare civilă.

3. La momentul decesului, căsătoria să fie valabilă.

În acest caz ar lipsi condiția esențială, deoarece o căsătorie nulă sau anulabilă nu conferă soțului supraviețuitor calitatea de soț.

Prin prevederile art. 684 Cod Civil, legiuitorul recunoaște dreptul de moștenire al văduvei sărace, dar acesta variază în funcție de moștenitorii cu care vine în concurs și de numărul acestora.

”În concurs cu descendenții, dreptul la moștenire al văduvei sărace este întotdeauna în uzufruct. Întinderea ei diferă în funcție de numărul descendenților cu care vine în concurs și anume: dacă în urma decesului soțului au rămas mai mulți descendenți, văduva săracă va lua o parte virilă în uzufruct; dacă există un singur descendent, partea văduvei nu poate depăși o treime din succesiune. Deci, o parte virilă și o treime din moștenire formează limitele, între care poate varia dreptul văduvei sărace.

Acest drept de moștenire al văduvei este general și opozabil tuturor descendenților, fie că sunt rezultați din căsătoria cu văduva, fie din afara căsătoriei; suficient ca ei să fie descendenți ai soțului, cu singura deosebire că față de primii, dreptul văduvei începe de la încetarea uzufructului legal.

În lipsa descendenților, când văduva vine în concurs cu ascendenții colaterali, partea din succesiunea soțului defunct ce i se cuvine este o pătrime din plina proprietate.

Această cotă este fixă nefăcându-se distincție între numărul moștenitorilor și gradul lor de rudenie cu defunctul”⁷.

În cel din urmă caz, văduva trebuie să îndeplinească aceleași condiții ca și cele prevăzute pentru soțul supraviețuitor de art. 679, mai puțin condiția privind lipsa rudelor succesibile.

Cu toate acestea, observăm faptul că, legiuitorul vine cu cea mai importantă condiție pentru a determina întinderea vocației succesoriale a văduvei și anume existența sărăciei.

Deoarece această formă de moștenire a creat controverse, s-a simțit nevoia unei intervenții a legiuitorului, care nu a întârziat să apară. Astfel la 10 iunie 1944 intră în vigoare Legea nr. 319/1944, lege care a îndepărtat inegalitățile care au fost create între soți din punct de vedere succesoral.

4. Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor prevăzut de Legea nr. 319/1944

Reglementările vechiului Cod Civil, făceau nefavorabilă situația succesorală a soțului supraviețuitor. Însă, intrarea în vigoare a Legii nr 319/10 iunie 1944, reprezintă un nou început, iar interesele acestuia primesc o justă reglementare în dreptul român.

Prin Legea nr 319/1944, legiuitorul acordă, față de reglementările anterioare prin care era soțul supraviețuitor tratat ca un succesor neregulat și nerezervatar, drepturi succesoriale speciale, dreptul de a veni în concurs cu oricare dintre cele patru clase de moștenitori, înlăturând astfel concepțiile învechite în care legatura de sânge era principalul temei al vocației succesoriale.

Codul Civil prevede la articolele 654-658 condițiile speciale pe care soțul supraviețuitor trebuie să le îndeplinească pentru a putea moșteni: să aibă capacitate succesorală și să nu fie nedemn, să aibă vocație succesorală și la deschiderea moștenirii să aibă calitatea de soț.

Însă, legiuitorul pe lângă aceste condiții a considerat că soțul supraviețuitor pentru a putea accesa la dreptul la moștenire trebuie să accepte moștenirea lăsată de defunct, căci art. 686 Cod Civil prevedea că: ”nimeni nu este obligat de a face acceptarea unei moșteniri ce i se cuvine” (nemos invictus heres).

⁶ Art. 679 prevedea: ”când defunctul nu are nici rude în grad succesibil, nici copii naturali, bunurile succesiunii trec la soțul în viață nedespărțit”.

⁷ Prof. Univ.dr Veronica Stoica, *Soțul supraviețuitor, moștenitor legal și testamentar*, editura Editas, București, 2004, p.27.

A. Pentru a putea înțelege mai bine prima condiție prevăzută, va trebui să interpretăm prevederile art. 654, alin. (1) Cod Civil și să concluzionăm că are capacitatea de a dobândi moștenirea, orice persoană care la momentul morții celui care lasă moștenirea, este în viață.

În literatura de specialitate s-a reținut că, noțiunea de capacitate de exercițiu sau capacitate de folosință nu se identifică cu cea de capacitate succesorală, aceasta din urmă presupunând existența în viață la momentul deschiderii succesiunii a persoanei chemate la moștenirea celui decedat. Dovada existenței soțului supraviețuitor revine, conform art. 1169 Cod Civil acestuia.

Nu se poate moșteni prin reprezentare, pe cale de consecință nu se pune problema dovedirii existenței soțului supraviețuitor în cazul moștenirii prin reprezentare.

Pornind de la dispozițiile art. 19 din Decretul nr.31/1954: ”cel dispărut este socotit a fi în viață dacă nu a intervenit o hotărâre declarativă de moarte rămasă definitivă.”, înțelegem că în cazul soțului supraviețuitor declarat dispărut la momentul deschiderii succesiunii, subzistă acest drept până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești prin care se stabilește și data morții și îndeplinirea condiției de a avea capacitate succesorală.

Problema apare atunci când se constată că data morții soțului declarat dispărut, este anterioară decesului soțului defunct, capacitatea succesorală se desființează cu efect retroactiv, iar ce se primea prin moștenire va reveni moștenitorilor care au fost excluși prin prezența soțului dispărut sau ale căror părți au fost diminuate.

Pentru a putea răspunde întrebării ce se întâmplă în cazul în care ambii soți au decedat în același timp și în aceleași împrejurări sau în același timp dar împrejurări diferite, prevederile art. 21 din Decretul nr.31/1954, lămurește această problemă și arată că ei sunt comorienți sau codecedați.

B. A doua condiție pe care legiuitorul o pune este cea privind nedemnitatea succesorală.

Nedemnitatea succesorală reprezintă o condiție esențială a soțului supraviețuitor pentru a putea moșteni, reprezintă decăderea din acest drept dar și din dreptul de a culege rezerva succesorală din moștenire.

În acest sens, ne sunt de ajutor dispozițiile art. 655 Cod Civil, potrivit cărora sunt nedemni:

- Condamnatul pentru că a încercat să omoare pe defunct;
- Acela care a făcut în contradefunctului o acuzație capitală declarată de judecată calomnioasă;
- Moștenitorul major care, având cunoștință de omorul defunctului nu a denunțat aceasta justiției.

Un caz aparte îl constituie și omorul sau tentativa la omor, pentru care soțul supraviețuitor este declarat nedemn succesoral, însă cu îndeplinirea următoarelor condiții:

1. Omorul să fi fost săvârșit cu intenție;
2. Moștenitorul să fi fost condamnat printr-o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă pentru tentativă la omor sau pentru omor, în calitate de autor, coautor, complice sau instigator;

În cazul în care soțul supraviețuitor este condamnat, acesta este declarat nedemn, însă dacă ne aflăm în fața unei scoateri de sub urmărire penală, dacă fapta a fost amnistiată sau dacă sancțiunea penală s-a prescris, el nu va fi considerat nedemn și va putea să vină la moștenirea celui alt soț. Cu toate acestea, în cazul în care, soțul condamnat este grațiat, amnistiat sau reabilitat, nedemnitatea va opera, deoarece măsura nu înlătură intenția de a ucide.

O a doua ipoteză este aceea că, dacă subzistă circumstanțele atenuante, nedemnitatea nu este înlăturată.

Actele încheiate cu terțe persoane, de la momentul deschiderii succesiunii și cel al declarării ca fiind nedemn, și amintim aici acte cu titlu oneros și acte cu titlu gratuit, ridică o problemă care impune o serie de precizări; actele de dispoziție făcute de soțul nedemn asupra bunurilor mobile corporale, se mențin cu condiția ca dobânditorul să fie de bună-credință, actele de conservare și administrare rămân valabile încheiate.

C. Legea nr. 319/1944 conferă soțului supraviețuitor atât vocație succesorală generală, cât și vocație succesorală concretă.

Ca să înțelegem diferența dintre acestea, definim vocația succesorală generală ca acea vocație prin care soțul supraviețuitor vine la moștenire cu celelalte patru clase de moștenitori legali, iar în cazul vocației succesorală concrete, soțul supraviețuitor vine la moștenire cu oricare dintre cele patru clase de moștenitori legali, dar și în cazul moștenirii testamentare, deoarece el beneficiază de un drept de rezervă succesorală.

D. Calitatea de soț este o altă condiție cerută de către legiuitor, calitate de durează până la desființarea, desfacerea sau încetarea ei. Pentru ca această condiție să fie îndeplinită, soțul trebuia să aibă la momentul decesului defunct, calitatea de soț.

E. Poate cea mai importantă condiție este acceptarea moștenirii. Într-adevăr, actul de acceptare reprezintă constatarea calității de moștenitor.

Acceptarea poate fi tacită sau expresă, conform prevederilor art. 689 Cod Civil: ”Acceptarea poate fi expresă sau tacită. Ea este expresă când se însușește titlul sau calitatea de erede într-un act autentic sau privat; este tacită când erede face un act, pe care n-ar putea să-l facă decât în calitatea sa de erede, și care lasă a se presupune intenția sa de acceptare”.

”În ceea ce privește actele de administrare, care nu au caracter urgent și angajează viitorul⁸, implică acceptarea pentru că susceptibilul s-a comportat ca un proprietar și nu a putut săvârși aceste acte fără să fi voit să accepte moștenirea. Actele de dispoziție comportă un act caracter și anume, presupun intenția neechivocă de a accepta moștenirea”⁹.

Cu titlu de exemplu: În cazul în care soțul supraviețuitor folosește bunurile comune dobândite în timpul căsătoriei cu defunctul, nu putem concluziona că acesta a acceptat moștenirea. Un alt caz, reținut în practică este acela că, luarea din patrimoniul moștenirii a unei amintiri de familie, preluarea imediată după deces a unui singur bun de valoare redusă, nu constituie o acceptare tacită a moștenirii, sau dacă soțul folosește bunurile dobândite în timpul căsătoriei. Însă, ne aflăm în fața unei acceptări tacite, dacă această folosire este completă și cu acte din care să reiasă neîndoiește intenția soțului supraviețuitor de a accepta tacit moștenirea.

Putem exemplifica și câteva acte de acceptare tacită a moștenirii: încasarea unei creanțe a moștenirii, ridicarea unei construcții pe terenul care face parte din masa succesorală, plata impozitelor pe clădiri, terenuri și autoturisme, cererea de anulare a unui testament, acțiunea în revendicare a bunurilor succesoriale, cererea de inventariere sau evaluare a bunurilor care compun masa succesorală.

Codul Civil prevede două situații când soțul supraviețuitor poate fi forțat să accepte moștenirea, amintim aici prevederile art. 703 Cod Civil: ”erezii care au dat la o parte sau au ascuns lucruri ale unei succesiuni, nu mai au facultatea de a se lepăda de dânsa, cu toată renunțarea lor, ei rămân erezii și nu pot lua nicio parte din lucrurile date la o parte sau ascunse”.

În ceea ce privește a doua situație, ne-ar fi opozabile prevederile art. 712 Cod Civil, potrivit cărora: ”ereditățile care au ascuns obiecte ale unei succesiuni sau care cu știință sau rea-credință nu au trecut în inventar efecte, nu se poate folosi de beneficiul de inventar”. Având în vedere aceste aspecte, legiuitorul stabilește și un termen de acceptare al moștenirii, conform art. 700 alin 1., Cod Civil: ”dreptul de a accepta succesiunea se prescrie printr-un termen de 6 luni socotit de la data deschiderii succesiunii”.

De aici, putem înțelege că termenul de 6 luni operează doar pentru transmisiunile universale sau cu titlu universal, iar în cazul legatelor cu titlu participativ, legiuitorul nu precizează, din această cauză putem conchide că se aplică termenul de 3 ani, cel al prescripției.

Toate dispozițiile Legii nr. 319/1944 se referă la dreptul de moștenire acordat soțului în viață.

În reglementarea sa, dreptul la moștenirea soțului supraviețuitor nu diferă cu nimic de celelalte drepturi la moștenire, el fiind reciproc și transmisibil, ca orice drept de moștenire, cu atât mai mult cu cât este garantat printr-o rezervă. Dacă ar fi să analizăm diferența dintre dreptul la moștenire al soțului supraviețuitor și celelalte clase succesoriale, acesta ar consta în faptul că, dreptul soțului nu se bazează pe legătura de sânge, el moștenind tocmai în virtutea calității sale de soț.

Cu alte cuvinte, soțul supraviețuitor are dreptul să vină la moștenire după deschiderea acesteia, are dreptul de a renunța la aceasta, se bucură de toate drepturile legale de calitate de succesor, precum și de toate obligațiile care grevează patrimoniul succesoral.

Legea nr. 319/1944 vine cu două drepturi speciale și anume: dreptul la abitație asupra casei de locuit, prevăzut de art. 4 și dreptul de moștenire asupra imobilelor și obiectelor aparținând gospodăriei casnice și asupra darurilor de nuntă când vine în concurs cu descendenții, prevăzut de dispozițiile art. 5 din lege.

”În încercarea de a evidenția cât mai bine drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor, cred că putem face o analiză la nivel european și compara acest drept cu cel prevăzut de legiuitorul român.

1. Codul Civil german de la 1900, prin art. 1931 a recunoscut soțului supraviețuitor un drept la moștenire, în concurs cu oricare dintre moștenitorii din cele 2 ordine succesoriale și un drept de preciput asupra mobilelor și obiectelor aparținând gospodăriei casnice.

2. Sistemul de drept francez nu recunoaște soțului supraviețuitor decât un drept de uzufruct variabil în funcție de clasa de moștenitori cu care vine în concurs și doar în absența lor soțul vine la moștenire în plină proprietate. Însă, prin liberalitățile sale, soțul predecedat putea micșora sau suprima acest drept de uzufruct sau dacă era exagerat din punctul de vedere al celorlalți moștenitori putea fi convertit în rentă viageră, cu condiția ca ei să fie de acord, să nu depășească partea acestora, conversiunea să aibă loc înaintea partajului și să nu fie rânduită decât cu asigurarea unor garanții suficiente precum cautiunea, gajul, ipoteca, a căror suficiență o va aprecia judecătorul. De asemenea legea franceză recunoaște și un drept de creanță alimentară al soțului.

3. Codul Civil italian din 1942 modificat prin Legea nr 151/1975 recunoaște, prin art. 581-583, un drept de moștenire soțului supraviețuitor în concurs cu oricare clasă de moștenitori cu care vine în concurs.

⁸ Veronica Stoica, *Dreptul de opțiune succesorală*, în ”Moștenirea testamentară. Transmisiunea și împărțirea moștenirii” de C. Toader, L. Stînculescu, R. Popescu, Veronica Stoica, Editura Actami, București, 1994, p.111.

⁹ Veronica Stoica, *Soțul supraviețuitor, moștenitor legal și testamentar*, Editura Editas, București, 2004, p.49.

4. În dreptul englez, prin libertatea de a dispune de liberalități aproape absolută a defunctului, cu greu s-a ajuns la recunoașterea unor drepturi succesoriale soțului supraviețuitor. Acesta are dreptul la mobile personale și un drept de creanță asupra succesiunii de clasa de moștenitori cu care vine în concurs, deci nu un veritabil drept succesoral”¹⁰.

Soțul supraviețuitor nu face parte din nicio clasă de moștenitori legali, însă acesta vine în concurs cu orice clasă de moștenitori și beneficiază de o cotă-parte din moștenire a cărei întindere diferă în funcție de casă cu care vine în concurs.

Articolul 1 din Legea nr. 319/1944 prevede:

- În concurs cu copiii defunctului sau cu descendenții acestora, indiferent de numărul lor, soțul moștenește cota de $\frac{1}{4}$ din moștenire;
 - În concurs cu părinții defunctului sau numai unul dintre ei, cât și cu frații și surorile și ascendenții acestora, indiferent de numărul ascendenților privilegiați sau colateralilor privilegiați, soțul moștenitor are dreptul la $\frac{1}{3}$ din moștenire;
 - În concurs numai cu ascendenții privilegiați sau numai cu colateralii privilegiați, soțul are dreptul în ambele cazuri numai la $\frac{1}{2}$ din moștenire;
 - Dacă vine în concurs numai cu ascendenții ordinari, soțul are dreptul la $\frac{3}{4}$ din moștenire;
 - Dar în concurs cu colateralii ordinari, are dreptul la $\frac{3}{4}$ din moștenire;
 - Și nu în ultimul rând, în absența rudelor în grad succesibil, soțul supraviețuitor va culege întreaga moștenire.
- Consider că aceste cote sunt cele potrivite organizării actuale a familiei, legiuitorul stabilind cote fixe pentru soțul supraviețuitor și celelalte clase succesoriale.

5. Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor asupra mobilelor și obiectelor aparținând gospodăriei casnice și asupra darurilor de nuntă

Legiuitorul de la 1944 nu putea să ia în considerare sentimentele ce leagă pe soți de bunurile și obiectele aparținând gospodăriei, astfel că, prin dispozițiile art. 5 din Legea nr. 319/1944 a reglementat faptul că aceste bunuri se cuvin soțului supraviețuitor, peste cota sa succesorală, din celelalte bunuri, ori de câte ori, acesta nu vine în concurs cu descendenții soțului decedat.

Pe lângă condițiile generale de a veni la moștenire, soțul supraviețuitor trebuie să îndeplinească și alte două condiții speciale:

- Soțul să vină în concurs cu oricare dintre celelalte clase de moștenitori, exceptând clasa I;
- Soțul decedat să nu fi dispus de partea sa din celelalte bunuri prin acte juridice între vii sau pentru cauză de moarte.

În ceea ce privește prima condiție specială, legiuitorul a prevăzut că soțul supraviețuitor dacă vine în concurs cu clasa I, a descendenților, indiferent de numărul lor, bunurile vor fi incluse în masa succesorală și va primi o pătrime din avere, când vine la succesiune cu copiii defunctului sau cu descendenții lor, indiferent de grad.

A doua condiție pe care legiuitorul a avut-o în vedere presupune ca defunctul să nu fi dispus de aceste bunuri prin donație sau legate făcute prin testament; atunci toate mobilele și obiectele gospodăriei vor fi moștenite de soțul supraviețuitor conform art. 5 din Legea nr. 319/1944.

6. Dreptul de abitație al soțului supraviețuitor

Prin art. 4 din Legea nr. 319/1944, legiuitorul a prevăzut: ”Soțul supraviețuitor care nu are o altă locuință proprie, va avea la executarea ieșirii din indiviziune, și în orice caz, cel puțin un an de la încetarea din viață a soțului său, în afară de dreptul de moștenire potrivit dispozițiilor de mai sus, un drept de abitație asupra casei în care a locuit, dacă aceasta face parte din succesiune”.

Însă pentru a beneficia de acest drept, soțul supraviețuitor trebuie să îndeplinească condiții care nu sunt prevăzute expres, dar le putem deduce din textul de lege, și anume:

1. Să nu aibă o locuință proprie;
2. Casa care formează obiectul dreptului de abitație, să facă parte din succesiune;
3. La data deschiderii moștenirii, soțul supraviețuitor să fi locuit în casa care face obiectul abitației.

Având în vedere aceste considerente, menționăm faptul că, legea specială care stipulează dreptul de abitație al soțului supraviețuitor, a avut în vedere crearea unui regim de egalitate între soți, nu crearea unei situații favorabile unuia dintre aceștia.

7. ”Legitima portio” a soțului supraviețuitor (cota de drept a soțului supraviețuitor)

Față de prevederile Codului Civil anterior, noul Cod Civil reglementează în mod direct conceptul de **legitima portio** (art. 1086)¹¹ ca parte a bunurilor incluse în moștenire, la care moștenitorii rezervatari au dreptul, chiar și

¹⁰ Veronica Stoica, *Soțul supraviețuitor, moștenitor legal și testamentar*, Editura Editas, București, 2004, p.57

împotriva acestora, intenția deliberată a defunctului, manifestată prin donații, daruri sau dezinerințe în voință. Sunt considerați moștenitori rezervatari: soțul supraviețuitor, descendenții și ascendenții privilegiați ai defunctului (articolul 1087 NCC), iar partea rezervată este acordată moștenitorilor ca parte a intestării. Rezerva succesorală a soțului supraviețuitor, care reprezintă o parte fixă de jumătate din drepturile sale variabile, cota juridică a patrimoniului (articolul 1088 NCC), calculată în funcție de clasa moștenitorilor pe care îi concurează, este:

- $\frac{1}{8}$ din avere, dacă va concura împotriva primei clase de moștenitori (descendenți);
- $\frac{1}{6}$ din avere, dacă va concura împotriva ascendenților preferențiali și a garanțiilor preferențiale;
- $\frac{1}{4}$ din avere, dacă acesta concurează numai cu ascendenții preferențiali sau numai cu garanțiile preferențiale;
- $\frac{3}{8}$ din avere, dacă acesta concurează împotriva celei de-a treia clase de moștenitori (ascendenți obișnuiți) sau cu a patra clasă de moștenitori (colaterali obișnuiți);
- $\frac{1}{2}$ din avere, dacă nu există rude în mod succesiv sau, dacă există, nu sunt în stare (nedemnate) sau nu doresc (renunță) la succesiune.

Dacă el sau ea vine în succesiune în competiție cu una dintre clasele de moștenitori legali, soțul supraviețuitor legitima portio se acordă cu o prioritate mai mare decât acțiunile de drept legal sau părțile rezervate ale altui moștenitor la care el sau ea vine cu succes. Cota legală legală a soțului supraviețuitor se calculează din întregul patrimoniu și diminuează în consecință toate părțile legale de drept și porțiunile rezervate ale celorlalți moștenitori¹²

Față de prevederile din Legea nr.319/1944, noul Cod civil nu modifică valoarea cotei părți a soțului supraviețuitor, însă elimină aspectele confuze privind legitima portio a acestuia, chiar dacă prioritatea și modificarea corespunzătoare a acțiunilor alte clase primite au pierdut o parte din relevanța pe care au avut-o în regulamentele anterioare, ca acțiuni de drept sunt stabilite separat pentru fiecare clasă și pentru soțul supraviețuitor.

Astăzi, dreptul la moștenire al soțului supraviețuitor este prevăzut de art. 970-974 Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr 287/2009 privind Codul Civil, însă fundamentul acestui drept este Legea nr. 319/1944, act normativ ce stabilește de peste 74 de ani drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor.

Spre deosebire de Vechiul Codul Civil, noul Cod civil, în vigoare începând cu 1 octombrie 2011, reglementează în mod expres drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor, pentru care au fost stabilite reglementări speciale într-o secțiune separată (art.970-974), care a preluat reglementările anterioare din Legea nr.319/1944 (în prezent abrogată). Soțul supraviețuitor beneficiază de un drept de interacțiune atunci când se află în concurență cu oricare dintre clasele moștenitorilor legali, un drept temporar de a locui avut anterior, în comun cu defunctul, un drept de succesiune special asupra articolelor de mobilier și de uz casnic, drepturi care au fost clarificate pentru a rezolva problemele anterioare, ce au reprezentat surse de confuzie. În comparație cu reglementările anterioare, noul Cod civil nu modifică valoarea dreptului de drept legal al soțului supraviețuitor sau a **legitima portio**, ci explică mai degrabă că acestea sunt calculate cu prioritate mai mare decât acțiunile de drept legal sau părțile rezervate ale moștenitorului pe care el sau ea le concurează în succesiune.

8. Concluzii

Soțul supraviețuitor nu este un succesor ca toți ceilalți. Acest lucru a fost consacrat mai întâi prin dreptul familiei. Acesta vine la moștenire cu celelalte clase succesoriale datorită afecțiunii și nu a filiației.

Am încercat prin această lucrare să expun evoluția juridică a dreptului la moștenire pe care soțul supraviețuitor îl primește după decesul defunctului și am constat că prin Legea nr. 319/1944, legiuitorul a oferit acestuia drepturi net superioare față de cele din urmă cu 80 de ani, conferite de vechiul Cod Civil. Aceste drepturi ar consta în chemarea soțului supraviețuitor la moștenire prin împlinirea condițiilor generale impuse de către legiuitor, recunoașterea dreptului de rezervă al soțului supraviețuitor, recunoașterea dreptului de moștenire legală asupra mobilelor și obiectelor aparținând gospodăriei casnice și a dreptului de abitație.

Atât timp cât mediul social este supus unor schimbări din ce în ce mai pregnante în evoluția societății, dreptul trebuie să cuprinsă soluții noi, norme juridice noi care să satisfacă cerințele actuale ale societății.

Transmiterea prin moștenire este o instituție străveche pe care o întâlnim din cele mai vechi timpuri, această problemă preocupând specialiștii în drept care au încercat o analiză a evoluției dreptului la moștenire a soțului supraviețuitor, ceea ce ne duce negreșit cu gândul că, dreptul câștigat prin afecțiune este la fel de important ca și dreptul stabilit prin filiație, că legătura sufletească, baza oricărei căsătorii, impun din cele mai vechi timpuri și în mod cert foarte mult timp de acum înainte, recunoașterea unui drept de moștenire pentru soțul în viață.

¹¹ Art. 1086 NCC: "rezerva succesorală este partea din bunurile moștenirii la care moștenitorii rezervatari au dreptul în virtutea legii, chiar împotriva voinței defunctului, manifestată prin liberalități sau dezmoșteniri".

¹² Ion Dogaru, Vasile Stănescu, Maria Marieta Soreată : *Bazele dreptului civil. Volumul V. Succesiuni*, Editura C.H.Beck, 2009.

EVOLUȚIA CONTRACTULUI CA MIJLOC DE TRANSMITERE A PROPRIETĂȚII ÎN 100 DE ANI DE LA MAREA UNIRE

Radu STANCU*

Abstract : *As it appears from the title, this paper proposes the chronological presentation of the contract in Romanian law during the 100th anniversary of the Great Union.*

The development of the subject is interwoven around the role of the middle contract of ownership and the particularities of its fulfillment in every historical period traversed from 1918 to the present day. At the same time, this paper brings to light the effects of new technology on the positive law and, above all, on the notion of contract.

Keywords : *evolution; contract; blockchain; smart contract.*

Studiul de față nu își propune o analiză exhaustivă a instituției contractului în fiecare perioadă istorică în ultimii 100 de ani, ci dorește, într-un prim timp, o scurtă trecere în revistă a evoluției contractuale (I) pentru ca, mai apoi, să prezinte un noul tip de contract numit „smart contract” sau contractul inteligent(II).

Acest nouă tehnică de transmitere a proprietății este unealta principală folosită în cadrul tranzacțiilor online cu valuta digitală, mai precis prin intermediul tehnologiei blockchain.

I. Contractul în 100 de ani de la Marea Unire

În cei 100 de ani de la Marea Unire, România a cunoscut mai multe regimuri politice, însă ne vom limita la a descrie particularitățile contractului doar în trei perioade istorice, astfel: (a) perioada Marii Uniri și a marilor reformelor legislative (1918-1940); (b) perioada dictaturii totalitare (1940-1944) și perioada comunistă (1948-1989); (c) perioada post-comunistă (1989-prezent).

a. Perioada Marii Uniri și a marilor reformelor legislative (1918-1940)

Marea Unire de la 18 decembrie 1918 simbolizează nu doar sudarea celor trei provincii românești Țara Românească, Moldova și Transilvania, dar și o unificare legislativă.

Această unificare legislativă s-a realizat prin extinderea legilor în vigoare în Țara Românească pe teritoriul provinciilor unite. Un alt factor unificator a fost elaborarea de noi acte normative care aveau drept scop înlocuirea reglementărilor similare aflate în aplicare în provincii¹.

În ciuda modificărilor juridice produse, fundamentul dreptului civil rămâne Codul civil din 1864, completat de o serie de legi speciale și alte acte normative necesare realizării transformărilor ce aveau să aibă loc în viața economică și socială a țării².

O altă particularitate a acelei vremi a fost aplicarea unei politici de tranziție legislativă ce a durat până în anul 1923. Pe durata acestei perioade au fost menținute anumite legi speciale ce aveau aplicare numai în Transilvania, Banat, Bucovina și Basarabia înainte de 1918.

Trebuie făcută mențiunea că, înainte de Unirea de la 1918, Transilvania era împărțită în două regiuni, consecință a organizării teritoriale Imperiului Habsburgic³. Așadar, avem o regiune ce cuprindea centrul și estul Transilvaniei, la care se adaugă ținuturile bănățene. Acestor teritorii li se aplica Codul civil austriac de la 1811. Restul de teritorii transilvănene reprezenta a doua regiune, căreia i se aplica dispozițiile dreptului cutumiar maghiar. Spre deosebire de Codul civil austriac care era unica sursă de drept, dreptul maghiar avea mai multe izvoare, cum ar fi: cutuma, legile maghiare elaborate între 1867-1919, ordonanțele regale și ministeriale ale statului maghiar.

De remarcat că, în ambele sisteme de drept, contractul era clasificat ca fiind un izvor creator de obligații. De asemenea, Codul civil austriac impunea, pentru validitatea contractului, pe lângă acordul de voință al părților, și remiterea bunului. Astfel, principalele condiții pentru încheierea contractului erau capacitatea persoanelor, consimțământul părților, dar și posibilitatea prestației.

Așadar, unificarea legislației civile s-a realizat în mod treptat și diferențiat de la o provincie la alta. Astfel, dacă la sfârșitul deceniului al treilea, în vechea Românie și în Basarabia se aplicau aceleași norme de drept civil, în Transilvania au continuat să se aplice unele norme specifice până în timpul celui de al doilea război mondial⁴.

* Lect. univ. dr., Universitatea „Danubius” din Galați; e-mail: radu.stancu85@gmail.com

¹ Pirtac G., Pascalu I., Bujor V., *Istoria dreptului românesc*, Universitatea de Studii Europene din Moldova – Facultatea de Drept, Chișinău, 2013, p. 65.

² Negru I., *Istoria dreptului românesc*, NEGARD, Lugoj, 2014, p. 145.

³ *Ibidem*, p. 135.

⁴ Madescu L., *Istoria dreptului românesc*, Universitatea „Spiru Haret” - Facultatea de drept și administrație publică, p. 168.

În genere, în materie contractuală nu au fost aduse modificări radicale față de dispozițiile Codului civil de la 1864. Totuși, au existat o serie de măsuri legislative ce au avut drept scop protejarea debitorilor, în deosebi a țăranilor, în privința anumitor practici cum ar fi dobânzile uriașe practicate de cămătari⁵.

De pildă, legiuitorul, prin elaborarea Legii din 2 aprilie 1931 contra cametei, considera că, în realitate, o vânzare cu pact de răscumpărare ascunde de fapt un împrumut cu dobândă cămătărească garantată prin gaj. Astfel, cămătarul avea posibilitatea de a deveni proprietarul bunului gajat de împrumutător, atunci când acesta din urmă nu restituie suma la termenul stabilit. Pentru a preîntâmpina aceste manopere, legiuitorul a considerat vânzarea cu pact de răscumpărare un instrument juridic periculos, înlăturându-l din rândul convențiilor licite.

În privința dreptului proprietății, prin măsurile de unificare a legislației au loc cele mai importante modificări. Dacă, în lumina articolului 480 din Codul civil de la 1864 dreptul de proprietate i se dădea un caracter absolut, Constituția de la 1923 și legislația civilă în materie au consacrat concepția proprietății ca funcție socială⁶. Aceasta măsura a fost justificată de faptul că, în legislația română anterioară Unirii, proprietarul terenului avea drepturi depline nu doar asupra solului, dar și asupra subsolului și asupra spațiului aerian aflat deasupra terenului.

Prin noile dispoziții s-a urmărit, în primul rând, ca toate bogățiile subsolului să treacă în proprietatea statului. Apoi, naționalizarea spațiului aerian a servit intereselor unor societăților de navigație aeriană.

Tododată, se dorea crearea unei dinamici a circulației terenurilor. Mai precis, exproprierea terenurilor pentru cauză de utilitate națională, cu plata unor despăgubiri substanțiale, avea ca efect final largirea patrimoniului persoanelor prin vânzarea de către stat a pământurilor expropriate țăranilor. De remarcat că legile de împrumutări impuneau țăranilor obligația de a nu vinde sau ipoteca înaintea de stingerea datoriilor către stat.

Se poate constata că, contractul, ca mijloc de transmitere a proprietății, a jucat un rol esențial în procesul revoluționar de împrumutări al țăranilor.

În perioada Marii crize economice dintre anii 1929-1933 cauzată de supraproducție, contractul de vânzare-cumpărare a suferit de asemenea puternice modificări de substanță⁷.

După cum se știe, contractul de vânzare-cumpărare este translativ de proprietate, fapt care, în condițiile crizei, genera serioase inconveniente creditorilor. Mai precis, în momentul falimentului, bunurile aflate în magazinele comercianților erau vândute la licitație, iar suma rezultată era împărțită în mod proporțional între creditorii falitului.

În practica relațiilor comerciale, mărfurile erau procurate periodic prin contractul de vânzare-cumpărare, iar plata urma a se face la scadențele prevăzute. Astfel, marii comercianți deveneau proprietari ai mărfurilor în momentul primirii lor, chiar dacă prețul nu era plătit. Dacă mărfurile rămăneau nevândute iar comercianți cu amănuntul dădeau faliment, în mod normal creditorii le scoteau bunurile la vânzare pentru a se despăgubi.

Urmarea era că, industriașii și angrosiștii nu-și mai puteau valorifica drepturile de creanță născute din contractele încheiate cu micii negustori, așa încât dădeau și ei faliment. Pentru a se evita asemenea consecințe s-a recurs la vânzarea bunurilor fără transferul dreptului de proprietate, dacă prețul nu era plătit în momentul remiterii mărfurilor.

Astfel, creditorul micului comerciant nu mai putea să scoată la licitație marfa acestuia căci proprietar al mărfii rămăsese tot angrosistul până la plata prețului cerut.

b. Perioada dictaturilor totalitare de extremă dreapta (1938-1944) și perioada comunistă (1948-1989)

Perioada dictaturilor totalitare de extremă dreapta se poate împărți la rândul său în: perioada dictaturii regale a lui Carol al II-lea (1938-1940) și perioada dictaturii antonesciene (1940-1944)⁸.

Fără a dori a face o analiză socio-politică, prezentarea celor două perioade se va limita doar la particularitățile dreptului civil și, mai cu seamă, ale contractului.

Primo, la 24 februarie 1938 este adoptată o nouă Constituție ce se fundamentează pe principiile corporatismului fascist italian⁹. Prin noua Constituție se asigură conducerea autoritară a regelui și supremația acestuia asupra executivului.

Cât privește Codul civil, este păstrat cel din 1864, însă sunt aduse prin legi speciale o serie de reforme menite să răspundă epocii de dictatură carlistă aflată la puterea statului român.

Un astfel de exemplu este articolul 27 al Constituției care dispunea că „numai cetățenii români pot dobândi și deține imobile rurale în România”, deosebind pe „românii de origine, de cei naturalizați”.

⁵ Bălănescu R., Băicoianu Al., *Drept civil român. Studiu de doctrină și jurisprudență. Teoria generală a obligațiilor. Probele. Contractele speciale. Garanțiile personale și reale*, vol. II, SOCEC, București, 1943, p.123-310.

⁶ Luțescu G. N., *Teoria generală a drepturilor reale. Teoria patrimoniului. Clasificarea bunurilor. Drepturile reale principale*, Imprimeria Văcărești, București, 1947, p. 113.

⁷ Madescu L., *op.cit.*, p. 167.

⁸ *Ibidem*, p. 172.

⁹ **Corporatismul** este o doctrină social-politică și economică, apărută după Primul Război Mondial, care preconiza înlocuirea sindicatelor muncitorești cu corporații, organizații profesionale din care să facă parte atât muncitorii, cât și patronii, precum și înlocuirea parlamentului cu o reprezentanță națională a corporațiilor.

Secundo, la 6 septembrie 1940, în împrejurările înrăutățirii situației internaționale și a crizei profunde a regimului politic al dictaturii regale a fost instaurată în România dictatura totalitară de către generalul Ion Antonescu în colaborare cu Garda de Fier.

Codul civil de la 1864 continuă să rămână în vigoare și pe perioada dictaturii antonesciene, însă au fost luate măsuri cu caracter special împotriva anumitor categorii de personae, în principal evrei, și a bunurilor lor.

Putem cita Decretul-lege nr. 3347, publicat în Monitorul Oficial din 5 octombrie 1940, care dispunea interzicerea dreptului evreilor de a „stăpâni, dobândi sau deține proprietăți rurale în România, sub niciun titlu și în nicio calitate, precum proprietari, uzufructuari, asociați, administratori”.

Conform interpretării oferite de acest act normativ, prin proprietăți rurale trebuiau înțelese „terenurile arabile, fânețele, izlazurile, terenurile neproductive, bălțile, iazurile, viile, conacurile, livezile de pomi fructiferi, pepinierele, crescătoriile de animale și păsări, stupăriile, grădinile de zarzavat și grădinile de flori în scop de comercializare, fără distincțiune, dacă aceste bunuri sunt situate în perimetrul municipiilor, comunelor urbane sau suburbane sau comunelor rurale”.

În timpul perioadei comuniste, cu toate că este păstrat în continuare Codul civil de la 1864, dispozițiile Cărții I din Codul civil cu privire la persoane, căsătorie, divorț, paternitate, filiațiune, adopție, tutelă și emancipare au fost modificate.

În afara măsurilor de colectivizare forțată aflate, țăranii au beneficiat prin lege (art. 36 din Constituția din 1965) și de un drept de proprietate personală asupra veniturilor și economiilor provenite din muncă, asupra casei de locuit și gospodăriei auxiliare de pe lângă casă, precum și asupra obiectelor casnice și de uz personal. Inevitabil se observă restrângerea până la eliminare a dreptului de proprietate individuală mai cu seamă a proprietății imobiliare.

Totodată, dreptul de proprietate personală asupra bunurilor imobile nu avea ca obiect decât casa de locuit, fiind interzis de lege deținerea mai multor locuințe¹⁰. Astfel, cel care dobânda în proprietate o altă locuință pe lângă cea deținută deja, avea obligația de a înstrăina una din ele în termen de un an.

Potrivit art. 13 din Decretul nr. 223/1974 terenurile de orice fel și construcțiile puteau fi deținute numai de persoane care au domiciliul în România. Construcțiile persoanelor care plecau în mod fraudulos din țară sau care, fiind plecare în străinătate, nu s-au mai întors la expirarea termenului stabilit pentru înapoierea în țară, treceau fără plată, în proprietatea statului împreună cu terenurile aferente.

c. Perioada post-comunistă (1989-prezent)

Cel mai important eveniment post-comunist în materia dreptului civil a fost adoptarea unui nou Cod civil la 1 octombrie 2011.

Cum era firesc, această schimbare majoră din viața juridică a făcut subiectul unei prezentări și analize exhaustive în doctrina românească, fapt ce ne face să amintim doar câteva din modificările și noutățile aduse de legiuitor.

Astfel, actualul Cod civil afirmă în conținutul său principiul autonomiei de voință (art. 1169 C.civ.) și principiul general al bunei-credințe atât în perioada formării contractului, cât și pe toată durata executării sale (art. 1170 C.civ.).

Codul delimitează faza precontractuală ca fiind o etapă distinctă în dinamica contractului și recunoaște libertatea părților de a se angaja în negocieri contractuale, de a încheia sau nu contracte, dar și de a-i determina liber conținutul.

Totodată, legiuitorul introduce o serie de noi instituții juridice cum ar fi impreviziunea (art. 1271 C.civ.) ori fiducia (art. 773-791 C.civ.).

În cele ce urmează, ne propunem să prezentăm ceea ce este considerat de o bună parte a doctrine o adevărată revoluție a vremurilor noastre, tehnologia blockchain, și efectele acesteia asupra dreptului pozitiv, în principal prezentarea conceptului de smart contract sau contract inteligent.

II. Caracterizarea tehnologiei blockchain și descrierea noțiunii de „contract inteligent”

Tehnologia blockchain a ridicat o serie de întrebări în doctrina de specialitate, de la definirea conceptului de lanț de blocuri de date, până la efectele juridice pe care le pot produce acordurile făcute prin această tehnologie și modurile cum se produc aceste efecte.

Înainte de toate ce este blockchain-ul și care sunt avantajele unei asemenea tehnologie ?

Lanțul de blocuri sau blockchain este considerat ca fiind noua revoluție numerică comparabilă cu cea produsă de apariția internetului acum mai bine de 26 de ani¹¹. În acest sens, într-un viitor foarte apropiat, cumpărarea unei proprietăți este posibil să se facă fără a mai se trece prin fața notarului. Mai precis, programele („soft-uri”) vor permite verificarea fiabilității părților înainte de validarea tranzacției.

Prin blockchain se înțelege acea tehnologie de stocare și de transmitere de informații, adică de registre distribuite¹², funcționând printr-un sistem de distribuție și de proceduri de criptografiere¹³.

¹⁰ Legea nr. 4/1973 privind dezvoltarea construcției de locuințe și vânzarea de locuințe din fondul de stat către populație.

¹¹ Silguy S. De, *Les blockchains, la nouvelle révolution numérique*, RLDC nr. 138/2016, p. 39 și urm.

¹² Verbiest T., *Technologies de registre distribué (blockchain): premières pistes de régulation*, RLDI nr. 129/2016, p. 52.

Avantajele tehnologiei ale lanțurilor de blocuri sunt, în principal, reducerea de costuri și realizarea de operațiuni financiare și comerciale direct între părți, fără a mai fi nevoie sau obligatoriu implicarea anumitor terți (de exemplu: notarii, avocații, autorități financiare sau organe administrative). Astfel, interesul de a face tranzacții prin intermediul blockchain-ului este motivată de faptul că, pe lângă optimizarea financiară, această tehnologie are un grad ridicat de securitate prin crearea de relații automatizate.

Așadar, se creează o legătură directă și sigură între părți, legătura care, în mod normal, pentru a avea un caracter de siguranță, ar impune implicarea unui terț de încredere în raportul dintre părți¹⁴.

O a doua întrebare la care se impune un răspuns este modul de funcționare al blockchain-ului.

Din punct de vedere tehnic, tehnologia informatică a lanțului de blocuri este o metodă de înregistrare a datelor pe blocuri în care fiecare bloc este legat și depinde de precedentele blocuri. Astfel, fiecare bloc conține o amprentă numerică a blocului precedent, permițând corectarea imperfecțiunilor inerente oricărei rețele informatice și, implicit, un grad ridicat de securitate¹⁵.

De o manieră concretă, fiecare utilizator, parte a rețelei, creează registre descentralizate de tranzacții („decentralized ledger”). Prin tehnicile de criptografiere, utilizatorii partajează în rețea registrele create realizând un lanț. Această tehnică de creare și partajare de date scoate din rețea organul central de control (notarul, banca, administrația, avocatul, etc.), reducând așadar durata de realizare a tranzacțiilor și optimizând costurile aferente regularizării operațiunilor.

Să luăm spre exemplu industria de diamante. Ca un diamant să facă obiectul unui contract de vânzare și ajungă pe degetul unei logodnice fericite, trebuie să parcurgă un drum lung plin de hățuri legale, financiare, manufacturale și practici comerciale. Pe toată durata acelei călătorii, furnizorul de diamante trebuie să aibă încredere în diferiți intermediari, de la funcționari publici, avocați, contabili, dileri și bănci. Toate acestea necesită timp și costuri, dezavantaje ce le va resimți financiar, într-un final, temerarul logodnic.

Prin aplicarea blockchain-ului, sunt înregistrate în lanțul de blocuri fotografii ale diamantului pe durata întregului proces de transformare și distribuție. Sunt stocate toate certificatele de autenticitate, fiecare plată efectuată cu privire la diamant încă de la extracția din mină, dar și caracteristicile produsului cum ar fi numărul de tăieturi ale diamantului, claritatea și culuarea acestuia, sau numerele de serie. Astfel, la capătul întregului șir de operațiuni, există un dosar al diamantului complet, clar și lipsit de orice viciu ce îi va permite cumpărătorului să cumpere în deplină cunoștință.

Așa cum am menționat mai sus, tehnica blockchain face ca tranzacțiile înregistrate în rețea să fie grupate în blocuri, iar fiecare bloc să fie legat de precedentul prin semnătura numerică. În consecință, un bloc garantează data certa („time stamping”) a realizării manifestării de voință, cât și imuabilitatea și integralitatea registrului căci, fiecare adăugare, modificare sau ștergere a unei tranzacții invalidează amprenta criptografică a întregului șir.

Putem deduce că, prin tehnica informatică a lanțului de blocuri, operațiunile virtuale, izvor de obligații, au o valoare certă, actuală și sigură.

Blockchain-ul se împarte în două categorii principale: blockchain-ul public și blockchain-ul privat. Blockchain-ul public se caracterizează prin deschidere în sensul că oricărei persoane îi este permis lecturarea și scrierea (adăugarea, modificarea sau ștergerea) de conținut în registre. Blockchain-ul privat sau de consorțiu, contra celui public, condiționează accesul persoanelor la acceptul uneia sau a mai multor organe centrale. Acest tip de lanț de blocuri se regăsește, în principal, în practica bancară deoarece le permite băncilor să controleze operațiunile.

În viața cotidiană, blockchain-ul are o aplicare diversă, de la cumpărarea de criptomonede (ex. Bitcoin-tul), la compensațiile interbancare (ex.: Ripple, R3 consortium), la realizarea de contracte inteligente (smart contracts-Ethereum), la înregistrarea autentică de documente (ex: BitProof) sau chiar crearea de identități numerice (ShoCard).

Având în vedere tema prezentului studiu, în continuare ne vom limita la prezentarea contractului inteligent („smart contracte”), ca nou mijloc posibil de transmitere a proprietății.

Contractul inteligent nu este un contract în adevăratul sens al cuvântului. Smart contractul este un cod informatic, un protocol, un program care permite realizarea unei acțiuni (transfer de monezi digitale, executarea unei obligații, stingerea unui act juridic) de o manieră autonomă și fără implicarea părților contractante¹⁶. Programul informatic poate și ar trebui să fie încadrat într-o convenție juridică distinctă. Aceasta ar avea drept scop fixarea modalităților de funcționare ale programului și prevederea consecințelor juridice ce se nasc prin folosirea sau nefolosirea programului.

Codul informatic ar avea rolul de a executa automat sarcinile programate, fiind așadar o modalitate de executarea a contractului.

¹³ Zolynski C., *La blockchain: la fin de l'ubérisation ?*, Dalloz IP/IT, iulie-august 2017, p. 385.

¹⁴ Charentenay S., *Blockchain et Droit : Code is deeply Law*, Gazette du Palais nr. 39/2017, p. 15.

¹⁵ Chaptal S., *Blockchain, une technologie révolutionnaire pour la banque de demain ?*, Revue Banque nr. 796/2016, p. 48.

¹⁶ Mekki M., *Tout n'est pas contractuel dans le smart contract*, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/tout-nest-pas-contractuel-dans-le-smart-contract/h/e77de942a481a433555c5435df36c4d0.html>.

Acest protocol informatic se inserează într-un lanț de blocuri și va permite executarea automată și eficientă a angajamentelor. De pildă, în cazul contractului de transport, prin implementarea contractului inteligent, toate întârzierile ar fi asigurate și ar da naștere la plata de indemnizații automat. Astfel, demersurile necesare recuperării creanței ar fi înlăturate și, prin această măsură, partea contractantă ar avea un grad mai mare de securitate față de debitorul de rea-credință.

De asemenea, smart contract poate servi la dezvoltarea obiectelor conectate cum ar fi închirierea unei mașini sau a unui apartament unde, în caz de neplată, cheia electronică ce deschide ușa apartamentului sau pornește mașina, încetează să mai funcționeze (ex. Slock.it).

Totodată, contractul inteligent poate servi la furnizarea de electricitate peer-to-peer (de la egal la egal) dintr-un cartier sau imobil. Este cazul societății Bouygues Immobilier care a lansat în 2017 un program pilot lângă Lyon ce urmărește construirea unui cartier alimentat cu energie solară, iar gestionarea furnizării de electricitate să se facă pe baza tehnologiei blockchain. Astfel, distribuția și modul de consum al energiei sunt monitorizate printr-un sistem de lanț de blocuri de tranzacții. Fiecare bloc înregistrează informații noi legate de consumul de energie pentru fiecare consumator în parte, dar și momentele din zi când este necesar o supraalimentare ori o diminuare cu energie a rețelei. În acest fel, programul va crea un patent comportamental de consum de energie pentru fiecare consumator în parte și va anticipa, totodată, eventualele pene de curent cauzate de supraalimentarea rețelei electrice.

Pe baza blockchain-ului consumatorul va ști exact, nemijlocit și de o manieră transparentă fiecare operațiune de furnizare de electricitate efectuată. Iar prin intermediul contractului inteligent executarea contractului de furnizare dintre producător și consumator se face automat și fără a mai fi nevoie de terți intermediari.

Așadar, prin trecerea informațiilor înregistrate în blocurile de date prin filtrul programului ce definește contractul inteligent, verificarea modului de executare a obligațiilor de furniza electricitate se face automat și în timp real iar, pe de alta parte, plata consumului este automat și în conformitate cu volumul de consum.

O altă întrebare ridicată de doctrină privește forța juridică a acordului de voință făcut prin intermediul tehnologiei blockchain.

Astfel, chiar dacă blockchain-ul se caracterizează prin deschidere totală și descentralizare, așa încât, toți participanții la rețea o pot accesa, pot efectua tranzacții și încheie acorduri de voință prin această tehnologie¹⁷, lanțul de blocuri de date are totuși o forță juridică incertă¹⁸.

Așadar, tendonul lui Ahile al dezvoltării acestei tehnologii îl reprezintă modalitatea de a interconecta juridic contractele „criptate” cu contractele „fiat” (termen ce definește contractele fizice, încheiate în mod clasic) pentru a da naștere unui smart contract producător de efecte juridice.

Doctrina a nuanțat soluția la această situație juridică în funcții de următoarele două situații practice posibile¹⁹. Înainte de toate, există posibilitatea de a înregistra în blockchain contractele încheiate conform modalităților clasice. Traducând astfel în limbaj informatic acordul de voință deja format, contractul inteligent este un mijloc de probă a încheierii contractului prin funcția de înregistrare cu dată certă în blocurile de informații digitale.

Al doilea caz posibil este generarea automată de contracte prin tehnologia blockchain. În această ipoteză, se pune întrebarea dacă contractele inteligente pot formaliza un acord de voință, pentru ca apoi să permită executarea automată a obligațiilor asumate. Altfel spus, se pune întrebarea dacă este cu putință redactarea în limbaj informatic de contracte direct în blockchain, fără ca vreun acord de voință să fie fost format în prealabil potrivit modalităților obișnuite²⁰.

Pentru ca un smart contract să fie asimilat unui contract clasic, trebuie ca acesta să îndeplinească condițiile de validitate prevăzute de Codul civil și să respecte regulile relative regimului de angajare în executarea contractuală²¹.

Așadar, pentru încheierea unui contract prin tehnologia lanțului de blocuri, trebuie verificat, înainte de toate, dacă protocolul informatic permite îndeplinirea condițiilor proprii formării unui raport de obligații²². De asemenea, trebuie luat în considerare posibilitatea implementării în codul informatic etapele ce guvernează întâlnirea ofertei cu acceptarea, cum este în cazul contractelor încheiate electronic²³.

Nu în ultimul rând, programatorii codului informatic trebuie să țină cont de particularitățile fazei de executare a contractelor. Astfel, una dintre dificultățile ce pot apărea este codificarea rezilierii unilaterale a contractului inteligent, căci tehnica blockchain se caracterizează prin imposibilitatea părților de a modifica ulterior tranzacțiile înregistrate în sistem.

¹⁷ Silguy S. De, *loc.cit.*, p. 40.

¹⁸ Vauplan H. De, *La Blockchain et la loi*, RTDF nr. 1/2016, p. 81.

¹⁹ Zolynski C., *Blockchain et smart contracts : premiers regards sur une technologie disruptive*, RDBF nr. 1/2017, p. 4.

²⁰ Geiben D., Jean-Marie O., Verbiest T., Vilotte J.-F., *Bitcoin et Blockchain. Vers un nouveau paradigme de la confiance numérique ?*, RB, 2016, p. 94.

²¹ Zolynski C., *loc.cit.*, p. 4.

²² Giusti J., *Les smart contracts sont-ils des contrats ?*, <https://jeromegiustiblog.wordpress.com/2016/05/27/les-smart-contracts-sont-ils-des-contrats>.

²³ Loiseau G., *Le contrat électronique, l'indigent de la réforme du droit des contrats*, Comm. com. électr. 15/2015, p. 4.

O a patra întrebare ce se poate pune privește legea aplicabilă unui contract inteligent. O parte din doctrina franceză, citând un jurist american²⁴, a considerat că regula aplicabilă unui contract inteligent este „Code is Law” (codul de programare este legea)²⁵. Cu alte cuvinte, tehnologia însăși prevalează normei juridice, iar comportamentul părților este încadrată prin arhitectura tehnică a sistemelor de informatică.

Totuși, practicienii francezi, netăgăduind cele afirmate de colegul american, susțin că legea aplicabilă unui lanț de blocuri este legea prevăzută de părți, adică legea locului unde principalii operatori ai lanțului își desfășoară activitatea.

În concluzie, contractul inteligent sau smart contractul este un protocol de informații care auto-execută termenii unui contract ale cărui caracteristici sunt standardizate. Caracterul numeric și automatizat al contractului permite, cel puțin teoretic, ca între două părți să se nască o relație comercială fără a fi nevoie de o încredere prealabilă între părți, și nici fără implicarea unei autorități.

Astfel, prin aplicarea tehnicii blockchain părțile optimizează costurile și reduc semnificativ timpul necesar producerii de efecte juridice, în deosebi prin eliminarea terților.

²⁴ Lessing L., *Code is Law*, Harvard Magazine, 2000.

²⁵ Silguy S. De, *loc.cit.*, p. 40.

DESPRE OBLIGATIVITATEA FORMEI AUTENTICE LA ÎNCHEIEREA PROMISIUNII DE VÂNZARE A UNUI BUN IMOBIL ÎN VEDEREA PRONUNȚĂRII UNEI HOTĂRÂRI CARE SĂ ȚINĂ LOC DE ACT AUTENTIC

Victor MARCUSOHN*

Abstract: The current study has as main objective to analyze a recent decision of the Romanian Supreme Court of Justice, ruled in order to solve a general legal issue, according with the provisions of article 520 paragraph 8 of the Civil procedure code and of article 27⁵ paragraph 1 of the Regulation on organising and administrative functioning of the Supreme Court of Justice, republished, with further modifications. It is about Decision no.23/2017 by which the Supreme Court has stated that „in the interpretation and application of article 1.279 paragraph 3 first thesis and article 1.669 paragraph 1 of the Civil Code, the authentic form is **not mandatory** for the conclusion of a sell promise of an immobile good, in order to pronounce a decision which substitutes an authentic act.

Key words: sell promise; authentic form; court decision

I. Considerații generale

Deși contractul de vânzare ia naștere din momentul realizării acordului de voință al părților asupra lucrului și prețului, există și situații în care părțile încheie un contract prin care își asumă doar obligația de a încheia în viitor un contract de vânzare. Această practică, deși nu beneficia de o reglementare specifică în vechiul Cod civil de la 1864, era destul de răspândită, în sensul încheierii unor antecontracte la contractul de vânzare, acestea ridicând la rândul lor probleme specifice la nivel jurisprudențial.

Actualul Cod civil s-a arătat receptiv la aceste evoluții ale practicii judiciare, încercând să le înglobeze într-un corp legislativ relativ compact și detaliat, care să răspundă necesităților evidente de modernizare a cadrului legislativ aferent contractului de vânzare.

Din acest punct de vedere, sub aspectul specific al manifestării de voință la încheierea contractului, se pune și problema *promisiunii bilaterale de vânzare*¹.

II. Promisiunea de vânzare

1. Aspecte generale

Deși Codul civil nu conține o definiție expresă a promisiunii de a contracta, din coroborarea art. 1.279 și 1.327 C. civ. rezultă că *promisiunea bilaterală de vânzare* este un acord prin care ambele părți se obligă să încheie în viitor un contract de vânzare, urmând ca fiecare să aibă atât calitatea de promitent, cât și pe aceea de beneficiar.

Promisiunea bilaterală de vânzare nu reprezintă un simplu angajament de a contracta în viitor, ci trebuie să conțină toate clauzele contractului care urmează a se încheia, în lipsa cărora părțile nu ar putea executa promisiunea.

Ca natură juridică, promisiunea de vânzare nu reprezintă o vânzare, întrucât nu transferă dreptul de proprietate sau alt drept real, ci poate fi caracterizată drept un antecontract² care dă naștere la un drept de creanță și la o obligație corelativă de a face, întrucât promitentul se obligă să vândă în viitor un anumit bun către beneficiarul promisiunii, care poate opta între a-l cumpăra sau nu³. Prin urmare, este de esența promisiunii stipularea unui termen suspensiv, de a cărui îndeplinire depinde nașterea ulterioară a raporturilor juridice specifice contractului de vânzare, pentru că altminteri, dacă părțile ar fi dorit sau ar fi putut, acestea nu ar fi încheiat o promisiune de vânzare, ci direct un contract de vânzare.

Potrivit art. 1.669 C. civ., atunci când una dintre părțile care au încheiat o promisiune bilaterală de vânzare refuză, nejustificat, să încheie contractul promis, cealaltă parte poate cere pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite⁴. Dreptul la acțiune se prescrie în termen de 6 luni de la data la care contractul trebuia încheiat.

* Lect.univ.dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea Ecologică din București; e-mail : victor_marcusohn@yahoo.com

¹ Pentru amănunte, a se vedea V. Marcusohn, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 26.

² A se vedea și B. Dumitrache, *Antecontractul de vânzare-cumpărare și promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare*, în *Dreptul* nr. 2/2002, p. 53.

³ Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 907/1989; Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 1604/1989; Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 95/1973, *cit.* de R.I. Motica, F. Moșiu, *Contracte civile. Sinteză teoretică și practică judiciară*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 31 și p. 53-54.

⁴ În acest sens, prin Decizia nr.12/2015, publicată în M.Of., partea I, nr. 678 din 07.09.2015, I.C.C.J., pronunțându-se asupra recursului în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Suceava referitor la admisibilitatea acțiunii privind validarea promisiunii de vânzare-cumpărare a unui bun imobil determinat, în situația în care promitentul-vânzător are doar o cotă-parte ideală din dreptul de proprietate

Așadar, în situația în care promitentul nu își execută obligația de a încheia contractul convenit, titularul promisiunii are fie posibilitatea de a se adresa instanței de judecată care va pronunța o hotărâre ce va ține loc de contract, fie va putea pretinde daune-interese. Dacă bunul ce a făcut obiectul promisiunii de vânzare a fost înstrăinat de către promitent altei persoane ori nu mai există, atunci beneficiarul promisiunii va putea solicita exclusiv daune-interese. Dacă însă bunul se mai găsește în patrimoniul promitentului, instanța va putea pronunța inclusiv o hotărâre judecătorească care să țină loc de contract de vânzare⁵.

În lipsă de stipulație contrară, sumele plătite în temeiul unei promisiuni de vânzare reprezintă un avans din prețul convenit (art. 1.670 C. civ.). Așadar, atât doctrina, cât și jurisprudența au stabilit că în situația în care actul juridic încheiat între părți nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege la data încheierii lui, nefiind îndeplinite cerințele de formă pentru a fi considerat translativ de proprietate, acesta urma să fie catalogat drept o promisiune de vânzare, un antecontract, părțile fiind obligate să-și îndeplinească întocmai obligațiile asumate, în baza principiului forței obligatorii a contractului⁶.

2. Este forma autentică a promisiunii de vânzare a unui bun imobil obligatorie, în vederea pronunțării unei hotărâri care să țină loc de act autentic?

Codul civil, aprobat prin Legea nr. 287/2009, a reglementat expres "Promisiunea de vânzare și promisiunea de cumpărare", stabilind, conform art. 1.669, că atunci *"(1) Când una dintre părțile care au încheiat o promisiune bilaterală de vânzare refuză, nejustificat, să încheie contractul promis, cealaltă parte poate cere pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite. (2) Dreptul la acțiune se prescrie în termen de 6 luni de la data la care contractul trebuia încheiat. (3) Dispozițiile alin. (1) și (2) se aplică în mod corespunzător în cazul promisiunii unilaterale de vânzare sau de cumpărare, după caz. (4) În cazul promisiunii unilaterale de cumpărare a unui bun individual determinat, dacă, mai înainte ca promisiunea să fi fost executată, creditorul său înstrăinează bunul ori constituie un drept real asupra acestuia, obligația promitentului se consideră stinsă."*

Referitor la sintagma *"dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite"*, aceasta se referă la condițiile esențiale pentru validitatea unui contract, conform art. 1.179 alin. (1) din Codul civil, respectiv : capacitatea de a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit, precum și o cauză licită și morală, pentru că legea, așa cum impune alin. (2) al art. 1.179 din Codul civil, **nu prevede o anumită formă a contractului, decât cea a înscrisului sub semnătură privată**, conform art. 1.241 din Codul civil.

Prin urmare, forma autentică la încheierea unui antecontract de vânzare nu este impusă de Codul civil, nefiind prevăzută expres, așa cum impune art. 1.242 alin. (1) din Codul civil, potrivit căruia *"este lovit de nulitate absolută contractul încheiat în lipsa formei pe care, în chip neîndoielnic, legea o cere pentru încheierea sa valabilă"*.

Din acest punct de vedere, deși majoritatea practicii judiciare aprecia, la rândul său, că nu este obligatorie forma autentică la încheierea promisiunii de vânzare a unui bun imobil, în vederea pronunțării unei hotărâri care să țină loc de act autentic, existau și opinii în sens contrar.

Curtea Constituțională a stabilit, la rândul său, prin Decizia nr. 755 din 16 decembrie 2014⁷, că prevederile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului referitoare la exceptarea de la aplicarea Legii nr. 17/2014 a antecontractelor autentificate la notariat anterior intrării în vigoare a acesteia sunt neconstituționale. Din acest punct de vedere, Curtea a reținut că *"antecontractul de vânzare (promisiunea de vânzare) constituie o obligație de a face care dă naștere la un drept de creanță, una dintre părți fiind obligată față de cealaltă parte să vândă în viitor un anumit bun. Așadar, indiferent de forma antecontractului, acesta reprezintă un drept de creanță"*⁸. De asemenea, Curtea a mai constatat că *"persoanele care au încheiat antecontracte de vânzare în formă autentică, pe de o parte, și persoanele care au încheiat antecontracte de vânzare fie sub forma unui înscris sub semnătură privată, fie sub forma unui înscris atestat de către un avocat, pe de altă parte, având ca obiect terenuri agricole situate în extravilan, se află în aceeași situație juridică, întrucât natura juridică a actului -*

asupra acestuia, a statuat că: „În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 1073 și art. 1077 din Codul civil de la 1864, art. 5 alin. (2) din titlul X al Legii nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, cu modificările și completările ulterioare, art. 1.279 alin. (3) teza I și art. 1.669 alin. (1) din Codul civil, în situația în care promitentul-vânzător a promis vânzarea întregului imobil, deși nu are calitatea de proprietar exclusiv al acestuia, promisiunea de vânzare nu poate fi executată în natură sub forma pronunțării unei hotărâri judecătorești care să țină loc de contract de vânzare pentru întregul bun, în lipsa acordului celorlalți coproprietari”.

⁵ Conform art. 1.279 alin. (3) C. civ., „dacă promitentul refuză să încheie contractul promis, instanța, la cererea părții care și-a îndeplinit propriile obligații, poate să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, atunci când natura contractului o permite, iar cerințele legii pentru validitatea acestuia sunt îndeplinite (...)”.

⁶ A se vedea C.S.J., s. civ., dec. nr. 2376/1992; C.S.J., s. civ., dec. nr. 22/1993; C.S.J., s. civ., dec. nr. 765/1993 etc., cit. de R.I. Motica, F. Moțiu, *Contracte civile. Sinteză teoretică și practică judiciară*, op. cit., p. 74-79.

⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 101 din 9 februarie 2015.

⁸ Paragraful 24, Decizia Curții Constituționale nr. 755/2014.

antecontract de vânzare, efectele produse de acesta - obligația de a încheia în viitor contractul de vânzare, precum și momentul încheierii antecontractelor - anterior intrării în vigoare a Legii nr. 17/2014, sunt identice. Singura diferență ce poate fi reținută între aceste două categorii de persoane se referă la forma încheierii antecontractului, aspect care nu este de natură de a crea situații juridice diferite pentru părțile acestor două tipuri de antecontract având în vedere faptul că, indiferent de forma acestuia, efectele produse sunt aceleași. Astfel, atât antecontractul încheiat în formă autentică, cât și cel neautenticat nu realizau însuși transferul dreptului de proprietate, generând doar obligația părților de a încheia în viitor contractul de vânzare. În legătură cu situația particulară a antecontractelor încheiate în formă autentică, (...), prin Legea nr. 127/2013 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 121/2011 pentru modificarea și completarea unor acte normative, (...) a fost introdusă obligativitatea încheierii în formă autentică a promisiunii de a încheia un contract având ca obiect dreptul de proprietate asupra imobilului sau un alt drept real în legătură cu acesta, sub sancțiunea nulității absolute, însă, ulterior, art. II din Legea nr. 221/2013 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 12/2013 pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale și prorogarea unor termene și de modificare și completare a unor acte normative, (...) a abrogat în mod expres această obligație. Așadar, în perioada 2 mai-19 iulie 2013 a existat obligația încheierii în formă autentică a antecontractelor de vânzare, sub sancțiunea nulității absolute a actului. Însă această obligație legală de încheiere a antecontractelor în formă autentică nu producea nicio consecință diferită sub aspectul efectului translativ de proprietate, având în vedere faptul că atât antecontractul încheiat în formă autentică, cât și cel neautenticat la notariat nu realizau însuși transferul dreptului de proprietate.

Așadar, (...) efectele generate de cele două tipuri de antecontracte, constând în obligația de a încheia în viitor contractul de vânzare, trebuie să fie guvernate de același act normativ, reprezentat de legea în vigoare la data realizării transferului dreptului de proprietate, și anume Legea nr. 17/2014. În consecință, având în vedere că situațiile juridice în care se află părțile antecontractului de vânzare încheiat în formă autentică, precum și ale celui neautenticat nu diferă în esență, nu poate fi justificată nici aplicarea, în privința acestora, a unui tratament juridic diferit. Valorizarea diferențiată a antecontractelor de vânzare, respectiv în funcție de criteriul formei încheierii actului, are drept consecință consacrarea unui tratament juridic diferit între persoane care au încheiat antecontracte de vânzare având ca obiect terenuri agricole situate în extravilan, aspect în legătură cu care Curtea urmează a analiza dacă se întemeiază pe un criteriu obiectiv și rațional⁹.

În consecință, Curtea a reținut că acordarea unei poziții privilegiate dreptului de creanță al persoanelor care au încheiat un antecontract de vânzare-cumpărare autentic contravine art. 16 alin. (1) în componenta sa referitoare la interzicerea privilegiilor raportat la art. 44 alin. (2) din Constituție, teza referitoare la garantarea și ocrotirea în mod egal a dreptului de proprietate privată.

Pentru a clarifica modul în care trebuie interpretat art. 1.279 alin. (3) teza a treia din Codul civil, în sensul dacă textul de lege menționat impune, în cazul demersului judiciar de obținere a unei hotărâri care să țină loc de contract de vânzare pentru un imobil, forma autentică la încheierea promisiunii sinalagmatice de vânzare, Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat *Decizia nr. 23/2017*¹⁰, în complet investit pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, constituit conform dispozițiilor art. 520 alin. (8) din Codul de procedură civilă și ale art. 27⁵ alin. (1) din Regulamentul privind organizarea și funcționarea administrativă a Înaltei Curți de Casație și Justiție, republicat, cu modificările și completările ulterioare.

I.C.C.J. a arătat că, în primul rând art. 1.279 din Codul civil reprezintă dreptul comun în materia promisiunii de a contracta, cuprinzând dispoziții comune aplicabile promisiunii unilaterale de a contracta, dar și promisiunii sinalagmatice de a contracta, și, totodată, constituie și norma generală în raport cu normele speciale în diferite domenii, inclusiv în cel al vânzării¹¹.

Sub acest aspect, trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 1.669 alin. (1) din Codul civil (pentru situația promisiunii bilaterale de vânzare), care reiau textul art. 1.279 alin. (3) teza întâi din același cod în ceea ce privește executarea silită a obligației de a încheia un contract de vânzare, asumată printr-o promisiune bilaterală.

Potrivit ambelor texte de lege, când una dintre părțile care au perfectat o promisiune bilaterală, în cazul de față, de vânzare, refuză încheierea contractului promis, cealaltă parte, care și-a îndeplinit toate obligațiile rezultând din promisiune, **poate solicita instanței pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, condiționat de îndeplinirea tuturor cerințelor de validitate ale vânzării**, respectiv atât cele de fond, cât și cele de formă.

În ceea ce privește condițiile esențiale și de fond, promisiunea de vânzare, fiind ea însăși un contract, trebuie să îndeplinească condițiile de validitate aplicabile contractelor în general¹². Pe de altă parte, fiind o proiecție a unui contract de vânzare viitor, promisiunea sinalagmatică de vânzare trebuie să îndeplinească și condițiile de validitate specifice acestui contract (de exemplu, consimțământul valabil exprimat să vizeze transmiterea, respectiv dobândirea,

⁹ Paragrafele 25-26, Decizia Curții Constituționale nr. 755/2014.

¹⁰ Pronunțată în dosarul nr. 2996/1/2016, publicată în M.Of., Partea I, nr. 365 din 17.05.2017.

¹¹ Paragraful 105, Decizia I.C.C.J. nr.23/2017.

¹² Potrivit art. 1.179 alin. (1) din Codul civil: capacitatea de a contracta, consimțământul valabil exprimat, un obiect determinat și licit, o cauză licită și morală.

în viitor, a dreptului de proprietate asupra unui bun imobil, acordul de voință al părților să privească elementele esențiale ale contractului prefigurat, și anume lucrul vândut și prețul).

În concluzie, I.C.C.J. a statuat că „condițiile de validitate de fond ale contractului de vânzare trebuie să existe încă de la momentul perfectării promisiunii de vânzare, întrucât, prin definiție, promisiunea de vânzare presupune acordul de voințe la autentificarea, în viitor, a unei anumite vânzări. În caz contrar, fără îndeplinirea condițiilor de fond ale vânzării chiar la data promisiunii, aceasta ar fi lipsită de conținut, iar suplinirea, pe cale judiciară, a consimțământului părții refractare, care nu înțelege să își îndeplinească obligațiile asumate prin antecontract, ar fi lipsită de obiect”¹³.

Pe de altă parte, legea impune, *ad validitatem*, forma autentică, potrivit dispozițiilor art. 1.244 din Codul civil, în situația **contractului de vânzare pentru un imobil teren**. Acest formalism contractual reprezintă o normă specială, de strictă interpretare (*exceptio est strictissimae interpretationis*), în materia transmisiunii sau constituirii drepturilor reale imobiliare care vor fi supuse înscrierii în cartea funciară în raport cu principiul consensualismului care guvernează încheierea contractelor în general. Așadar, în cazul imobilelor, drepturile asupra acestor bunuri se constituie sau se transmit numai prin înscrierea lor în cartea funciară, în baza actului sau faptului justificativ, care, bineînțeles, trebuie să îndeplinească toate condițiile de valabilitate prevăzute de lege.

Prin urmare, pentru încheierea valabilă a unui contract de vânzare vizând un imobil este necesară, sub sancțiunea nulității absolute, forma autentică. Deoarece dispozițiile art. 1.279 alin. (3) teza întâi și art. 1.669 alin. (1) din Codul civil condiționează pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract de vânzare de îndeplinirea **tuturor condițiilor de validitate** ale contractului în discuție, apreciem că și forma impusă de lege este necesară în vederea obținerii unei soluții favorabile demersului judiciar respectiv, aceasta referindu-se însă strict la contractul de vânzare, ale cărui condiții de valabilitate trebuie îndeplinite pentru pronunțarea hotărârii care ține loc de contract, iar nu la promisiunea de vânzare, care urmează regulile principiului consensualismului.

Mai mult, hotărârea care ține loc de act autentic de vânzare reprezintă o hotărâre constitutivă de drepturi, care determină îndeplinirea condiției de autenticitate a contractului de vânzare, cerută de art. 1.279 alin. (3) teza întâi și art. 1.669 alin. (1) din Codul civil, întrucât dă naștere sau realizează transferul dreptului de proprietate. De altfel, și în materia regulilor de carte funciară, dispozițiile art. 888 din Codul civil stabilesc că hotărârea judecătorească rămasă definitivă reprezintă un act justificativ, care stă la baza înscrierilor în cartea funciară.

Inexistența obligației de a perfecta antecontractul de vânzare în formă autentică are la bază și alte argumente în raport cu cele care vizează valoarea hotărârii judecătorești care ține loc de contract, respectiv:

- antecontractul nu necesită formă autentică deoarece reprezintă o operațiune juridică netranslativă de proprietate, care generează o obligație contractuală de a face, și anume de a încheia contractul preconizat, susceptibilă de executare silită în natură în condițiile art. 1.279 alin. (3) teza întâi și art. 1.169 alin. (1) din Codul civil.
- eventuala formă autentică a antecontractului nu ar asigura prin ea însăși autenticitatea contractului de vânzare, dispozițiile enunțate mai sus condiționând pronunțarea unei hotărâri care ține loc de act autentic de vânzare de îndeplinirea cerințelor de valabilitate, de fond și de formă, ale contractului final.
- dacă legiuitorul ar fi intenționat, în scop preventiv, să prevadă forma autentică pentru promisiunea de vânzare, ar fi stabilit, în mod expres, această condiție de formă, ca în cazul promisiunii de donație¹⁴.
- principiului conversiunii actelor juridice, conform căruia „*un contract lovit de nulitate absolută va produce totuși efectele actului juridic pentru care sunt îndeplinite condițiile de fond și de formă prevăzute de lege*” (art.1.260 alin.1 C.civ), garantează faptul că manifestarea de voință este calificată ca echivalentă unui anumit act juridic (promisiune de vânzare), chiar dacă nu este valabilă ca alt act juridic (contract de vânzare).

IV. În loc de concluzii

Având în vedere aspectele prezentate mai sus, conchidem și noi în sensul că în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 1.279 alin. (3) teza întâi și art. 1.669 alin. (1) din Codul civil, nu este obligatorie forma autentică la încheierea promisiunii de vânzare a unui bun imobil, în vederea pronunțării unei hotărâri care să țină loc de act autentic.

Pe de altă parte, față de importanța și frecvența promisiunilor de vânzare, precum și față de efectele pe care le produc astfel de convenții, ar fi oportună, de lege ferenda, pentru asigurarea securității raporturilor juridice născute în baza acestor contracte, intervenția legiuitorului în sensul prevederii exprese a încheierii acestor promisiuni de vânzare în formă autentică.

¹³ Paragraful 115, Decizia I.C.C.J. nr.23/2017.

¹⁴ Conform art. 1.014 alin. (1) din Codul civil: „Sub sancțiunea nulității absolute, promisiunea de donație este supusă formei autentice”.

CONSIDERAȚII ASUPRA PROIECTUL DE MODIFICARE ȘI COMPLETARE A LEGII NR. 17/2014 PRIVIND UNELE MĂSURI DE REGLEMENTARE A VÂNZĂRII TERENURILOR AGRICOLE SITUATE ÎN EXTRAVILAN

*Cristian JORA**

Abstract: *The judicial movement of the lands brought up the necessity to adopt a normative act providing for the alienation of land, the conditions for the acquisition of the private ownership right on lands, but also the possibility for foreign citizens, stateless persons and foreign legal persons to acquire the private ownership right of lands in Romania. Thus, Law no. 312/2005 on the acquisition of the private ownership right on lands by foreign citizens and stateless persons, as well as by foreign legal persons. Then, Law no. 17/2014 regarding certain measures for regulating the sale and purchase of agricultural lands situated in unincorporated areas and amending Law no. 268/2001 on the privatization of commercial companies which hold the management of the State public property and private property with agricultural destination and the establishment of the Agency of State Domains.*

These normative acts contain many debatable provisions and require certain changes. Thus, an amending and completing draft to the Law no. 17/2014 is in debate at the Chamber of Deputies, on which we will make some clarifications.

Key words: *judicial movement of the lands; lands sale; right of preemption; acquiring the right of private ownership of land by foreign citizens; stateless persons and foreign legal persons.*

I. Acum, în anul sărbătoririi Centenarului Marii Uniri se cuvine a ne reaminti că de peste două milenii existăm pe aceste meleaguri și că în toată această perioadă ființa națională s-a menținut prin lupta pentru apărarea teritoriului actual. Pământul țării nu este numai un bun imobil, cel mai important dintre bunurile imobile, dar acesta constituie și parte a teritoriului național. Nu trebuie să uităm că suntem urmașii daco-geților care mureau răzând și adunau un pumn de pământ pe care și-l puneau pe piept în clipa marii treceri către Zamolxis. De asemenea, nu trebuie să uităm că suntem urmașii romanilor, care erau soldați, constructori, juriști creatori ai dreptului privat, dar și agricultori. Nu trebuie să uităm nici că împăratul Aurelianus a fost denumit pe monedele găsite din vremea sa imperator manu ad ferrum, împăratul cu mâna pe fierul sabiei, pentru apărarea pământului, dar și cu mâna pe fierul plugului, pentru a lucra pământul. Tot astfel, nu trebuie să uităm nici jertfa voievodului Mihai Viteazul, care a plătit cu viața și pentru că a unit pământurile din cele trei provincii românești și nici exilul domnului Alexandru Ioan Cuza, omul care a făcut un pas mare pentru unirea tuturor românilor. Tot astfel, nu trebuie să uităm nici că în vara fierbinte a anului 1917, la trecătorile Carpaților soldații români au scrijelit cu baioneta pe stânci pe aici nu se trece, și nu se trecea pentru că pământul țării trebuia apărut cu viața.

II. Am arătat și cu alte prilejuri¹ că actualul cadru juridic privind transmisiunea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor este deficitar și că se permite, cu mare ușurință, dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini, apatrizi și de către persoanele juridice străine. În forma sa modificată, Legea fundamentală păcătuiește prin aceea că, la art. 44 alin. (2), teza a II-a, permite cetățenilor străini și apatrizilor să dobândească dreptul de proprietate privată asupra terenurilor în condițiile aderării României la Uniunea Europeană și din alte tratate internaționale la care România este parte, pe bază de reciprocitate, în condițiile prevăzute de legea organică, de asemenea și prin moștenire legală.

Am criticat reglementările cuprinse în Legea nr. 17/2014, precizând că legiuitorul este preocupat numai de transmisiunea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor agricole aflate în extravilan prin act cu titlu oneros - contractul de vânzare -, fără a ține seama de aceea că orice transmisiune a dreptului de proprietate poate opera între vii, în condițiile legii, prin acte cu titlu gratuit și prin acte cu titlu oneros, iar contractual de vânzare este numai o specie de

* Prof. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” București; cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, e-mail: jora.cristian@gmail.com.

¹ Cu privire la circulația juridică a terenurilor, a se vedea C. Jora, comunicarea științifică *Unele considerații privind reglementările legale referitoare la vânzarea terenurilor agricole din extravilan*, prezentată la Sesiunea de comunicări științifice a Institutului de Cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române din 17 aprilie 2015, publicată în volumul în format electronic Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, *Simplificarea- imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 48-56; C. Jora, *Vânzarea terenurilor agricole din extravilan, o problemă încă nerezolvată*, în Rev. Dreptul nr. 9/2016, p. 9-17; C. Jora, I. Ciochină-Barbu, C.C. Corbu, *Drept civil. Drepturile reale*, ediția a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 135-151; C. Jora, *Drept civil. Drepturile reale în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 132-145; C. Jora, L. Uță, *Unele considerații cu privire la circulația juridică a terenurilor, în corelarea prevederilor Titlului X al legii nr. 247/2005 cu acelea ale Legii nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine*, în Revista de Drept comercial nr. 1/2006, p. 74-86.

acte translativ de proprietate între vii, cu titlu oneros. Am mai criticat dispozițiile legale amintite și pentru că legiuitorul nu a ținut seama nici de existența, în dreptul românesc, a instituției simulației, aceasta fiind reglementată la art. 1289-1294 Cod civil², instituție ce permite, în mod legal, deghizarea unui contract de vânzare sub ”haina” altui act translativ de proprietate. De asemenea, legiuitorul creator al Legii nr. 17/2014 nu a avut în vedere nici posibilitatea dezmembrării dreptului de proprietate privată asupra terenurilor agricole din extravilan, ceea ce, în mod legal, în actuala reglementare este foarte posibil, nudul proprietar rămânând doar un simplu ”spectator” ce privește la exercitarea atributelor usus și fructus de către titularul unui dezmembrământ al dreptului de proprietate privată.

Am gândit că cel puțin aceste idei vor fi fost avute în vedere de către legiuitor cu prilejul unor noi reglementări, de natură să ”îndrepte”, dacă mai este posibil acum, unele din inconsecvențele cadrului legal actual. Din păcate, din analiza dispozițiilor menționate în Proiectul de modificare și completare a Legii nr. 17/2014³, constatăm că aspectele amintite au rămas – în linii generale- tot conform vechii reglementări și legiuitorul, dacă va adopta Proiectul, va avea în vedere tot numai transmisiunea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor agricole din extravilan prin contract de vânzare (numai prin contract de vânzare), nu va interzice operațiunea simulației în cazul înstrăinării terenurilor agricole din extravilan și nici nu va interzice transmisiunea dezmembrămintelor dreptului de proprietate privată asupra terenurilor agricole din extravilan sau o reglementare restrictivă, în raport de anumite elemente, cu privire la posibilitatea dezmembrării dreptului de proprietate privată asupra terenurilor agricole din extravilan. Astfel fiind, cel puțin cu privire la aspectele ce am semnalat anterior și conform prevederilor Proiectului ce urmează a fi discutat în Camera Deputaților, lucrurile vor rămâne la fel, iar dispozițiile legale (Legea nr. 17/2014, în forma ce o va avea după modificarea ce se preconizează) vor rămâne tot vulnerabile. Aici trebuie să amintim că Proiectul prevede, totuși, la art. 16¹ că dispozițiile Legii nr. 17/2014, în forma sa modificată, sunt aplicabile și actelor de dare în plată, de constituire ca aport la capitalul social al unei societăți sau orice alt act juridic între vii prin care se transferă dreptul de proprietate sau se constituie un drept real care să asigure posesia și folosunța terenurilor agricole situate în extravilan, ”în măsura în care prin încheierea unor astfel de acte se eludează dispozițiile prezentei legi”. Formularea este amplă, generoasă, dar lipsită de eficiență practică. De pildă, cum se poate analiza și ce criterii pot fi folosite pentru a se dovedi că proprietarul unui teren agricol din extravilan a constituit un dezmembrământ al dreptului de proprietate privată (un drept de uzufruct, de exemplu) asupra unui teren, pentru că, din anumite motive, nu a dorit să încheie un contract de vânzare cu privire la acel teren. Voința internă nu avem cum să i-o cenzurăm, iar dreptul de uzufruct sau dreptul de uz sunt reglementate în Codul civil și pot fi folosite de orice proprietar al un teren, dacă legea nu interzice aceasta, iar în cazul ce analizăm ar trebui dovedit în ce măsură prin constituirea unui asemenea dezmembrământ se urmărește eludarea dispozițiilor legii. Aceeași discuție se poate face și cu privire la darea în plată, ca mod de stingere a unei obligații ori cu privire la constituirea ca aport la capitalul unei societăți a unei suprafețe de teren agricol din extravilan.

Observăm că Proiectul prevede modificarea dispozițiilor art. 4 din Legea nr. 17/2014, în ce privește exercitarea dreptului de preempțiune, instituind mai multe categorii de preemptori, în această ordine, la preț și în condiții egale, anume: 1. coproprietarii și rudele până la gradul I; 2. arendașii; 3. statul roman, prin Agenția Domeniilor Statului; 4. proprietarii de terenuri agricole vecini. De aici ar rezulta că o primă categorie de preemptori este o ”categorie mixtă”, format din coproprietari și din rudele de gradul I. Ne întrebăm ce se întâmplă și cum va fi rezolvată situația în care atât coproprietari, cât și rude de gradul I își manifestă intenția de a cumpăra terenul care se dorește a fi vândut ? Opțiunea aparține vânzătorului cu privire la care dintre preemptori încheie contractual, însă, din punct de vedere moral se creează situații delicate. Nu trebuie să uităm că, în foarte multe cazuri, terenurile sunt stăpânite în indiviziune succesorală, ceea ce presupune un grad de rudenie și între coindivizari și face dificilă opțiunea vânzătorului.

În privința arendașilor care își manifestă intenția de a cumpăra terenul ce se dorește a fi vândut, alin. (2) al art. 4 din Proiect prevede că aceștia trebuie să aibă calitatea de arendași cu privire la terenul în cauză, ”stabilită printr-un contract de arendare valabil încheiat și înregistrat potrivit dispozițiilor legale, cu cel puțin un an înainte de data afișării ofertei de vânzare la sediul primăriei”. În legătură cu această propunere de modificare legislativă, trebuie observant că dacă un contract de arendare nu este încheiat în mod valabil, în formă scrisă, Codul civil, la art. 1838 alin. (1), instituie sancțiunea nulității absolute și, deci, acesta nu va produce niciun efect, conform principiului statuat prin adagiul *quod nullum est, nullum producitur*. Desigur că, sub aspectul valabilității încheierii contractului de arendare, tot art. 1838 alin. (2) din Codul civil ne spune că sub sancțiunea unei amenzi civile stabilite de către instanță, pentru fiecare zi de întârziere, arendașului îi revine obligația de a depune un exemplar al contractului de arendare la consiliul local în a cărui rază teritorială se află bunurile agricole arendate, în scopul înregistrării într-un registru special ținut de secretarul consiliului local.

² Cu privire la simulație, a se vedea I. Ciochină-Barbu, C. Jora, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Universitară, București, 2016, p. 68-73; I. Ciochină-Barbu, C. Jora, *Drept civil. Partea generală*, Ed. Pro Universitaria, București, 2015, p. 200-205.

³ Pe care îl vom numi, în continuare Proiect.

Reține atenția propunere de reglementare din Proiect, stabilită la art. 4 alin. (3), cu privire la modul de exercitare a dreptului de preempțiune de către proprietarii de terenuri agricole vecini. Astfel, în cazul exercitării dreptului de preempțiune de către aceștia, prioritatea la cumpărarea terenurilor agricole din extravilan o are, în primul rând, proprietarul de teren agricol vecin care are hotarul comun cu latura mare a terenului ce face obiectul ofertei de vânzare. Apoi, atunci când terenul ce face obiectul ofertei de vânzare are două laturi mari ori toate laturile egale, prioritate are proprietarul de teren agricol vecin tânăr fermier. Aici trebuie să facem unele observații, astfel: în primul rând, legea nu definește noțiunea de fermier, care dintre cei doi, trei sau patru vecini, care pot exista în ipoteza stabilită, vor avea prioritate invocând noțiunea de fermier. În al doilea rând, legea nu arată ce trebuie să înțelegem prin fermier tânăr, cum departajăm un fermier, dacă reușim să aflăm că acesta are calitatea de fermier, față de alt fermier sau alții, care înțeleg să-și exercite dreptul de preempțiune și care pretend că sunt și ei tot tineri, și au vocație la exercitarea unui asemenea drept. Când a dorit să dea o definiție a ceea ce, în accepțiunea legiuitorului, înseamnă fermier (fermier care desfășoară activități independente), acesta a făcut-o expres, cum este cazul dispozițiilor din art. 2 lit. d) din Legea nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine (definiție asupra căreia nu ne oprim aici, mulțumindu-ne a semnală că aceasta este total neinspirată). Ne punem o întrebare firească: de ce legiuitorul nu a dat o definiție a ceea ce trebuie să înțelegem prin sintagma proprietar de teren agricol vecin tânăr fermier. Este firească dorința legiuitorului de a ajuta, de a sprijini tinerii care doresc să desfășoare activități în agricultură sau zootehnie, dar acest deziderat nu ar trebui să creeze o discriminare. De pildă, un fermier în vârstă de 40 de ani, cu o experiență în agricultură sau zootehnie de 25 de ani ar putea fi înlăturat de la posibilitatea de a dobândi dreptul de proprietate asupra unui teren agricol din extravilan care se dorește a fi vândut, de către un alt fermier, care are 25 de ani vârstă, cu o experiență în agricultură sau zootehnie de numai câțiva ani, cu motivarea că este mai tânăr. Asemenea criteriu de departajare între preemptori va da naștere la litigii și va crea interpretări diferite, în lipsa unor precizări clare ale legiuitorului. Este adevărat că la art. 4¹ alin. (2) din Proiect se precizează că condițiile prevăzute la alin. (1) al articolului amintit nu se aplică în cazul cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan de către tinerii fermieri ”definiți conform reglementărilor europene și naționale”, formulare foarte largă ce nu ne permite să stabilim care pot fi aceștia. Mai simplu ar fi fost să se dea o definiție clară în cuprinsul legii, definiție la care să ne raportăm pentru exercitarea dreptului de preempțiune.

În fine, tot cu privire la exercitarea dreptului de preempțiune de către proprietarii de terenuri agricole vecini, lit. c) a alin. (3) al art. 4 al Proiectului mai prevede că, în cazul în care latura mare sau una dintre laturile egale ale terenului ce constituie obiect al ofertei de vânzare are hotarul comun cu un teren situate pe raza altei unități administrative-teritoriale, are prioritate la cumpărarea terenului proprietarul de teren agricol vecin care are reședința/domiciliul situate în raza unității administrative teritoriale unde este amplasat terenul. Domiciliul și reședința sunt reglementate la art. 86-97 din Codul civil⁴. Astfel, art. 86 Cod civil precizează că cetățenii români au dreptul să își stabilească ori să își schimbe liber domiciliul sau reședința, cu anumite excepții, persoana fizică putând avea în același timp numai un singur domiciliu și o singură reședință, chiar și atunci când dețin mai multe locuințe, iar conform prevederilor art. 88 Cod civil, reședința persoanei fizice este locul unde aceasta își are locuința secundară. În legătură cu aceste elemente de identificare în spațiu a persoanei fizice, elemente folosite pentru a departaja doi posibili preemptori, Proiectul nu are în vedere posibilitatea foarte ușoară a unei persoane fizice de a-și schimba domiciliul sau reședința dintr-o localitate în alta, atunci când are informații cu privire la vânzarea unui teren agricol din extravilan, dacă dorește să-și exercite dreptul de preempțiune. În asemenea situație, schimbându-și domiciliul sau reședința, poate avea vocație la exercitarea dreptului de preempțiune, venind în concurs cu preemptorul (sau preemptorii) care are (sau

⁴ Cu privire la domiciliu și reședință, a se vedea I. Ciochină-Barbu, C. Jora, *Drept civil. Persoanele*, Ed. Pro Universitaria, București, 2015, p. 96-107. S-a stabilit că domiciliul reprezintă un atribut de identificare a persoanei fizice care o individualizează în spațiu, prin indicarea unui loc care are această semnificație juridică (T. Țiclea *Dreptul la domiciliu și reședință în Noul Cod civil. Studii și comentarii*, Vol. I, Cartea I și Cartea a II-a, art. 535-1163, Coordonator M. Uliescu, Editura Universul Juridic, București, 2013, p.313-322; E. Chelaru, *Domiciliul și reședința în Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, art. 1-2664, Cordonatori, FL.A.Baias, E.Chelaru, R. Constantinovici, I.Macovei, Editura C.H.Beck, București, 2012, p.97-107; L. Irinescu, *Domiciliul și reședința în Colectiv, Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Vol. I Art. 1-952. *Despre legea civilă. Persoanele. Familia. Bunurile*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 132-141; M.Paraschiv, în Colectiv, *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p.29-31; O.Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Ediția a 3-a revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 273-288; P.Trușcă, A. M. Trușcă, *Drept civil. Persoanele*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 159-175.; C. T. Ungureanu, *Drept civil. Partea general. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p.311-317.; I. Ciochina-Barbu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Ed. PIM, Iași, 2012, p 107-120). S-a stabilit că reședința constituie un atribut de identificare în spațiu a persoanei fizice, prin indicarea locuinței vremelnice ori temporare (C.Stătescu, *Drept civil. Persoana fizică. Persoana juridică. Drepturi reale*, Ed. Didactică și pedagogică, București, 1970, p.163; M.Mureșan, A. Boar, *Drept civil. Persoanele*, Editura „Cordial Lex”, Cluj-Napoca, 1997, p.65; P.Trușcă, *Drept civil. Introducere în dreptul civil. Persoana fizică. Persoana juridică*, Ediția a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p.382; O.Ungureanu, C.Jugastru, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p.191; I.R.Urs, C.Todică, *Drept civil. Persoana fizică. Persoana juridică*, Ed. Universitară, București, 2007, p.125 și urm.)

care au) deja domiciliul sau reședința în localitatea unde se află amplasat terenul și, în acest caz, nu avem un element de departajare dintre acești preemptori.

Proiectul introduce două articole noi, anume art. 4¹ art. 4². Conform prevederilor art. 4¹ alin. (1), atunci când titularii dreptului de preempțiune nu își manifestă intenția de a cumpăra terenul, vânzarea acestuia se face către persoane fizice, solicitându-se întrunirea mai multor condiții cumulative, după cum urmează:

- Să aibă reședința/domiciliul situate în raza unității administrative-teritoriale unde este amplasat terenul care constituie obiect al ofertei de vânzare, stabilit pe o perioadă de un an, anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan. În legătură cu această condiție stabilită în Proiect, pentru vânzarea terenului către alte persoane fizice, altele decât preemptorii, atunci când aceștia nu își manifestă intenția de a cumpăra terenul, trebuie observat că ea este prevăzută numai când terenul este vândut altor persoane, altele decât preemptorii, pentru că în cazul preemptorilor, astfel cum am arătat, în condițiile art. 4 alin. (3) lit. c), în cazul în care latura mare sau una dintre laturile egale ale terenului ce face obiectul ofertei de vânzare are hotarul comun cu un teren situate pe raza altei unități administrative-teritoriale, prioritate la cumpărarea terenului are proprietarul de teren agricol vecin cu reședința/domiciliul situate în raza unității administrative-teritoriale unde este amplasat terenul, fără vreo altă obligație de a fi dobândit reședința/domiciliul cu o anume perioadă de timp înainte.

- Desfășurarea activităților agricole în raza unității administrative-teritoriale unde este amplasat terenul care constituie obiectul ofertei de vânzare, pentru o perioadă de cel puțin cinci ani, anterior înregistrării acestei oferte. Observăm că, pentru a putea cumpăra terenul pentru care preemptorii nu și-au manifestat dorința de a-l dobândi, se impune asemenea condiție, însă ne întrebăm cum se va putea face dovada că cel ce dorește să cumpere terenul a desfășurat asemenea activitate. Dacă are exploatări agricole, viticole, zootehnice pe teritoriul acelei unități administrative-teritoriale se poate face o asemenea dovadă, dar dacă nu are, va fi mai greu să facă dovada acestei condiții (spre exemplu, a lucrat în agricultură ca muncitor sezonier în acea unitate administrative-teritorială). Aici intervine și discontinuitatea în muncă, cunoscut fiind că multe dintre activitățile din agricultură și zootehnie au caracter sezonier. Și atunci, se pune întrebarea, cum va putea fi calculat termenul de cinci ani prevăzut în Proiect.

Cele două condiții pe care le-am discutat nu sunt aplicabile în cazul cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan de către tinerii fermieri, astfel cum se precizează în Proiect, care sunt definiți conform reglementărilor europene și naționale, cu privire la care am făcut vorbire mai înainte.

Pentru înstrăinarea prin vânzare a terenurilor agricole din extravilan către persoane juridice, atunci când preemptorii nu își manifestă intenția de a cumpăra terenul, la art. 4¹, alin. (3) din Proiect se cere respectarea mai multor condiții cumulative, astfel:

- Sediul social și/sau sediul secundar să fie situat în raza unității administrative-teritoriale unde este amplasat terenul, stabilit pe o perioadă de un an, anterior înregistrării ofertei de vânzare;
- Desfășurarea activităților agricole în raza unității administrative-teritoriale unde este amplasat terenul, pentru o perioadă de cel puțin cinci ani, anterior înregistrării ofertei de vânzare;
- Prezentarea înscrisurilor privind faptul că din venitul total al ultimilor trei ani fiscali, minim 75% reprezintă venit din activități agricole.

În opinia noastră, asemenea cerințe restrictive sunt utile cu privire la vânzarea terenurilor agricole din extravilan către persoane juridice, dar aceste condiții ar fi trebuit extinse la toate actele juridice translativ de proprietate cu privire la asemenea bunuri, nu doar în cazul contractului de vânzare.

O ultimă discuție mai dorim să facem cu privire la reglementarea din Proiect prevăzută la art. 4². Astfel, la alin. (1) se prevede că terenurile agricole situate în extravilan se pot înstrăina, numai după o perioadă de 15 ani de la data cumpărării, deci se dorește instituirea unei inalienabilități legale temporare cu privire la aceste terenuri, ceea ce este foarte bine, în opinia noastră. Această inalienabilitate privește toate actele translativ de proprietate între vii, cu titlu oneros ori cu titlu gratuit.

Ne întrebăm dacă, în perioada aceasta de 15 ani, proprietarul terenului decedează, acesta poate transmite pe cale succesorală dreptul de proprietate asupra terenului agricol din extravilan? Răspunsul nu poate fi decât afirmativ. Dar, dacă proprietarul terenului dorește să lase un legat având ca obiect terenul și decedează în interiorul termenului de 15 ani? Credem că și în asemenea situație transmisiunea dreptului de proprietate își va produce efecte.

După scurgerea acestei perioade de timp, astfel cum rezultă din alin. (2) al articolului amintit, transferul dreptului de proprietate prin vânzare a acestor terenuri este posibil numai către statul român, reprezentat prin Agenția Domeniilor Statului. Proiectul ce discutăm folosește sintagma ”transferul dreptului de proprietate”, de unde ar rezulta că are în vedere orice act juridic translativ de proprietate între vii, cu titlu oneros sau gratuit.

Proiectul instituie obligația proprietarilor terenurilor agricole din extravilan de a le utiliza, direct sau indirect, pentru desfășurarea activităților agricole, adică este instituită obligația acestora de a nu lăsa pământul în nelucrare. Observăm că, în art. 74, Legea fondului funciar nr. 18/1991, cu modificările și completările ulterioare, prevede

obligația tuturor deținătorilor de terenuri de a asigura cultivarea acestora și protecția solului, aceasta fiind o obligație propter rem.

În fine, art. 4² alin. (4) din Proiect prevede că ”terenurile agricole din extravilan nu pot face obiectul contractelor de împrumut, cu excepția contractelor de credit încheiate cu instituțiile de credit sau instituțiile financiare nebancare”. Formularea este greoaie, legiuitorul dorind să arate că nu se pot constitui garanții reale cu privire la terenurile agricole din extravilan, cu excepția contractelor de credit încheiate cu instituțiile de credit sau instituțiile financiare nebancare, deci, nu s-ar putea garanta împrumuturi cu persoane fizice sau cu persoane juridice, altele decât instituțiile de credit sau instituțiile financiare nebancare, garantându-se acel împrumut cu terenul respectiv.

Mai există și ale dispoziții conținute în Proiectul amintit, care sunt de natură să dea naștere unor discuții, însă nu vom mai face aceste discuții la acest moment.

Ca și concluzie, deși aduce unele modificări interesante și utile Legii nr. 17/2014, Proiectul ce am analizat succinct nu aduce vigoare legii și nici nu înlătură vulnerabilitatea prevederilor acesteia și posibilitatea ”ocolirii” cu ușurință a unora dintre reglementările pe care le conține.

CÂTEVA ASPECTE PRIVITOARE LA CLASIFICAREA PREJUDICIULUI DIN PERSPECTIVA RĂSPUNDERII CIVILE DELICTUALE*

Florin Octavian BARBU**

Abstract : *The issue of tort criminal liability must be analysed in a dynamic, evolutionary context, taking into account everything that is social actuality. Originally viewed from the point of view of its sanctioning function, civil liability has claimed and claimed new trends in its purpose. For practical reasons, the replanting of civil liability was questioned, not in relation to the author of the offense, but to the person injured by the civil offense. Thus, the centre of gravity of the tortious civil liability is the victim of the illicit deed, the main person interested in the settlement of the civil dispute being this.*

Also in this respect, the hierarchical restructuring of the functions of the civil tort liability is necessary. Starting from the assumed assumption, that the pillar of tort liability is the person injured by the illicit act, we appreciate that the reparatory function of liability acquires correlative ground at the expense of its sanctioning function. Injuries can be classified according to several criteria. Thus, we distinguish according to some authors, the following criteria: the instinctive nature of the prejudices; the possibility of providing damages at the time of production; the degree of generality; the patrimonial or non-patrimonial character.

Key words: *classification; patrimonial damage; corporal injury; moral damage.*

După natura sau conținutul lor, există două clasificări mai importante: una tradițională și alta modernă¹.

Astfel, după conținutul economic, avem: prejudicii patrimoniale și nepatrimoniale (morale),² însă majoritatea autorilor³ în literatura de specialitate au considerat că prejudiciile se împart în trei categorii: prejudicii patrimoniale, prejudicii corporale și prejudicii morale.

1. Clasificarea tradițională a prejudiciilor

După clasificarea tradițională:

Prejudiciile patrimoniale pot fi evaluate în bani, concretizat în pierderi, știrbiri, afectări ale patrimoniului (exemplu: prejudiciul suferit de o persoană care în urma unui accident și-a pierdut total sau parțial capacitatea de muncă și deci, venitul pe care îl avea anterior accidentului s-a micșorat).

Prejudiciul patrimonial poate apărea prin atingerea patrimoniului, drepturilor/intereselor economice, dar și prin atingerea adusă unei persoane, cu valoare economică, fiind evaluabilă în bani⁴.

Pentru a exista dreptul la reparație rezultat din vătămările aduse patrimoniului persoanei nu este necesar să se facă evaluări suplimentare privind natura bunului- mobil/ imobil, corporal/ incorporal, public/privat sau asupra atingerilor aduse lucrului cu ocazia exercitării posesiei, folosinței sau înstrăinării lui⁵.

Așa cum sublinia *profesorul I. Dogaru*, prejudiciul material nu presupune în mod necesar existența unui contact material, fizic⁶, cum bine stipulat este că acesta se poate manifesta și sub forma unui prejudiciu nerealizat⁷.

Prejudiciile nepatrimoniale, atât în literatura de specialitate străină, cât și în cea română constau în atingerea valorilor care privesc persoana și personalitatea sa fizică, afectivă sau socială⁸.

Au fost denumite și daune morale, deoarece privesc patrimoniul moral al persoanelor fizice⁹.

Astfel, prejudiciul moral reprezintă o afectare, un rău, o daună adusă unei valori care are legătură cu personalitatea umană într-o identitate inconfundabilă și protejată de drept¹⁰.

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul "Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească", număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

** Doctorand, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Avocat, Baroul Dâmbovița; e-mail: florin_octavian2000@yahoo.com

¹ Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, Curs de drept civil. Obligațiile, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p.330.

² Ibidem. Ion Dogaru, Pompil Drăghici, op.cit., p. 321.

³ Săche Neculaescu s.a., Instituții de drept civil, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p.270; Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.331; Mona-Lisa Belu Magdo, Răspunderea civilă contractuală în noul Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2017, p.198.

⁴ Ion Dogaru, Pompil Drăghici, op.cit., p.321.

⁵ Denisa Barbu, Drept procesual penal. Partea generală, Ed. Lumen, Iași, 2016, p.103.

⁶ Spre exemplu, neaplicarea unor dispoziții legale, declarate neconstituționale de către conducătorul unei autorități publice poate genera prejudicii patrimoniale, concrete lucrătorilor din subordine.

⁷ Spre exemplu, incapacitatea totală sau parțială apărută după vătămarea corporală a victimei de a presta activități, pierzând astfel veniturile posibile a fi realizate.

⁸ Ion Dogaru, Pompil Drăghici, op.cit., p.323.

⁹ I. Albu, Răspunderea civilă contractuală pentru prejudicii nepatrimoniale, în Dreptul nr. 8/1992, p.33.

Din acest punct de vedere, el nu poate fi reparat în aceeași manieră ca a celui patrimonial. Există opinii în doctrina¹¹, la care ne raliem potrivit cărora rezolvarea cea mai potrivită pentru prejudiciile morale ar fi existența unor remedii potrivite situației injuste a victimei, iar argumentele pe care se bazează sunt următoarele:

Deși prejudiciul nepatrimonial este o leziune a unor valori necomparabile referitoare la personalitatea omului, prin introducerea lui în cadrul răspunderii civile delictuale, acesta devine un drept de creanță, ca element al patrimoniului, ajungând să fie tratat ca cel patrimonial, ambele regăsindu-se în patrimoniu;

În ceea ce privește dovada, prejudiciul moral se probează diferit de cel patrimonial, deoarece *“pretium doloris”* este doar prezumat, neputând fi supus cuantificării, lăsând mai mare libertatea de apreciere a judecătorului cu privire la existența, realitatea prejudiciului moral, și a remediei potrivit situației în cauză.

Prejudiciile morale sunt prevăzute în Codul civil atât în materia apărării drepturilor nepatrimoniale, cât și în materia vătămării integrității corporale sau a sănătății. Astfel, persoana prejudiciată ale cărei drepturi nepatrimoniale au fost încălcate “poate cere despăgubiri sau, după caz, o reparație patrimonială, pentru prejudiciul, chiar nepatrimonial, ce i-a fost cauzat, dacă vătămarea este imputabilă autorului faptei prejudiciabile”¹².

În ceea ce privește vătămarea integrității corporale sau a sănătății, conform art. 1.391 Cod civil, se stipulează că poate fi acordată și o despăgubire pentru restrângerea posibilităților de viață familială și socială¹³ însă, această restrângere nu implică doar prejudicii morale, ci și materiale (spre exemplu, în cazul unei infirmități angajarea unui însoțitor reprezintă un prejudiciu material), precum și o despăgubire ascendenților, descendenților pentru durerea provocată prin moartea victimei¹⁴.

Aceste dispoziții legale dau naștere la o serie de întrebări referitoare la prejudiciile morale, și anume ce alte prejudicii de acest gen, diferite de cele prezentate anterior, nu mai pot fi avute în vedere¹⁵? Dacă ne raportăm la dispozițiile art. 1.531 alin. (3) Cod civil, conform cărora *“creditorul are dreptul și la repararea prejudiciului nepatrimonial”*, ceea ce înseamnă că în materie contractuală pot fi acordate despăgubiri pentru prejudiciile nepatrimoniale, răspunsul nu ar fi afirmativ, iar o asemenea întrebare nu și-ar mai fi avut rostul dacă în dispozițiile de la art. 1.357 alin. (1) Cod civil s-ar fi menționat, expres, prejudiciul material.

Prejudiciile nepatrimoniale sunt și ele susceptibile de subclasificări: în prejudicii morale, rezultate din leziuni sau vătămări ale personalității fizice a victimei (componente ale prejudiciilor corporale) și prejudicii morale independente de orice leziune fizică sau corporală (prejudicii afective)¹⁶.

2. Clasificarea modernă a prejudiciilor

După clasificarea modernă, tripartite: prejudiciile patrimoniale au valoare economică, putând fi evaluate în bani¹⁷. Prejudiciile corporale¹⁸ constau în “atingerile aduse sănătății și integrității corporale unei persoane”¹⁹.

Acestea pot avea, sub aspectul structurii, o natură mixtă, cu o alcătuire duală: o latură patrimonială reprezentată de pierderi de valoare economică și o altă latură morală concretizată în durerea suferită (*pretium doloris*), lezarea afecțiunii (*pretium affectionis*) etc.²⁰. Ambele laturi ale prejudiciului corporal sunt reparabile. Astfel, prejudiciul corporal sub componenta sa economică (patrimonială) se repară prin despăgubiri bănești, iar sub componenta morală (nepatrimonială) se repară prin mijloace nepatrimoniale și totodată, prin plata de sume de bani, cu titlu de compensații bănești²¹.

Deși există o preocupare aparte pentru prejudiciile corporale, mai ales ca urmare a afirmării în mod constant a drepturilor fundamentale ale omului, în Codul civil român nu este consacrată o altfel de clasificare. În literatura de specialitate străină, se întrevide apariția unui drept european al prejudiciilor corporale²², în care să fie incluse dispoziții referitoare la accidente de circulație, la prejudiciile cauzate prin săvârșirea de infracțiuni contra persoanei, la prejudiciile cauzate de produse defectuoase, sau cele cauzate în cadrul transportului²³.

¹⁰ Sache Neculaescu, ș.a., op.cit., p.270.

¹¹ Ibidem, p.271.

¹² Conform art. 253 alin. (4), Cod civil.

¹³ Sache Neculaescu ș.a., op.cit., p.271 (prejudiciul de agrement).

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Denisa Barbu, Some Aspects Concerning the Civil Action in the Criminal Proceedings, Edited by: Sandu, A; Ciulei, T; Frunza, A Conference: 15th World LUMEN Congress - Logos Universality Mentality Education Novelty (LUMEN) Location: Iasi, ROMANIA Date: APR 12-17, 2016 WLC 2016: WORLD LUMEN CONGRESS. LOGOS UNIVERSALITY MENTALITY EDUCATION NOVELTY 2016 (LUMEN 15TH ANNIVERSARY EDITION) Book Series: European Proceedings of Social and Behavioural Sciences Volume: 15 Pages: 95-101 Published: 2016.

¹⁶ I. Urs, Repararea daunelor morale, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p.9-14; Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.414.

¹⁷ Spre exemplu, dreptul de proprietate, drepturile de creanță, garantiile executării obligațiilor, etc.

¹⁸ Liviu Pop, Tabloul general al răspunderii civile în textele Noului Cod civil, R.R.D.P. nr.1/2010, p.194-196.

¹⁹ Liviu Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. al II-lea. Contractul, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p.654.

²⁰ Sache Neculaescu ș.a., op.cit., p.272.

²¹ Liviu Pop, Ionuț Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.414.

²² Jv. Lambert- Faivre, Droit du dommage corporel. Systèmes d' indemnisation, Ed. Dalloz, Paris, 2000, p.44.

²³ Sache Neculaescu, ș.a., op.cit., p.272.

Ca atare, considerăm că ar trebui avute în vedere cele 19 principii referitoare la repararea prejudiciilor cauzate de limitele corporale și de deces cuprinse în recomandările *Rezoluției Consiliului Europei nr. 75- 7/14 martie 1975* făcute statelor membre U.E.

Principiile dreptului european al răspunderii delictuale pune bazele prejudiciului corporal, atât ca prejudiciu material, cât și ca prejudiciu extrapatrimonial, în proiectul european "The European on Tort", acestea subliniind suferința victimei ca urmare a atingerii sănătății fizice sau mentale²⁴.

În plan normativ, ca urmare a reformării dreptului obligațiilor civile în *Anteproiectul Catala* se stabilesc "particulare de reparare a prejudiciilor rezultate din atingerile integrității fizice" în cadrul unei prime secțiuni referitoare la regulile care s-ar aplica unor categorii de prejudicii reparabile, deosebit de cele privitoare la prejudiciile cauzate bunurilor, folosindu-se expresia "*dommage corporal*"²⁵.

Remarcăm faptul că, deși în dispozițiile Codului civil român nu se regăsește prejudiciul corporal independent de celelalte prejudicii, totuși există o reglementare specială stipulată în art. 1.387- 1.395 Cod civil, de unde rezultă o inconsecvență în ceea ce privește răspunderea delictuală atât de actuală și de interes pentru dreptul european.

Prejudiciile morale (daunele morale pure)²⁶ constau în dureri psihice cauzate prin atingerile aduse personalității afective ori personalității sociale²⁷. Acestea alcătuiesc componenta morală a prejudiciilor corporale, fiind denumite și daune morale pure, întrucât au în vedere durerile fizice și psihice rezultate în urma atingerilor aduse personalității fizice a unei persoane. Daunele morale pure sunt reparabile în primul rând, prin mijloace nepatrimoniale²⁸.

În doctrina²⁹ prejudiciile morale indemnizabile se pot clasifica astfel: în atingeri aduse direct drepturilor morale ale persoanei; în consecințe extrapatrimoniale ale lezării integrității corporale; în atingeri aduse prin îngrădirea unor drepturi sau vătămarea lor.

Există și alte clasificări ale prejudiciilor, dintre care reținem: prejudiciile previzibile și prejudiciile imprevizibile, după cum au putut fi prevăzute la momentul săvârșirii faptei ilicite sau al producerii împrejurărilor care le-a cauzat³⁰; prejudicii individuale, prejudicii colective și prejudiciile de masă³¹; prejudicii instantanee și prejudicii succesive³²; prejudicii prezente, viitoare și virtuale (potențiale)³³.

-Prejudicii cauzate prin încălcarea drepturilor subiective și prejudicii cauzate prin vătămarea unui interes.³⁴

Prejudiciile previzibile sunt cele care puteau fi prevăzute la momentul producerii lor³⁵, iar prejudiciile imprevizibile sunt cele care nu puteau fi prevăzute³⁶.

Distincția este deosebit de importantă, deoarece face diferența dintre răspunderea delictuală unde reparația va cuprinde întreg prejudiciul cauzat, atât cel previzibil cât și cel imprevizibil, și răspunderea contractuală unde reparația se limitează doar la prejudiciile previzibile³⁷.

Prejudiciile individuale rezultă din atingerile/încălcările unui drept sau interes legitim individual al unei persoane³⁸.

Prejudiciile colective presupun atingeri aduse unei colectivități prin lezarea dreptului/ interesului acesteia privit independent de interesele individuale ale fiecărui membru al acelei colectivități³⁹.

Prejudiciile în masă sunt acelea cauzate unui număr mare de victime, care rezultă dintr-o faptă ilicită sau împrejurare unică⁴⁰.

Prejudiciile instantanee sunt acelea care se produc dintr-o dată sau într-o perioadă de timp foarte scurtă⁴¹.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Art. 1. 379-2, Le dommage corporel doit être apprécié sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

²⁶ Liviu Pop, Ionuț Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.414.

²⁷ Spre exemplu, moartea unei rude apropiate, atingerile aduse vieții private sau dreptului la propria imagine, etc.

²⁸ Art. 253- 257 Cod civil; Liviu Pop, Ionuț Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.332; Ibidem, p.565-568; Ion Dogaru, Pompiliu Drăghici, op.cit., p.322-323.

²⁹ Liviu Pop, Florin Ionuț Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.415; Sache Neculaescu ș.a., op.cit., p.272-274; I. Dogaru, Pompiliu Drăghici, op.cit., p.322-323.

³⁰ I. Dogaru, Pompiliu Drăghici, op.cit., p.323; Liviu Pop, Florin Ionuț Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.332; Sache Neculaescu ș.a., op.cit., p.272.

³¹ Liviu Pop, Florin Ionuț Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.415.

³² Ibidem.

³³ Sache Neculaescu, Răspunderea civilă delictuală. Examen critic al condițiilor și fundamentării răspunderii civile delictuale în dreptul civil român, Ed. Șansa, București, 1994, p.273.

³⁴ Ibidem, p.275.

³⁵ Spre exemplu, cele realizate din incapacitatea de muncă.

³⁶ Spre exemplu, cele rezultate din efectele secundare ale unor vătămări corporale.

³⁷ Sache Neculaescu ș.a., op.cit., p.272-273; A se vedea și Art. 1. 533 Cod civil, respectiv culpa lata dolo alquiparatur.

³⁸ Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, op.cit., p.415.

³⁹ Ibidem, Spre exemplu, un sindicat, asociație etc.

⁴⁰ Pentru o analiză cuprinzătoare a prejudiciilor în masă, a se vedea A. Guegan-Lecuyer, Dommager de masse et responsabilité civile, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006, în care autorul reține două trăsături ale prejudiciilor în masă: numărul mare de victime și existența unui fapt prejudiciabil unic. Spre exemplu, o catastrofă naturală, accidente nucleare, acte de terorism etc.

⁴¹ Spre exemplu, moartea unui animal prin împușcare, mistuirea în flăcări a unui obiect confecționat dintr-un material care arde repede.

Prejudiciile succesive sunt acele consecințe dăunătoare care se produc continuu sau într-o perioadă lungă de timp⁴².

În acest sens, trebuie să amintim opinia domnului profesor Mircea Duțu, cu privire la victimele poluării atmosferice⁴³, și anume ideea de a se avea în vedere natura afecțiunii, locul de rezidență și durata acestei rezidențe⁴⁴, după modulul japonez.

Prejudiciile prezente sunt cele care s-au produs efectiv.

Prejudiciile viitoare sunt acelea care se produc în timp⁴⁵. O bună perioadă de timp, doctrina n-a admis repararea prejudiciilor viitoare, pornind de la ideea esențială rezultată din condiția certă a prejudiciului, atât în privința existenței, cât și cu privire la întinderea lui⁴⁶.

Doctrina mai veche era consecventă principiului “*pas d’interes, pas d’action*”, afirmând că “nu se pot cere despăguburi pentru o daună necertă, posibilă și eventuală, adică ceea ce se poate întâmpla numai în viitor”⁴⁷.

Subliniem faptul că la prejudiciul prezent, determinarea și proba pierderii efective suferite (*damnum emergens*) și a beneficiului nerealizat (*lucrum cessant*) nu prezintă dificultăți, la prejudiciul viitor nu pot fi anticipate toate consecințele faptei prejudiciabile⁴⁸.

În doctrina actuală⁴⁹ se consideră cert prejudiciul viitor, care nu s-a produs încă, însă este sigur că se va produce, el fiind susceptibil de evaluare astfel⁵⁰.

Conform dispozițiilor art. 1.386 alin. (4) Cod civil “în cazul prejudiciului viitor, despăgubirea, indiferent de forma în care s-a acordat, va putea fi sporită, redusă sau suprimată, dacă după stabilirea ei, prejudiciul s-a mărit, s-a micșorat ori a încetat”.

Prejudiciul virtual sau potențial, este acel prejudiciu care, deși neprodus încă, prezintă toate condițiile realizării sale, reprezentând prelungirea unei stări actuale directe, probabile, susceptibile de evaluare imediată, spre deosebire de prejudiciul esențial care nu are aceste condiții realizate.⁵¹ Un exemplu concludent ar fi prejudiciul rezultat din pierderea șanse “situat la jumătatea drumului între prejudiciul pur eventual și prejudiciul cert”⁵².

Din punctul de vedere al unor autori⁵³, acest prejudiciu are două componente: una inițială reprezentată de prețul irosirii șansei de a accede la un eveniment favorabil și alta finală, concretă constând în avantajul de care a fost lipsită victima.

Cum bine remarcă domnul profesor I. Dogaru, pierderea șansei poate conduce la angajarea răspunderii civile delictuale dacă sunt îndeplinite următoarele condiții: șansa să fie reală; șansa să fie semnificativă - criteriul de distincție constituindu-l gradul probabilității obiective de realizare a șansei⁵⁴; prejudiciul cauzat să rezulte prin pierderea unei șanse, consecință directă a comiterii faptei ilicite.

Prejudiciile cauzate prin încălcarea unor drepturi subiective și prejudiciile cauzate prin vătămarea unui interes sunt determinate de clasificarea făcută după incidența lor. Astfel, prejudiciile determinate prin încălcarea unor drepturi subiective reprezintă regula conform doctrinei clasice, iar cele cauzate prin vătămarea unui interes sunt recunoscute de actualul Cod civil⁵⁵.

Distincția dintre aceste două categorii de prejudicii este din ce în ce mai greu de realizat ca urmare a unei continue adaptări a societății cu privire la prejudiciile reparabile a căror indemnizație este tot mai permisivă.

Repararea prejudiciului este legată de îndeplinirea a trei condiții pe care trebuie să le îndeplinească interesul vătămat⁵⁶, și anume: interesul să fie legitim; să fie ca urmare a atingerii unui interes serios; interesul să aibă aparența unui drept subiectiv.

Ca atare, legitimitatea interesului reprezintă o condiție de promovare a acțiunii în justiție, principiu exprimat în Codul de procedură civilă român⁵⁷ potrivit căruia interesul trebuie să fie “determinat, legitim, personal, născut și actual”.

⁴² Spre exemplu, o infirmitate cronică permanentă, boală profesională etc.

⁴³ Mircea Duțu, Andrei Duțu, Răspunderea în dreptul mediului, Ed. Academia Română, București, 2015, p.133.

⁴⁴ S. Galand-Carval, La relation causale, în vol. G. Viney, B. Dubuisson (dir.), “Les responsabilités environnementales dans l’espace européen. Point de vue franco-belge”, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2006, p.- 84.

⁴⁵ Spre exemplu, vătămarea corporală poate cauza prejudicii viitoare concretizate în diferența dintre pensia de invaliditate și venitul anterior obținut.

⁴⁶ M. Eliescu, Răspunderea civilă delictuală, Ed. Academia Română, București, 1972, p.92.

⁴⁷ D. Alexandresco, Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine, tomul al cincilea, Tipografia națională, Iași, 1998, p.450.

⁴⁸ Sache Neculaescu, op.cit., p.273.

⁴⁹ C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ediția a IX-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p.155.

⁵⁰ Conform art. 1.385 alin. (2) Cod civil.

⁵¹ Sache Neculaescu, ș.a., op.cit., p.274.

⁵² X. Pradel, Le prejudice dans le droit civil de la responsabilité, L.G.D.J., p.237; A se vedea și art. 1. 385 alin. (4) Cod civil.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ X. Pradel, op.cit., p.238-240.

⁵⁵ Sache Neculaescu, ș.a., op.cit., p.275.

⁵⁶ Conform art. 1.359, Cod civil.

⁵⁷ A se vedea art. 32 Cod de procedură civilă român și art. 31 Cod de procedură civilă francez.

Legitimătatea apare tot mai mult ca o condiție a prejudiciului reparabil⁵⁸.

Sub aspect terminologic, formula "*interes legitim protejat juridic*" a fost criticată, deoarece asociază două elemente dintre care unul se atașază exigențelor prealabile de primire a cererii, iar altul exigențelor cerute pentru admiterea ei⁵⁹.

În ceea ce privește interesul serios, trebuie spus că această condiție se referă la gravitatea leziunii suferite de victimă. În această interpretare, condiția de seriozitate privește prejudiciul cauzat și nu interesul lezat.

Pe de altă parte, în dreptul consumatorului, există o serie de situații în care, prejudiciul privit individual nu prezintă o mare importanță, în timp ce, privit din punctul de vedere al unei colectivități de consumatori, face aplicabil dreptul răspunderii.

A treia condiție impusă interesului de art.1.359 Cod civil, aparența unui drept subiectiv consacră soluțiile jurisprudenței prin care au fost supuse reparației, și prejudicii cauzate prin încălcarea simplului interes și nu doar pe cele determinate de încălcarea unui drept subiectiv⁶⁰.

Așadar, conform Cod civil⁶¹, dreptul la reparație se naște din urma cauzării prejudiciului, când se naște și dreptul la acțiune pentru a obține repararea prejudiciului, însă avem câteva rezerve, atât în ceea ce privește prescripția dreptului la acțiune, cât și cu privire la terminologie.

Astfel, considerăm că valorificarea în concret a dreptului la reparație se va putea face după parcurgerea procedurilor prevăzute de lege, când creanța va deveni certă, lichidă și exigibilă, în condițiile în care hotărârea judecătorească are caracter constitutiv de drepturi.

Soluția de a evalua prejudiciul la data producerii lui este inechitabilă pentru victimă, deoarece se vorbește de evaluarea prejudiciului, ori valoarea prejudiciului poate crește exponențial cu perioada parcursă între momentul producerii prejudiciului și momentul pronunțării hotărârii de reparare.

Soluția pentru o mai eficientă protecție a victimei ar fi evaluarea despăgubirilor în raport de data pronunțării hotărârii judecătorești, argumentul găsindu-se cel mai frecvent în cazul prejudiciilor corporale cu prioritate privind integritatea fizică și morală a persoanei, însăși reglementarea din Codul civil român fiind derogatorie de la dreptul comun.

⁵⁸ Principiile dreptului european al răspunderii civile califică legitimătatea prejudiciului în art. 2: 103 ca o condiție a răspunderii civile.

⁵⁹ Sache Neculaescu, ș.a., op.cit., p.276.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Art. 1.381 alin. (2) Cod civil român.

MAREA UNIRE ȘI EVOLUȚIA ENERGICĂ A LEGISLAȚIEI ÎN MATERIA CĂRȚILOR FUNCiare

Nora Andreea DAGHIE*

Abstract: *The political unity achieved in 1918 was not doubled, at least in the immediately next period, by the legislative unity. Consequently, what happened in 1918 had a direct impact on the land registry legislation, as well. Legislative unification was an historical, political, but also legal imperative for contemporaries.*

The legislative unification process was done in time and with difficulty. The opposition took various forms, from peaceful ones, of intellectual type, to acts tolerated by excessive indulgence.

Certain regulations of social relationships were considered more advanced, which resulted in taking over their essence in normative acts applicable throughout the unified Romanian territory. This is the case of the Decree-Law no. 115/1938 for the unification of the land registry provisions, by which the Transylvanian land registration system, much more rigorous than that of transcriptions and inscriptions borrowed from the Napoleonic Code and used in the Old Kingdom, was replaced.

The theme of the influence of the European legislation on the Romanian legislation in the field of land registries is well known both from the recitals of the normative acts adopted, as well as from the specialized literature.

Keywords: *land registration, political unity, legislative unification process, foreign influences*

Considerații introductive

Cărțile de publicitate funciară sunt rezultatul încercărilor de realizare a unui sistem unic de publicitate imobiliară prin cartea funciară, demarat în baza Legii nr. 23/1933 pentru organizarea cadastrului funciar și pentru introducerea cărților funduare în Vechiul Regat și Basarabia.

Odată cu Marea Unire din anul 1918 și consfințirea ei internațională prin tratate de pace, spațiul juridic românesc s-a găsit într-o situație pe cât de inedită, pe atât de stânjenitoare. Astfel, în conformitate cu documentele actelor unirilor, în România erau în vigoare următoarele sisteme juridice: cel românesc (al Vechiului Regat), cel austriac (incident în Bucovina și Banat), cel maghiar (în Transilvania), cel rusesc, precum și „vechile legi și obiceiuri moldovenești, rămase în vigoare acolo”¹ (în Basarabia).

Dificultățile generate de aplicarea acestora în paralel era apăsătoare atât din punct de vedere politic, cât și din punct de vedere juridic. Din punct de vedere politic, expresia suveranității unui stat, dintr-o anumită perspectivă, „apare ca acea calitate a puterii de stat, ca acea caracteristică a ei, care constă în faptul că este supremă”²; este vorba despre existența unei autorități de a impune o reglementare pe teritoriul său, precum și „puterea de a modifica orice lege existentă”³. Însă, perpetuarea unor sisteme legislative străine era clar percepută ca o continuare a exercitării deloc simbolice a autorității unui stat străin asupra unui teritoriu care nu mai făcea parte din acesta.

Din punct de vedere juridic, situația era una și mai complicată, deoarece, în acel moment, „Bucovina și Transilvania integrau în viața Vechiului Regat legislația austriacă și maghiară, care diferă ca principii și ca spirit de legislația Vechiului Regat”⁴. Mai mult decât atât, în aplicarea cotidiană a dreptului erau frecvente conflicte de drept interprovincial⁵.

Unificarea legislativă a fost percepută la momentul respectiv ca o necesară nu doar reparație față de un trecut mult mai unitar decât prezentul fărâmițat, ci și un mod de consolidare a unității politice sau – după cum se afirma în epocă – „unitatea legilor, constituie o condiție a unității statului”⁶.

În consecință, Constituția din anul 1923 statua expres că „se vor revizui toate codicile și legile existente în diferite părți ale Statului Român spre a se pune în armonie cu Constituțiunea de față și asigura unitatea legislativă. Până atunci

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

¹ *Unificarea legislativă. Expunere de motive*, în Hamangiu C., „Din opera legislativă a Ministerului de Justiție. Proiecte și anteproiecte de legi cu expuneri de motive”, Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, Imprimeria Națională, București, 1932, p. 3.

² Drăganu T., *Drept constituțional și instituții politice*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 204.

³ Martin E.A., *Dictionary of Law*, ed. a 4-a, Oxford University Press, 1997, p. 437.

⁴ *Unificarea legislativă. Expunere de motive*, loc. cit., p. 3.

⁵ Berceanu B.B., *Condiția străinilor. Conflictul de legi. Dreptul interprovincial*, în Firoiu D., Marcu L.P., „Istoria dreptului românesc”, vol. II, partea a II-a, Editura Academiei RSR, București, 1987, p. 348.

⁶ *Unificarea legislativă. Expunere de motive*, loc. cit., p. 8.

ele rămân în vigoare. Din ziua promulgării Constituției, sunt însă desființate acele dispozițiuni din legi, decrete, regulamente și orice alte acte contrarii celor înscrise în prezenta Constituție”⁷.

Procesul de unificare legislativă a cuprins toate ramurile de drept (public și privat), care a început din clipele unirii și a continuat cu adoptarea unei legislații noi, inclusiv a unei constituții moderne.

Una dintre soluțiile juridice ale vremii a fost extinderea directă a legislației în provinciile unite cu Vechiul Regat. Astfel, legislația de drept privat românească a fost extinsă în Basarabia în anul 1928, în Bucovina în anul 1938, iar în Transilvania, abia în anul 1943.

Unificarea legislativă nu a însemnat doar extinderea legislației Vechiului Regat asupra teritoriilor alipite, ci și asimilarea unor reglementări de la nivel provincial și extinderea lor la nivel național. Din punct de vedere obiectiv, anumite reglementări ale unor relații sociale au fost considerate mai evolute, fapt ce a determinat preluarea esenței lor în acte normative cu aplicabilitate pe întreg teritoriul României întregite. Este cazul Decretului-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare⁸, prin care sistemul transilvănean de publicitate imobiliară, mult mai riguros decât cel al transcripțiilor și inscripțiilor împrumutate din Codul napoleonian și utilizate în Vechiul Regat, a fost înlocuit⁹.

Publicitatea imobiliară în dreptul românesc. Câteva considerații de ordin istoric

Interesul statului de a-și asigura informarea permanentă și precisă asupra situației imobiliare a constituit dintotdeauna o preocupare majoră care ar putea fi explicată de următoarele rațiuni¹⁰:

- exercitarea atributului integralității teritoriale, ca sumă a tuturor bunurilor imobile;
- constituirea substanțială a resurselor de formare și menținere a trezoreriei prin impozitarea deținătorilor de terenuri;
- asigurarea certitudinii tranzacțiilor de credit și de transmitere a proprietății imobiliare.

În Vechiul Regat, publicitatea modernă a fost introdusă în prima jumătate a secolului al XIX-lea, în anul 1832 în Moldova, prin Regulamentul organic, însă numai cu privire la ipotece și convenții matrimoniale, iar în anul 1848, printr-o circulară ministerială, în Muntenia s-a impus transcrierea donațiilor.

Sistemul de publicitate imobiliară al registrelor de transcripțiuni și inscripțiuni, inspirat din Codul Napoleon, a fost introdus în Vechiul Regat prin Codul civil de la 1864 și prin Codul de procedură civilă.

Inițial, acest sistem prevedea utilizarea și completarea a două registre: unul destinat transcrierii (prin copierea în întregime) a actelor translativă sau constitutive de drepturi reale (registru de transcripțiuni), iar altul destinat inscripției (prin preluarea în rezumat) a ipotecilor și privilegiilor (registru de inscripțiuni)¹¹. Prin Circulara nr. 1035 din 28 aprilie 1950, ministrul justiției a dispus înlocuirea celor două registre de publicitate cu unul singur, în care să se facă numai mențiuni cu privire la transcrieri și inscripții (registru de transcripțiuni și inscripțiuni)¹².

În Transilvania, primele evidențe funciare sub forma cărților funciare datează din secolele XV-XVI. Inițial, au fost concepute ca baze de evidență fiscal-urbană, în orașe precum Sibiu și Brașov. Cel mai vechi registru de evidență fiscală este din 1475, conținând însemnări până în anul 1492. Ulterior, aceste registre dobândesc și funcție de publicitate imobiliară, prin introducerea treptată a principiilor evidenței funciare moderne: principiul specialității, principiul publicității etc.¹³

Cărțile funciare au fost oficializate în teritoriile românești aflate sub ocupație habsburgică și austro-ungară, treptat, prin mai multe reglementări: mai întâi în localitățile grănicerești (1794), apoi în Banat, Crișana și Maramureș (1855), în celelalte părți ale Ardealului (1870) și în Bucovina (1873)¹⁴. Din punct de vedere al dreptului material, regimul funciar era reglementat de Codul civil austriac.

După Unirea din 1918, Statul Român a adoptat câteva decrete cu impact asupra activității de carte funciară¹⁵. Amintim Decretul nr. 1 din 24 ianuarie 1919 al Consiliului Dirigent despre funcționarea în mod provizoriu a serviciilor publice, aplicarea legilor, despre funcționari și întrebuințarea limbilor.

⁷ Art. 137 alin. (1)-(2) din Constituția României din anul 1923.

⁸ Decretul-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare, publicat în Monitorul Oficial nr. 95/27.04.1938.

⁹ Georgescu V.A., Sachelarie O., *Unificarea legislativă*, în Firoiu D., Marcu L.P., *op. cit.*, p. 270.

¹⁰ Stoica E., *Publicitatea dobândirii drepturilor reale imobiliare*, în Revista „Buletinul Notarilor Publici” nr. 3/1999, p. 4. Pe larg despre necesitatea și rolul publicității imobiliare în Nicolae M., *Tratat de publicitate imobiliară*, vol. I, ediția a II-a revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 100 și urm.

¹¹ Nicolae M., *Publicitatea imobiliară și noile cărți funciare*, Editura Press Mihaela S.R.L., București, 2000, p. 112.

¹² Rusu A., *Acțiunile de carte funciară. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2008, p. 19.

¹³ *Ibidem*, p. 20.

¹⁴ Cu privire la introducerea cărților funciare pe teritoriile românești, a se vedea Barbateiu P., *Introducere în studiul cărții funciare*, în *Pandectele Române*, 1942, partea a IV-a, pp. 163-164.

¹⁵ Nășădean P., *Publicitatea imobiliară. Cartea funciară. Analiză comparativă a Legii nr. 7/1996 și a Decretului-lege nr. 115/1938*, ed. a 2-a revăzută și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 9.

În temeiul acestui decret a fost adoptată Ordonanța nr. 121 din 6/19 februarie 1918, prin care s-a stabilit că limba oficială, care se va folosi în justiție, procuratură, notariate este limba română.

Un alt act normativ important este Decretul nr. VII, publicat în Gazeta Oficială nr. 13 din 15/28 februarie 1918. În primul articol se prevedea sancțiunea nulității absolute a oricărui act prin care Guvernul maghiar de la Budapesta, începând cu data de 1 decembrie 1918, a dispus, cu orice titlu, asupra bunurilor mobile sau imobile ale statului situate în ținuturile unite cu Regatul României prin hotărârea Adunării naționale din Alba-Iulia de la 1 decembrie 1918.

De la data publicării acestui decret, niciun document dat de Guvernul maghiar din Budapesta sau de către organele sale nu putea servi drept titlu pentru înscrierea în cărțile funciare, dacă nu purta „clauzula” de confirmare din partea Consiliului Dirigent.

Pentru punerea în executare a Decretului nr. VII a fost emisă Ordonanța din 7/20 martie 1919 a Consiliului Dirigent. Prin aceasta, Tribunalul din orașul Cluj a fost desemnat ca având competența de a soluționa toate cauzele privitoare la înstrăinarea bunurilor statului prin Guvernul maghiar de la Budapesta.

De asemenea, pentru îndeplinirea unor înscrieri în cartea funciară, reclamate de dispozițiile cuprinse în Decretul nr. VII, a fost emisă și Ordonanța nr. 31 din 7 aprilie 1919. Prin aceasta s-a dispus înscrierea în favorul Statului Român a interdicției de înstrăinare și grevare, în toate foile funciare care evidențiau dreptul de proprietate sau alte drepturi ale fostului Stat Ungar.

Decretul nr. VII a fost ratificat printr-o lege votată de Senat cu unanimitate de voturi (59), la data de 4 iulie 1921.

Având în vedere faptul că, în urma Tratatului de pace de la Trianon, toate proprietățile imobiliare ale fostului Stat Austro-Ungar care se aflau pe teritoriul alipit României au trecut în proprietatea Statului Român, a fost emisă Ordonanța nr. 27067/1921 a Directoratului General din Cluj al Ministerului Justiției, prin care s-a ordonat intabularea dreptului de proprietate al Statului Român asupra tuturor imobilelor proprietatea Statului Maghiar. De asemenea, se ordona intabularea dreptului de proprietate în favoarea Statului Român asupra tuturor imobilelor fostului Regat Maghiar, a domeniilor Coroanei Maghiare și a averii fostei dinastii Austro-Ungare.

Prin Decretul-lege nr. 3922/1918 a fost decretată reforma agrară din 1921, care a determinat măsurarea a peste 10.000.000 hectare de teren¹⁶. Lipsa unui plan cadastral de ansamblu, necorelarea, între ele, a planurilor de parcelare a moșiilor expropriate au făcut ca demersurile de realizare a unui cadastru științific să eșueze¹⁷.

În contextul acestor împrejurări, Regele Carol al II-lea a adoptat Legea nr. 93 din 12 aprilie 1933 pentru organizarea cadastrului funciar și pentru introducerea cărților funciare în vechiul regat și Basarabia.

Decretul-lege nr. 478 din 1 octombrie 1938 pentru extinderea în Bucovina a legislației din Vechiul Regat este considerat un pas important în demersul legislativ al epocii¹⁸.

Acestui decret i-a urmat Decretul nr. 511/1938 pentru punerea în aplicare în Bucovina a Legii privind unificarea dispozițiilor privitoare la cartea funciară.

Decretul-lege nr. 115/1938

Pe un teren năpădit de o legislație luxuriantă ce se înmulțea nestăvilit a apărut Decretul-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare.

Astfel cum sugerează însăși denumirea actului normativ, principalu-i obiectiv a fost acela de unificare prin simplificarea și sistematizarea nenumăratelor reglementări în materie existente la acel moment, preluând principiile de carte funciară din Codul civil elvețian și valorificând progresele realizate în celelalte țări europene care au adoptat sistemul german de publicitate imobiliară, în principal experiența dobândită prin aplicarea sistemului real în Alsacia și Lorena, anexate de Germania în anul 1871 în urma războiului franco-prusac și redobândite de Franța după primul război mondial prin pacea de la Versailles din anul 1919¹⁹.

Decretul-lege nr. 115/1938 s-a preconizat să se aplice la nivelul întregii țări, împreună cu Codul civil unificat din 6 septembrie 1940, pe baza măsurătorilor care trebuiau efectuate în temeiul Legii nr. 93/1933 pentru organizarea cadastrului funciar și introducerea cărților funciare în Vechiul Regat și Basarabia, însă din cauza războiului, lucrările de cadastru au fost efectuate numai în București și în unele localități din județul Ilfov, situație în care, prin Legea nr.

¹⁶ Decretul nr. 3922 din 3 ianuarie 1919 privind înființarea Casei centrale de cooperare și împroprietărire a sătenilor, cu o Direcție a cadastrului și lucrărilor tehnice constituie actul de naștere organizatorică a cadastrului general. Sarcina imediată a fost de realizare a reformei agrare, cea mai mare din Europa, cu 1 milion de împroprietăriți și 6 milioane de hectare atribuite. A se vedea Boș N., Iacobescu O., *Cadastru și cartea funciară*, Editura C.H. Beck, București, 2009, p. 19.

¹⁷ Năsăudean P., *op. cit.*, p. 11.

¹⁸ Conform art. 1 din Decretul-lege nr. 478 din 1 octombrie 1938: „Pe lângă dispozițiunile introduse până acum în vederea unificării, se extinde, cu începere de la 15 Octombrie 1938, în tot cuprinsul Bucovinei: Codul civil român din 4 Decembrie 1864, cu toate modificările ce i s-au adus până azi; Codul de procedură civilă din 14 Martie 1900, cu toate modificările aduse până azi; Codul comercial din 10 Mai 1887, cu toate modificările aduse până azi, precum și toate legile, regulamentele și dispozițiunile civile, comerciale, de procedură și penale de orice natură, așa cum sunt în vigoare azi în Vechiul Regat, fără nicio excepție”.

¹⁹ Dârjan T., *Cartea funciară – cartea de identitate a imobilului*, Editura Hamangiu, București, 2013, pp. 30-31.

242/1947, cărțile funciare provizorii întocmite aici au fost transformate în cărți de publicitate funciară, iar pentru cazurile în care în unele localități din cauza războiului cărțile funciare existente au fost distruse, sustrate sau pierdute, s-a adoptat Legea nr. 163/1946 pentru înlocuirea provizorie cu cărți de evidență funciară a cărților funciare distruse, sustrate sau pierdute, reglementându-se astfel cărțile de evidență funciară²⁰. Cărțile de publicitate funciară și cărțile de evidență funciară constituie un sistem intermediar de publicitate imobiliară²¹.

Cărțile funciare reglementate de Decretul-lege nr. 115/1938 s-au întocmit într-un singur exemplar de către notariate în perioada 1960-1995, apoi de judecătorii până la preluarea lor de birourile de cadastru și publicitate imobiliară, în temeiul Legii nr. 7/1996. Evidența se ținea pe imobile, și nu pe proprietar, fiecare imobil având cartea lui funciară în care erau trecute toate actele translativ sau constitutive de drepturi reale, anumite drepturi de creanță, faptele și raporturile juridice în legătură cu imobilul. Cărțile funciare erau întocmite și numerotate pe comune, alcătuind registrul funciar al comunei, iar dacă o comună era alcătuită din mai multe sate, cărțile funciare se numerotau pe sate și alcătuiau registrele funciare ale acestora [art. 2 alin. (3)].

Conform art. 6, cartea funciară se întregea cu planul, înscrierile privitoare la înscrieri și registrul de intrare. De asemenea, art. 9 prevedea că la fiecare notariat de stat se țineau: registrul de intrare; repertorii alfabetic, care cuprindeau numele proprietarilor cu arătarea numărului de carte funciară în care erau înscrise; repertorii parcelare, cu arătarea numărului parcelelor și a cărților funciare în care erau înscrise; registrele și condicile de evidență prevăzute de lege.

Necesitatea realizării cadastrului funciar general, ca bază a unui sistem de publicitate imobiliară, unic și unitar, a fost reconfirmată și prin Legea nr. 59/1974 cu privire la fondul funciar, care a precizat, printre obiectivele ce urmau să se realizeze prin generalizarea sistemului cadastral, și înscrierea în registrele cadastrale a posesorilor și a titlurilor pe baza cărora aceștia posedă, precum și a actelor juridice privind drepturile reale imobiliare²². Aceeași lege prevedea că organizarea sistemului de publicitate imobiliară și procedura de înscriere a posesorilor de terenuri și construcții, inclusiv a drepturilor reale asupra acestora, se vor reglementa printr-o lege specială. Această lege nu a fost, însă, aplicată până în anul 1989. Ulterior, Legea fondului funciar nr. 18/1991 a prevăzut în sarcina Guvernului întocmirea proiectului legii privind cadastrul general și publicitatea imobiliară, această lege fiind adoptată abia în anul 1996.

Concluzii

Existența și organizarea publicității imobiliare în țara noastră își găsește sorgintea în modul de constituire a statului unitar modern, justificat de faptul că unele teritorii s-au aflat sub administrarea unor puteri străine, care și-au implementat propriile reglementări în materia evidenței și tranzacțiilor imobiliare²³. Este vorba despre delimitarea normativă fundamentală trasată geografic între spațiul extra și intracarpatic care a influențat reglementări ale instituției întemeiate pe principii și trăsături diametral opuse. Astfel, pe de o parte, legislația civilă și procesual civilă aplicabilă de la 1865 a determinat recunoașterea în provinciile din Moldova, Muntenia, Oltenia și Dobrogea – care au format Principatele Unite, inspirate normativ după reglementarea franceză – a publicității imobiliare după modelul codului napoleonian, care situează persoana proprietarului în centrul atenției (publicitate personală). De cealaltă parte, teritoriile din interiorul arcului carpatic au moștenit o evidență imobiliară din legislația austro-ungară, întemeiată pe factorul real imobiliar, în jurul căruia gravitează drepturile recunoscute titularului (publicitate reală)²⁴.

Opțiunea legiuitorului român de la 1938 pentru sistemul de publicitate al cărților funciare era justificată de trăsăturile specifice ale acestuia, total diferite de cele ale sistemului registrelor de transcripțiuni și inscripțiuni, unanim criticat în doctrina acelor vremuri pentru dezavantajele sale (publicitatea era ținută pe persoane și nu pe imobile, fapt ce făcea ca verificarea registrelor să fie greoaie; publicitatea era parțială și incompletă, fiind transcrise numai anumite categorii de acte; transcrierea și înscrierea nu garantau dreptul transcris sau înscris, deoarece cu ocazia înregistrării nu era obligatorie verificarea valabilității și legalității titlului prezentat de părți, nici existența dreptului).

Constituind un registru de stare civilă pentru imobile, cartea funciară conferă publicității imobiliare, a cărei esență este, trăsăturile unui sistem real și complet, prin faptul că se bazează pe identitatea topografică a imobilelor și evidențiază toate transmisiunile imobiliare. În acest sistem de publicitate imobiliară fiecare imobil are propria sa carte funciară, în care sunt evidențiate toate operațiunile privind situația sa materială și juridică, iar cărțile funciare sunt întocmite pe localități, oferind posibilitatea cunoașterii în orice moment a stării juridice a imobilului²⁵.

Unitatea politică realizată la 1918 s-a dovedit totuși neputincioasă față de dezideratul uniformizării rapide a legislației în materia publicității imobiliare. Cu toate strădanile meritorii depuse, abia Legea nr. 7/1996 a creat

²⁰ Cărțile de evidență funciară au avut caracter provizoriu, deoarece legea prevedea închiderea lor în momentul găsirii cărților funciare dispărute sau când se vor întocmi noile cărți funciare.

²¹ Dârjan T., *op. cit.*, p. 31.

²² Ionașcu T., Brădeanu S., *Drepturile reale principale*, Editura Academiei, București, 1978, p. 208.

²³ Adam I., *Drept civil. Drepturi reale*, Editura All Beck, București, 2002, p. 734.

²⁴ Cosma D.-M., *Cartea funciară*, Editura Hamangiu, București, 2007, pp. 13-14.

²⁵ *Ibidem*, p. 17.

premisei unei publicități imobiliare unitare²⁶. Această lege a reprezentat rezultatul unei evoluții normative și prin reglementările sale a preluat instituții ale Decretului-lege nr. 115/1938. Astfel, identitatea cărților funciare reglementate de Legea nr. 7/1996 cu cele reglementate de Decretul-lege nr. 115/1938 este nu doar de noțiune, întreaga economie a Legii și Regulamentului ilustrând asemănarea instituțională, organizatorică și funcțională a acestor evidențe, conferind publicității imobiliare de sub imperiul Legii nr. 7/1996 caracterul fundamental al modelului din care s-a inspirat, cel al unui sistem real de publicitate imobiliară²⁷.

În final, reținem faptul că Decretul-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare se regăsește printre principalele surse de inspirație ale noii reglementări – Legea nr. 287/2009 privind Codul civil²⁸.

²⁶ *Ibidem*, p. 14.

²⁷ *Ibidem*, p. 22; Nicolae M., *Tratat de publicitate imobiliară*, op. cit., p. 351.

²⁸ Chiș A.-A., *Publicitatea imobiliară în concepția noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 8.

PERSPECTIVELE CODIFICĂRII DREPTULUI PRIVAT EUROPEAN

Andrei DUȚU-BUZURA*

Abstract: *The project proposed in 2001 by the European Commission, regarding a possible conceptualization of European contract law has determined the emergence of a continental academic debate, on the theoretical and practical outcomes of such a codification project, encompassing a significant part of European private law. The scientific research structures thus created has proven to be extremely productive, by publishing a number of seven complex works, encompassed in a very concrete codification proposal. Next to the already existing "Principles of European Contract Law", these can be considered to be a real and cohesive theoretical corpus that sooner or later will inevitably become a European Civil Code.*

This paper proposes a brief analysis of the implications of a "Project on a Common Frame of Reference" regarding private law and its frame of existence, enouncing several possible hypothesis on its emergence and evolution, given the present political and legal European context.

Key Words: Codification ; private law ; EU law ; civil code

1. Aspecte introductive

Dezbaterea academică generată de proiectul codificării dreptului civil european a depășit cu mult cadrul strict al documentelor adoptate în concret, pe motivul dorințelor atât academice, cât și de ordin politic, de a dezvolta un ansamblu coerent de reglementări care se reflecte în mod autentic tradiția privatistă europeană, plecând de la codificările naționale ale statelor-membre ale Uniunii Europene și de la *acquis-ul* european deja existent în domeniu¹.

Instituțiile academice astfel implicate sunt departe, totuși, de o viziune comună asupra unui asemenea demers, fapt care se reflectă, în egală măsură, la nivelul voinței politice, astfel încât Comisia a fost nevoită să reducă ambițiile proiectului inițial, concentrându-se pe revizuirea *acquis-ului* strict în materia protecției consumatorilor², lăsând astfel deschis, dar incert, viitorul Cadrului comun de referință. Și aceasta în ciuda faptului că Parlamentul European a continuat să susțină, cu aceeași fermitate, necesitatea unui atare proiect³.

Perspectivile academice avute în vedere în analiza de față pot fi împărțite în trei categorii principale; astfel, cea mai ambițioasă dintre acestea privește procesul de codificare a dreptului civil ca o etapă inerentă constituirii unui stat pan-european; și aceasta în condițiile în care există, deja, o legătură strânsă între viziunea clasică, ierarhică, a posibilității unei constituții europene, care să înlocuiască instituțiile naționale ale statelor membre, pe de o parte, și viziunea așa-zis „ortodoxă”⁴ a unui cod civil european, care să înlocuiască reglementările existente în sistemele naționale, pe de altă parte.

La polul opus, cea de-a doua perspectivă se vrea a fi de orientare mai degrabă economică, arătând că un *corpus* unificat al normelor de drept privat poate contribui semnificativ la eliminarea piedicilor din calea raporturilor comerciale și va reduce costurile de tranzacționare⁵. În centru, regăsim opiniile conform cărora unificarea dreptului privat european nu constituie decât o contribuție – semnificativă, ce-i drept – la procesul de integrare unional-european în desfășurare, proiect pe termen lung, care poate duce, la un moment dat, la adoptarea unei constituții, dar nu una care să ia și să țină locul constituțiilor naționale⁶.

Constatăm, prin urmare, că, în primul rând, o ordine juridică europeană în domeniul dreptului privat poate coexista cu dreptul civil național al statelor membre iar, în același timp, se menține strânsa legătură dintre edificarea unei constituții europene și crearea dreptului civil european. Sau, în formulările pe care le regăsim în doctrină, „pluralismul dreptului privat corespunde unui pluralism constituțional”⁷, cu alte cuvinte, avem de-a face, pentru prima dată în istoria reglementărilor dreptului civil, cu „un drept privat dincolo de stat”⁸ sau cu „o concurență în domeniul codificării europene”⁹.

* Conf. univ. dr., Facultatea de Administrație Publică, Școala Națională de Științe Politice și Administrative, București, andrei.dutu@administratiepublica.eu

¹ Hans-Wolfgang Micklitz, *La main visible du droit privé réglementaire européen*, în „Revue internationale de droit économique”, nr. 1/2014, p. 5-57, Ed. De Boeck Superior, p. 7;

² COM (2006) 7044: *The Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006DC0744>;

³ L. Niglia, *Beyond Enchantment. The Possibility of a New European Private Law*, în „Yearbook of European Law”, nr. 1/2009, p. 60-94, Oxford Academic, p. 60;

⁴ Idem;

⁵ G. Wagner, *The Economics of Harmonisation, the Case of Contract Law*, în „Common Market Law Review”, nr. 5/2002, p. 995- 1023, Kluwer Law International, p. 995;

⁶ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 8;

⁷ Idem;

⁸ Th. Wilhelmsson, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, în „European Law Journal”, nr. 6/2004, p. 712-733, Ed. John Wiley & Sons Ltd, p. 712;

⁹ H.-W. Micklitz, F. Cafaggi, *After the CFR. What Future for European Private Law?*, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 36;

2. Codificare, uniformizare, modernizare

S-a constatat, pe bună dreptate, în opiniile doctrinare¹⁰ expuse în cadrul dezbaterii de față, că tot acest proces al uniformizării dreptului privat european, prin codificare, este dominat de un curent de modernizare profundă a dreptului civil, înțeleasă de cei implicați mai mult sau mai puțin direct în acest proiect ca afirmarea și impunerea unor influențe din afara dreptului privat tradițional. Putem vorbi, deci, alături de uniformizarea reglementărilor printr-o codificare la nivel unional european, și de o transformare a dreptului privat, proces lent, încă în curs de desfășurare. Printre consecințele acesteia putem regăsi, de pildă, tocmai recunoașterea de competențe noi ale Uniunii Europene în domeniul dreptului privat, în condițiile în care, în reglementările actuale, ramuri sau subramuri precum dreptul telecomunicațiilor, al energiei, al transportului, al concurenței, al piețelor, al proprietății intelectuale, al practicilor loiale, securitatea alimentară, protecția investitorilor și, nu în ultimul rând, standardizarea contractelor de prestări servicii și dreptul societăților comerciale se bucură deja de o recunoaștere semnificativă.

Reiese, deci, că tangențele tradiționale ale Uniunii Europene cu sfera de reglementare a dreptului privat pornesc de la competențele privind reglementarea pieței comune; astfel, putem avea în vedere, ca exemplu semnificativ, faptul că dreptul național al contractelor a fost profund influențat de aceste reglementări. S-a constatat¹¹, în acest context, că există două forțe motrice semnificative, anume politica concurențială și, respectiv, politica industrială, care se pot circumscrie laturii de „economizare” a dreptului privat european, în cadrul mai larg al globalizării neoliberale. La polul opus regăsim tendința de „politizare” a acestui domeniu, tradusă prin intervenția sporită a aparatului statal și a celui suprastatal, înțeles ca singurii legiuitori veritabili, grație tehnicilor normative tradiționale pe care, încă, le dețin. Astfel, o atare abordare ar impune un control sporit asupra tendințelor de reglare și autoreglare a piețelor, ceea ce duce la un raport puțin spus problematic între aceasta, pe de o parte, și viziunea economică, pe de alta.

3. Raportul dintre dreptul civil național și dreptul privat european

Plecând de la perspectiva de „politizare” a dreptului privat, astfel cum a fost explicată mai sus, următoarea întrebare legitimă care se pune este dacă acest viitor drept civil european se va supune regulilor și principiilor generale privind aplicarea dreptului Uniunii Europene, sau va avea un statut aparte, dat fiind specificul obiectului de reglementare. Un prim răspuns al doctrinei pleacă de la premisa că așa-numitele „reguli generalizate”¹², extrase din reglementările deja existente, vor dobândi valoare de principiu și vor fi consacrate în documentele cu valoare normativă ale dreptului privat european, în ansamblul său. Apoi, în ceea ce privește raportul concret cu reglementările statelor-membre, același autor citat îndeamnă la un „echilibru” între cele două ordini juridice, având în vedere particularitățile dezbaterii academice.

Regăsim, și de această dată, disensiunea specifică reglementării domeniilor percepute ca fiind sensibile în context unional-european; și aceasta pentru că orice dezbateri, politică sau strict academică, va cunoaște două mari tabere, anume, pe de o parte, cei care apără independența ordinilor juridice naționale, pe temeiul diversității culturilor și tradițiilor juridice europene, și, pe de altă parte, cei care consideră că diferențele impuse de specificul național sunt insignifiante față de trunchiul comun al tradiției juridice europene, unice, de sorginte majoritar romano-germană, tradiție care poate completa și sprijini, în mare măsură, procesul de integrare europeană. Această abordare nu este deloc străină tendințelor expuse în secțiunea precedentă, în sensul că viziunea economică, axată pe libertatea pieței, se suprapune pe abordarea uniformizantă a dreptului privat european, indiferentă la specificul tradiției fiecărui sistem juridic în parte, iar viziunea politizantă se pliază pe tendința conservatoare, a păstrării identității juridice a statelor membre prin reglementarea în mare măsură independentă a dreptului civil.

Acest „conflict” s-a manifestat și în trecut, cu privire la anumite aspecte problematice din perspective competențelor Uniunii Europene. Astfel, intrarea în vigoare a directivelor 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale¹³ și 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori¹⁴, în ciuda faptului că s-a soldat cu o uniformizare aproape perfectă a celor două domenii la nivelul întregi Uniuni, a impus modificarea procedurilor de adoptare a actelor normative europene în materii sensibile, punându-se accentul mai degrabă pe contribuții echilibrate din partea fiecărui stat-membru, mai degrabă decât pe impunerea unui aquis specific numai unuia dintre acestea, pentru a fi luat ca model¹⁵ de celelalte state.

În ciuda ultraspecializării documentelor respective de reglementare, putem, prin analogie, să preluăm aceleași concluzii și în privința dreptului privat european. Astfel, evitând în mod intenționat o abordare dihotomică, jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene a identificat principalele probleme la care va trebui să se răspundă în vederea corectei conturări a dreptului privat european: care sunt temeiurile unei armonizări totale; în ce limită vor fi

¹⁰ H.-W. Micklitz, *op. cit.* 2014, p. 9;

¹¹ H.-W. Micklitz, F. Cafaggi, *op. cit.*, p. 56;

¹² H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 11;

¹³ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L-149 din 11.6.2005, p. 22–39;

¹⁴ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L-133, 22.5.2008, p. 66–92;

¹⁵ COM (2006) 7044: *The Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006DC0744>;

recunoscute principiile provenind din cadrul unor sisteme naționale specifice; în ce domenii s-ar impune o armonizare *ad minima*; și, în ultimă instanță, care este limita la care ideea de armonizare ar trebui respinsă, în favoarea unei concurențe libere între sistemele de drept ale statelor membre sau, cel puțin, a unei autoreglări¹⁶.

Identificăm, în acest context, aceeași tendință de „economizare” sau de „mercantilizare” a dreptului privat european, dar dintr-o perspectivă neașteptată. Dacă, mai devreme, aceasta constituia mai degrabă un mijloc de identificare a izvoarelor dreptului privat european sau, altfel spus, se propunea ca raporturile specifice pieței libere să dea naștere normelor de drept privat, de această dată regăsim perspectiva mercantilă ca mecanism de reglementare, în sensul că s-ar crea o „piață europeană a ideilor juridice”, actorii cei mai importanți fiind sistemele specifice fiecărui stat-membru al UE, sisteme care ar intra în concurență directă pe o atare piață, impunându-se și dominând reglementarea dreptului privat european sistemul care se dovedește a fi cel mai util domeniului de reglementare. Și aceasta în contextul în care, cum am arătat mai sus, Comisia Europeană a respins, pe viitor, posibilitatea impunerii directe a unui anumit model național spre a fi adoptat, prin directivă, și de către celelalte state-membre, tocmai datorită inconvenientelor menționate mai sus. S-a considerat că avem de-a face, cu influențe profunde ale analizei economice a dreptului, concept de sorginte americană, puternic criticată în cadru european¹⁷, dar care influențează în mod semnificativ cercetarea științifică în domeniul juridic și economic, dar și în ceea ce privește procesul de elaborare normativă, prin așa-numita doctrină a eficacității dreptului.

În fine, o problemă care a fost tratată, în opinia noastră, de manieră marginală și nesemnificativă, devenită parțial desuetă, este cea a raportului dintre sistemul de *common law* și cel de drept continental (romano-german). Spunem „parțial” desuetă deoarece, în ciuda schimbărilor de ordin politic care au dus la demararea procedurilor de ieșire a Marii Britanii din Uniunea Europeană („Brexit”), influența tradiției juridice britanice asupra dreptului UE își va face în continuare simțită prezența (putem invoca, în acest sens, chiar numai faptul că jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene constituie, după model *common law*, izvor de drept european). În domeniul dreptului privat, aspectele se extind atât asupra dreptului material, cât și a dreptului procedural, astfel încât perspectiva mercantilistă expusă mai sus va constitui singurul instrument de armonizare a disonanțelor dintre cele două sisteme, pe de o parte, și perspectiva normativă rigidă a Comisiei Europene, pe de altă parte. Mai mult decât atât, trebuie avute în vedere și efectele așa-numit dezintegratoare ale dreptului privat european, traduse prin faptul că acesta poate introduce elemente alogene în sistemele naționale de drept civil; totuși, în această problemă, răspunsuri au fost găsite atât în doctrină, cât și în jurisprudența CJUE, astfel încât putem spune, pe bună dreptate, că avem de-a face cu o „distrugere creativă”¹⁸ a anumitor elemente ale ordinilor juridice naționale, dat fiind că forța dreptului european provine tocmai din logica sa de raționalizare sub-adiacentă, care oferă posibilitatea de a regândi fundamentele sistemelor naționale de drept în context supranațional, inclusiv în materia dreptului civil.

4. Metode și tehnici de reglementare

Orientarea legiuitorului european către ceea ce doctrina a denumit abordarea „politizantă” sau „politicianistă”, focusată pe guvernanta și control al reglementării, mai degrabă decât pe autoreglare, este subliniată, în principal, prin schimbarea metodei de reglementare menționată mai sus. În ciuda faptului că, de-a lungul timpului, noii actori care s-au manifestat în context unional-european au fost implicați, treptat, în procesul de creație normativă, sau că regulile de procedură au fost periodic revizuite, guvernanta europeană a avut mereu în vedere trei principii fundamentale: legitimitatea, responsabilitatea și transparența. În ceea ce privește directivele și regulamentele, Comisia Europeană a dezvoltat, odată cu adoptarea Actului Unic European (1986), o procedură standardizată pe care o respectă mai mult sau mai puțin sistematic, în cadrul procesului de reglementare. Chiar dacă nu sunt întotdeauna avute în vedere în această ordine, indiferent de domeniul la care ne referim, etapele procedurale sunt: 1) Comisia caută să obțină din partea Consiliului un mandat politic; 2) acest mandat îi conferă posibilitatea de a formula o cerere de ofertă de recomandări și studii din partea specialiștilor; 3) rezultatele studiilor stau la baza unei așa-numite „Carte verzi”, unde Comisia reunește principalele linii și mijloace de acțiune pe care le va avea în vedere; 4) adesea, se elaborează un studiu de impact de către o entitate specializată, care oferă principalele orientări cu privire la posibilele implicații politice și/sau economice ale activității ce se dorește a fi reglementată la nivel european; 5) pe baza Cartei verzi, Comisia demarează, prin intermediul site-ului oficial, procedura de consultare publică, deschisă oricărei persoane interesate, la care de cele mai multe ori sunt invitate expres să participe anumite grupuri afectate mai mult sau mai puțin direct de viitoarea reglementare; 6) uneori, procedura de consultare publică se finalizează printr-o masă rotundă organizată la Bruxelles, la care sunt invitate în principal părțile interesate; 7) rezultatele procedurii de consultare servesc drept bază fie pentru prezentarea publică a „Cartei albe”, care cuprinde variantele de intervenție cele mai clare, fie pentru elaborarea directă (nemijlocită) a unei propuneri preliminare de directivă sau de regulament.

¹⁶ H. Uberath, A. Johnston, *The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection*, în „Common Market Law Review”, nr. 5/2007, p. 1237-1284, Kluwer Law International, p. 1237;

¹⁷ Pentru perspectiva europeană asupra analizei economice a dreptului a se vedea: H.B. Schaeffer, C. Ott, *Lehrbuch der oekonomischen Analyse des Rechts*, ediția a 5-a, Springer, 2012;

¹⁸ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 32;

Procesul de „creație normativă” europeană a suscitât interesul cercetătorilor din domeniul politic, social și juridic. S-a concluzionat că mecanismul actual urmărește o mai bună legitimare externă a activităților Comisiei, recunoscându-se și faptul că aceasta a impus și finanțat un surrogat, în lipsa unei veritabile societăți civile europene, surrogat ce poate lua forma rețelelor de cercetare universitare europene, grupurilor naționale de *lobby*, organizațiilor nonguvernamentale europene și naționale, sau chiar a guvernelor statelor membre¹⁹. S-a acceptat ideea că această manieră oarecum bizară de consultare publică, anterioară elaborării unui proiect de act normativ european, facilitează impunerea concluziilor proprii ale Comisiei, aparența de participare ascunzând, de fapt, caracterul autoritar al întregii proceduri²⁰. Într-o atare lumină, constatăm că, pe de o parte, această abordare ar favoriza, în anumite limite, dreptul privat european, iar pe de altă parte, se impun, totuși, să fie avute în vedere și alte instrumente de reglementare.

Apreciem că, dat fiind specificul său, dreptul privat european constituie domeniul cel mai fertil pentru ca legiuitorul european să probeze teoria conform căreia linia de demarcație dintre reglementarea tradițională, în care legiuitorul beneficiază de o poziție dominantă și autoritară, și noile forme și instrumente de reglementare, inclusiv autoreglarea normativă, devine din ce în ce mai flexibilă²¹. Din acest motiv, analiza academică este fundamentală în dezbateră relativă la raporturile dintre formele de reglementare tradiționale, în contextul abordărilor mercantilist-economice și, respectiv, politicianist-autoritare; și aceasta pentru că interesul unei asemenea dezbateri nu este doar de a determina care sunt mijloacele de reglementare cele mai potrivite, în ce context, cine este în măsură să le elaboreze și la cel nivel în ierarhia instituțională a Uniunii Europene, dar și de a determina, într-un context mai degrabă teoretic, care va fi rolul dreptului și al statului de drept într-un mediu juridic în continuă transformare și evoluție.

Până la acest moment, dacă aplicăm prin analogie, extragem elementele utile din cercetările aferente altor ramuri de drept sau, pur și simplu, aplicăm instrumentele specifice altor domenii adiacente, reiese că punctul central al preocupărilor în constituie implicațiile constituționale ale unei noi guvernante care are lua naștere în urma creării unui cadru instituțional extins al dreptului privat european. O atare concluzie se justifică prin faptul că, date fiind, iarăși, specificul și implicațiile socio-economice ale dreptului privat, reglementarea unitară a acestuia, la nivelul întregii Uniuni, constituie un mijloc de constituționalizare a Uniunii Europene, în condițiile în care acest cadru legislativ se va baza pe principiile menționate anterior, ale transparenței, responsabilității și participării.

5. În loc de concluzii

Constatăm că, în ciuda tendințelor declarate de simplificare a dreptului european²², procesul de adoptare concretă a unui cadru comun în materia dreptului civil pentru Uniunea Europeană se dovedește a fi unul excesiv de complicat. Diversitatea factorilor implicați – de natură juridică, economică, politică, istorică ș.a.m.d. – îi oferă domeniului o complexitate aparte, dublată numai de importanța unei atari reglementări pentru destinul statelor-membre și al Uniunii, în ansamblul său. Și aceasta deoarece, după cum am arătat atât la începutul prezentării, cât și la finalul acesteia, se consideră, pe bună dreptate, că adoptarea și recunoașterea existenței unei reglementări unitare în domeniul dreptului privat la nivelul întregii Uniuni Europene nu constituie decât primul pas în direcția adoptării unei constituții, deci se creează, pe această cale, bazele unei statalități europene. Prin urmare, dacă un cod civil este considerat a fi, într-o formulare plastică, „constituția civilă” a unei țări, putem spune că un cod civil european constituie primul pas al unei veritabile constituții pentru Europa.

¹⁹ A se vedea, în acest sens: F.W. Scharpf, *Governance in Europe. Effective and Democratic*, Oxford Scholarship Online, 2011, DOI:10.1093/acprof:oso/9780198295457.001.0001;

²⁰ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 39;

²¹ A se vedea și G.-P. Calliess, P. Zumbansen, *Rough Consensus, Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010;

²² A. Duțu, *Simplificarea Dreptului European al Contractelor. Contractul De Asigurare*, în „Social Science Research Network”, 17 septembrie 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2662041;

ASPECTE ALE EVOLUȚIEI DREPTULUI FAMILIEI DIN EPOCA MARII UNIRI ȘI PÂNĂ ASTĂZI

*Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU**

Abstract: *Like any other area of the law, the evolution of the family law has received the influences which are inherent to the succession of the political regimes in Romania during the last century.*

If we analyze the essential aspects with regard to marriage, the personal rapport and the patrimonial issues, as well as the relationship between the parents and their children, this evolution will reveal on one hand the perpetual importance that the family has in the Romanian society, and on the other hand the way that the social and political conception of every social class have influenced the aforementioned process.

What is important is that Romania's integrity during these times had been the fundament of the homogeneity of the regulations concerning such a sensitive and fundamental area of the Romanian society. These regulations have mostly kept the family's conservative and protective nature as a foundation for the present and future society.

Key Words: *family; evolution; child; matrimonial regimes.*

I. Considerații introductive

Încă de la adoptarea Codului civil din 1864, în dreptul românesc au fost reglementate aspectele esențiale ale vieții de familie, care, de când omnia a ieșit din stadiul primitiv al triburilor constituindu-se în societăți civilizate, a fost în mod constant considerată fundament al societății¹.

Noțiunea de „familie” a fost definită diferit, în funcție de domeniul al cărui obiect de studiu l-a constituit, ea fiind cadrul restrâns al vieții sociale. Din punct de vedere juridic, familia este întemeiată pe căsătoria liber consimțită între soți și pe dreptul și îndatorirea părinților de a asigura creșterea și educarea copiilor lor.²

Căsătoria, ca act constitutiv al familiei, a cunoscut la rândul său o evoluție ce îi determină caracterul în raport cu concepțiile dominante în fiecare societate.

Amprenta concepțiilor care au stat la baza fiecărei etape a evoluției societății se reflectă deosebit de pregnant în raporturile personale dintre soți; de la incapacitatea femeii căsătorite în epoca în care bărbatul, având rolul lui *pater familias*, deținea întreaga putere de decizie și până la emanciparea femeii și egalitatea soților din dreptul actual se întind perioade lungi de timp al marilor schimbări.

Nu mai puțin interesantă și sinuoasă se dovedește evoluția raporturilor patrimoniale dintre soți, trecând prin reglementări diverse, care, nu de puține ori, conduc la dificultăți în gestionarea unor situații patrimoniale.

Raporturile dintre părinți și copii au constituit întotdeauna un centru de interes al dreptului familiei, determinat de nevoia de protecție a copilului, atât în cadrul familiei cât și al întregii societăți.

Având în vedere aceste coordonate, vom încerca să jalonăm câteva caracteristici fundamentale ale evoluției dreptului familiei în reglementările Codului civil de la 1864, Codului familiei și actualului Cod civil.

II. Căsătoria, instituția fundamentală a dreptului familiei

1. Căsătoria în reglementarea Codului civil de la 1864

În economia reglementării Codului civil de la 1864, raporturile de familie se regăsesc în art. 127 – 458 și art. 1223 - 1293, cuprinzând dispoziții referitoare la căsătorie, efectele personale și patrimoniale ale căsătoriei între soți, precum și cele dintre părinți și copiii lor. Este prima reglementare în care căsătoria este laicizată, anterior caracterul său religios fiind conferit de faptul că numai celebrarea de către un ministru al cultului putea să dea persoanelor care se căsătoreau calitatea de soți.³

* Doctor în științe juridice; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice “Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: c_craciunescu@hotmail.com

¹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. All, București, 1998, p. 182; D. Lupașcu, C.-M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 30.

² În acest sens: art. 1 din *Codul familiei*, adoptat prin Legea nr. 4/1954 publicat în M. Of. nr. 1 din 4 ianuarie 1954, modificat și completat prin Legea nr. 4/1956, republicat în B. Of. nr. 13 din 18 aprilie 1956. După republicare, Codul familiei a fost modificat prin mai multe acte normative. Codul familiei a fost abrogat prin art. 230 lit. m) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.; art. 258 din *Codul civil*, 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 (denumit în continuare „Codul civil actual”).

³ Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 185.

Căsătoria este definită în doctrina vremii ca fiind „un contract solemn, prin care bărbatul și femeia stabilesc între ei o uniune sancționată de lege, cu scopul de a trăi împreună”⁴. Deși natura juridică a căsătoriei a generat numeroase controverse, aceasta era considerată contractuală prin esența ei de cea mai mare parte a doctrinei românești antebelice.

Condițiile care trebuiau îndeplinite de cei care doreau să se căsătorească se refereau, în principal, la diferența de sex, vârsta matrimonială (15 ani pentru fete și 18 ani pentru băieți), consimțământul viitorilor soți și al părinților acestora ori tutorelui, în cazul copilului natural, cu filiația nestabilită față de niciunul dintre părinți (în caz de neînțelegeri între părinți, consimțământul tatălui era suficient). Întrucât căsătoria, considerată un contract civil, putea fi încheiată doar cu consimțământul viitorilor soți (părți contractante), în lipsa unei reglementări exprese s-a considerat că nebunul sau alienatul mintal nu se putea căsători decât în cursul intervalelor de luciditate⁵. În ceea ce privește impedimentele la căsătorie, acestea se refereau la starea civilă de persoană căsătorită, termenul de văduvie (10 luni de la desfacerea, încetarea sau anularea căsătoriei precedente), rudenția (inclusiv cea izvorâtă din botez) sau alianța (inclusiv din adopție) și tutela. Un alt impediment la căsătorie îl constituia divorțul anterior între aceleași persoane⁶, soții odată divorțați nemaiputându-se recăsători.⁷

Publicațiile privind proiectul de căsătorie se afișau la ușa primăriei și a bisericii, iar persoanele prevăzute de lege ce aveau cunoștință de existența vreunei piedici la căsătorie puteau face opoziție, care putea fi anulată de tribunal. Celebrarea căsătoriei se făcea de către ofițerul de stare civilă, într-un cadru solemn, în condiții de publicitate.

2. Căsătoria în reglementarea Codului familiei

Intrarea în vigoare a Codului familiei corespundea epocii în care se schimbaseră orânduirea socială, fapt ce a atras după sine reflectarea concepțiilor socialismului în întreaga legislație românească. În acest context, reglementarea căsătoriei cunoștea noi coordonate, prin care laicizarea a devenit deplină, iar rolul statului esențial.

Prin urmare, doctrina românească a renunțat la caracterul contractual al căsătoriei, considerându-se că aceasta este un act juridic condiție, „deoarece părțile pot decide numai ca dispozițiile legale care stabilesc statutul legal al căsătoriei să li se aplice ori nu, fără posibilitatea de a le modifica”⁸.

Noua viziune asupra căsătoriei aduce o liberalizare a raporturilor dintre viitorii soți, desființând o serie de impedimente la căsătorie, respectiv: rudenția prin botez, termenul de văduvie, existența unui divorț pronunțat anterior între aceleași persoane.

De asemenea, în scopul protecției familiei, în condițiile în care vârsta majoratului a coborât de la 21 la 18 ani și pentru bărbați și pentru femei, legiuitorul Codului familiei a crescut vârsta matrimonială a femeii la 16 ani (cu dispensă pentru motive temeinice) și a prevăzut obligația comunicării reciproce de către viitorii soți a stării sănătății lor. De asemenea, a fost oprit expres să se căsătorească „alienatul mintal, debilul mintal, precum și cel lipsit vremelnic de facultățile mintale, cât timp nu are discernământul faptelor sale”⁹.

În privința formalităților încheierii căsătoriei, constatăm o simplificarea acestora, prin publicarea declarației de căsătorie doar la serviciul de stare civilă la care urma să aibă loc încheierea căsătoriei, precum și prin soluționarea opozițiilor la căsătorie de către ofițerul de stare civilă.

3. Căsătoria în reglementarea actualului Cod civil

*Actualul Cod civil nu aduce schimbări esențiale în privința naturii juridice a căsătoriei, care, în doctrina actuală, a conturat mai multe teorii. Dintre acestea, menționăm teoria contractuală – care consideră căsătoria fie un contract civil „sui generis”, fie un act juridic-condiție, fie un act juridic-uniune; teoria instituțională – potrivit căreia căsătoria este o instituție juridică, un statut reglementat de lege și teoria mixtă (contractual-instituțională), dominantă în doctrina juridică occidentală. În opinia noastră, căsătoria este un act juridic sui generis de dreptul familiei, calificare datorată îndeosebi caracterelor sale juridice*¹⁰.

Codul civil actual menține condițiile pentru încheierea căsătoriei prevăzute de Codul familiei, cu posibilitatea încheierii unei convenții matrimoniale ce va fi aplicabilă în timpul căsătoriei, prin care viitorii soți își pot amenaja relațiile patrimoniale dintre ei.

Sub aspectul condițiilor necesar a fi îndeplinite pentru încheierea căsătoriei nu se constată foarte mari diferențe față de Codul familiei. În privința vârstei matrimoniale, egalitarismul societății contemporane a impus egalizarea acesteia la 18 ani, atât pentru bărbați cât și pentru femei, aceasta fiind și vârsta majoratului. Cu toate acestea, se

⁴C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 184. Caracterul contractual al căsătoriei este relevat și de alte definiții date de doctrina epocii, cum ar fi: „un contract între două persoane de sex diferit, încheiat în mod indisolubil, în forma solemnă cerută de lege, cu scop de a crea o stare de familie legitimă”, aparținând lui Matei B. Cantacuzino, regăsită în *Elementele dreptului civil*, Ed. All, București, 1998, p. 657.

⁵Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 187.

⁶Art. 277 Cod civil de la 1864.

⁷Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 198.

⁸I. P. Filipescu, A. P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ediția a VIII-a, Editura Universul Juridic, București, 2006, p. 24.

⁹Art. 9 C. fam.

¹⁰În legătură cu natura juridică a căsătoriei, a se vedea, de exemplu, G. Miruță, *Dreptul familiei*, Ed. „Scrisul Gorjan”, Târgu Jiu, 2002, p. 21 și D. Lupașcu, C.-M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 77.

institue posibilitatea pentru minorul de 16 ani, indiferent de sex, de a obține o dispensă pentru a se căsători, pentru motive temeinice, în temeiul unui aviz medical, cu încuviințarea părinților și autorizarea instanței de tutelă. Observăm o reconsiderare a acordului părinților pentru minorul care dorește să se căsătorească, după ce Codul familiei exclusese această condiție. Alienatul și debilul mintal nu pot încheia căsătorii valabile.

Codul civil prevede, de asemenea, posibilitatea opozițiilor la căsătorie și păstrează competența verificării îndeplinirii condițiilor necesare încheierii acesteia la ofițerul de stare civilă care urmează să o celebreze.

De asemenea, Codul civil actual reglementează cu multă precizie formalitățile de publicitate ale căsătoriei, în vederea asigurării opozabilității față de terți a tuturor efectelor acesteia, necesară pentru siguranța circuitului civil în condițiile pluralității regimurilor matrimoniale.

În prezent, pe plan internațional căsătoria cunoaște o evoluție diferită, în sensul acceptării unor alte forme de parteneriat civil care să o substituie. În viziunea Curții Europene a Drepturilor Omului, noțiunea de viață de familie și-a extins, treptat, conținutul, incluzând și relațiile de familie care există în fapt, ca, de exemplu, în cazul concubinilor¹¹. Este protejată astfel nu numai „familia legitimă” (bazată pe căsătorie), ci și „familia naturală”, inclusiv „familia monoparentală”. În spiritul tradiției și credinței poporului român, Codul civil interzice căsătoria și parteneriatele dintre persoane de același sex, inclusiv în privința recunoașterii celor încheiate de cetățeni români în străinătate.

III. Efectele personale și patrimoniale ale căsătoriei între soți

1. Efectele căsătoriei între soți sub imperiul Codului civil de la 1864

Raporturile din cadrul familiei erau reglementate conform tradiției creștine, în care soții își datorau reciproc credință, sprijin și ajutor. Obligația de credință se referea la fidelitatea pe care și-o datorau soții, sancționată prin adulter, care constituia motiv de divorț. Obligația de sprijin însemna îngrijire trupească și sufletească¹², în timp ce ajutorul era concretizat în obligația de întreținere pe care soții și-o datorau, mai ales atunci când erau separați în fapt.

Totodată bărbatul, care avea rol de șef al familiei și al asociațiunii conjugale îi datora femeii protecție, care, la rândul ei, avea obligația ascultării bărbatului. Prin urmare, prin căsătorie femeia era lovită de o incapacitate specială, care o subordona soțului său și îi afecta puterea de decizie cu privire la actele sale de dispoziție. Chiar dacă deciziile erau luate, de regulă, prin acordul ambilor soți, în caz de neînțelegeri hotărârea bărbatului avea precădere, iar deciziile importante luate de femeie necesitau autorizarea soțului.

Obligația de a locui împreună se concretiza în aceea că femeia îl urma pe bărbat, care, la rândul său, trebuia să îi ofere o locuință potrivită cu nivelul de trai și condiția ei socială.

Această incapacitate a femeii căsătorite se reflecta și în relațiile patrimoniale dintre soți. Regimul matrimonial legal era cel al separației de bunuri¹³, în care fiecare dintre soți păstra administrarea, folosința și dreptul de dispoziție asupra bunurilor sale, în condițiile legii. Bărbatul era obligat să își întrețină soția, care, la rândul ei, trebuia să contribuie cu o parte din veniturile proprii (de regulă, o treime) la sarcinile căsătoriei. Însă, prin contract de căsătorie viitorii soți își puteau alege regimul dotal sau puteau constitui o societate de achiziții. În cadrul regimului dotal, femeia aducea dota constituită de părinții săi, iar soțul o administra. Chiar pentru bunurile parafernale, actele de dispoziție erau încheiate de femeie doar cu autorizarea bărbatului său.

2. Efectele căsătoriei între soți sub imperiul Codului familiei

Intrarea în vigoare a Codului familiei impune egalitatea între soți, atât pe plan personal cât și patrimonial¹⁴.

Prin urmare, în acea epocă soții hotărau de comun acord în tot ce ținea de căsătorie, însă obligațiile personale nu mai erau prevăzute expres de lege, cu excepția celei de a declara numele pe care îl vor purta în timpul căsătoriei. Celelalte aspecte ale relațiilor personale dintre soți s-a considerat că intrau în sfera obligațiilor morale, cum ar fi prietenia și afecțiunea reciprocă.¹⁵

Obligația de coabitare și obligația conjugală¹⁶ erau de esență căsătoriei, conducând la consumarea acesteia. Deși fidelitatea nu era menționată expres de lege, incriminarea adulterului în dreptul penal al vremii indică existența acestei obligații și sub imperiul Codului familiei.

Relațiile patrimoniale dintre soți erau reglementate în spiritul creșterii coeziunii familiale, în condițiile egalității depline dintre soți. Comunitatea de bunuri a soților devine regimul matrimonial legal, unic și obligatoriu, reglementat în mod imperativ de Codul familiei, caracterizat prin caracterul comun în devălmășie al bunurilor dobândite de soți în timpul căsătoriei, cu excepția celor expres prevăzute de lege, care rămăneau bunuri proprii ale soților¹⁷. Dreptul de dispoziție cu privire la bunurile comune aparținea în egală măsură ambilor soți, aceștia având posibilitatea de a se

¹¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 27 octombrie 1994 (Cameră), Seria A nr. 297-C, pronunțată în cauza *Kroon c. Olandei*.

¹² Matei B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 677.

¹³ Art. 1283 Codul civil din 1864.

¹⁴ Art. 25 C. fam.

¹⁵ I. P. Filipescu, A. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 50.

¹⁶ A. Corhan, *Dreptul familiei. Teorie și practică*, Ed. Lumina Lex, București, 2009, p. 93.

¹⁷ Art. 30 și art. 31 C. fam.. Pentru detalii, I. P. Filipescu, A. P. Filipescu, *op. cit.*, pp. 67 și urm.

servi și de prezumția mandatului tacit reciproc al soților, pentru înlesnirea efectuării diferitelor acte de către soți și pentru a conferi certitudine circuitului juridic civil¹⁸. În aceste condiții soții nu mai puteau încheia contracte de căsătorie pentru a-și amenaja relațiile patrimoniale dintre ei. Uniformizarea raporturilor patrimoniale specifice căsătoriei a simplificat foarte mult formele de publicitate și le-a conferit previzibilitate maximă. Totuși, libertatea de decizie a soților în administrarea patrimoniului lor a suferit numeroase constrângeri.

3. Efectele căsătoriei între soți sub imperiul Codului civil actual

Odată cu intrarea în vigoare a Codului civil actual, raporturile personale și patrimoniale dintre soți cunosc reglementări mai ample, care, cel puțin pe plan patrimonial, le asigură o mai mare diversitate de opțiuni.

Pe plan personal, egalitatea soților se păstrează, aceștia decizând împreună în tot ce ține de căsătoria lor. Codul civil prevede expres și o serie de îndatoriri ale soților unul față de celălalt, care țin de dimensiunea morală și socială a familiei. Astfel, soții își datorează reciproc respect, fidelitate și sprijin moral. Ei au obligația de a-și respecta independența individuală¹⁹, prin respectarea libertății corespondenței, a relațiilor sociale și a alegerii profesiei fiecăruia.²⁰

Pe plan material, soții își datorează sprijin material și întreținere în caz de nevoie, chiar dacă principiul independenței lor patrimoniale²¹, reglementat în Codul civil actual, ar putea slăbi coeziunea pe care gospodăria familială o cunoștea sub imperiul Codului familiei. În plus, prin legiferarea obligației soților de a locui împreună și prin protecția locuinței familiei, cu regulile pe care le impune, uneori excesive, legiuitorul a dorit să aducă un plus de stabilitate și coeziune căminului familial. Aceasta coeziune s-a dorit completată prin și dreptul la informare stabilit în beneficiul și fiecăruia dintre soți cu privire la bunurile, datoriile și veniturile celuilalt, chiar dacă apreciem că eficiența acestei prevederi nu este prea mare.

Evident, aceste îndatoriri ale soților existau și anterior în modul de funcționare a oricărei familii, însă nu se regăseau reglementate expres, ele ținând de normalitatea relațiilor specifice de familie.

Gestionarea bunurilor soților cunoaște însă o liberalizare evidentă, prin reglementarea posibilității alegerii regimului matrimonial aplicabil fiecărei căsătorii. Codul civil prevede posibilitatea încheierii unei convenții matrimoniale, care era interzisă în epoca regimului comunist. Alegerea între aplicarea regimului matrimonial al comunității legale sau a unui regim matrimonial convențional dintre cele reglementate de lege aparține soților. Chiar dacă libertatea alegerii regimului matrimonial este limitată la regimurile matrimoniale reglementate, nefiind posibilă combinarea acestora (posibilitate existentă în alte sisteme de drept), progresul legislativ realizat în acest domeniu este unul foarte important. Mai mult decât atât, soții își pot schimba regimul matrimonial adoptat, după trecerea unui an de la încheierea căsătoriei, prin încheierea unei convenții matrimoniale sub forma unui act autentic.

Tot prin actualul Cod civil s-a reglementat posibilitatea încheierii oricăror acte juridice între soți, care cunoștea limitări importante în vechile reglementări. Astfel, vânzarea între soți devine posibilă, iar donațiile între soți sunt revocabile numai pe durata căsătoriei. Soții pot, de asemenea, să-și acorde mandate convenționale pentru exercitarea drepturilor conferite de regimul matrimonial ales.

IV. Efectele personale și patrimoniale ale căsătoriei între părinți și copii

1. Efectele personale și patrimoniale dintre părinți și copii în reglementarea Codului civil de la 1864

În căsătorie, copiii erau întreținuți, crescuți și educați de părinți, tatăl având singur autoritate părintească²². Așadar, tatăl avea puteri depline asupra copilului, dispunând de „mijloace de îndreptare” în cazurile în care avea motive de nemulțumire foarte grave cu privire la comportamentul acestuia. Cea mai dură măsură de îndreptare consta în a cere președintelui tribunalului de district un ordin de arestare, în baza căruia copilul era pus într-o casă de arest pentru o perioadă de până la o lună dacă era mai mic de 16 ani și de până la șase luni dacă depășea această vârstă, pe cheltuiala tatălui, care avea obligația de a-i asigura și alimentele necesare. Mama avea drepturi de corecțiune asupra copiilor săi naturali, recunoscuți conform legii.

Bunurile copilului erau în folosința tatălui în timpul căsătoriei, iar după încetarea acesteia în folosința soțului supraviețuitor, până la împlinirea vârstei de 20 de ani de către copil sau până la emanciparea acestuia. Tatăl posesor avea sarcinile unui uzufructuar. Soțul împotriva căruia s-a pronunțat divorțul sau mama care intra în altă căsătorie nu aveau acest drept de folosință asupra bunurilor copiilor lor. Făceau excepție de la această regulă bunurile copilului dobândite prin munca sa ori prin legat sau prin donație făcută cu condiția expresă ca tatăl și mama să nu se folosească de ea. Tatăl administrează întreaga avere personală a copiilor săi minori asupra căreia nu are drept de folosință, de care dă seama potrivit regulilor aplicabile tutelei²³.

La rândul lor, copiii erau datori să-și întrețină părinții, precum și pe ceilalți descendenți aflați în nevoie.

¹⁸I. P. Filipescu, A. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 146.

¹⁹ Pentru detalii, M. Avram, *Drept civil. Familia*, ediția a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 77.

²⁰ Art. 309 și 310 Cod civil actual.

²¹ E. Florian, *Dreptul familiei*, ed. 5, Ed. C.H.Beck, București, 2016, p. 138..

²² Art. 327 Cod civil de la 1864.

²³ Art. 343 Cod civil de la 1864.

2. Efectele personale și patrimoniale dintre părinți și copii în reglementarea Codului familiei

Codul familiei a prevăzut, inițial, egalitatea deplină a părinților în creșterea și educarea copiilor, de care erau singurii responsabili. De asemenea, părinții aveau obligația de a-și întreține, copiii. Bunurile copiilor erau administrate de părinți.

Ori de câte ori se iveau neînțelegeri între părinți cu privire la exercițiul drepturilor părintești hotărâ autoritatea tutelară, după ce îi asculta pe părinți, potrivit interesului copilului.

Părinții despărțiți aveau obligația să decidă, de comun acord, la care dintre ei locuia copilul, iar în caz de neînțelegere hotărârea aparținea instanței judecătorești, care asculta și punctul de vedere al autorității tutelare.

Cu ocazia divorțului părinților, instanța încredința copilul spre creștere și educare unuia dintre aceștia, care exercita singur drepturile și obligațiile părintești, celălalt având doar posibilitatea să vegheze la modul în care copilul era crescut și educat și obligația de a contribui la cheltuielile privind creșterea, educarea și pregătirea profesională a sa.

Ulterior, dispozițiile Codului familiei au fost completate cu cele ale Legii nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, care a modernizat reglementările în acest domeniu, transpunând în dreptul românesc și dispozițiile tratatelor și convențiilor internaționale privind protecția copilului la care România era parte. Această lege reglementează exhaustiv drepturile copilului și obligațiile corelative ale părinților și organismelor de protecția copilului care au rolul de a asigura respectarea interesului superior al copilului în toate domeniile vieții sociale. Tot prin această lege au fost reglementate măsurile de protecție specială pentru copiii lipsiți de ocrotire părintească. În acest fel, drepturile părintești erau corelate cu atribuțiile tuturor organismelor și instituțiilor responsabile cu asigurarea condițiilor optime de protecție a interesului superior al copilului.

3. Efectele personale și patrimoniale dintre părinți și copii în reglementarea Codului civil actual

În timpul căsătoriei, soții au în continuare toate drepturile și obligațiile părintești, pe care le exercită împreună și în mod egal. Față de terții de bună-credință își găsește aplicabilitate mandatul tacit reciproc cu privire la existența consimțământului părintelui neparticipant la îndeplinirea actelor curente privind exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor părintești.

Domiciliul copilului este părinții săi, care au îndatorirea de a-i oferi condițiile materiale și morale necesare creșterii dezvoltării personalității sale.

Principala schimbare pe care Codul civil actual o aduce cu privire la creșterea și educarea copiilor constă în implicarea ambilor părinți, chiar când aceștia sunt separați în fapt sau divorțați. Soluția legislativă constă în înlocuirea noțiunii de „încredințare spre creștere și educare” a copilului către unul dintre părinți, cu noțiunile de „autoritate părintească” și „locuința copilului”, noțiuni inspirate din dreptul altor state europene și nu numai²⁴.

Este indubitabil faptul că interesul superior al copilului, presupune, de principiu, implicarea ambilor părinți în creșterea și educarea acestuia. Or, stabilirea exercițiului autorității părintești în comun de ambii părinți ca regulă și a exercițiului exclusiv de către unul singur dintre părinți doar cu titlu de excepție schimbă în mod fundamental situația copiilor ai căror părinți sunt separați. În acest sens, dispozițiile Codului civil se completează cu cele ale Legii nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, cu modificările și completările ulterioare, care stabilește o serie de criterii pentru aprecierea situațiilor în care interesul superior al copilului necesită înlăturarea unuia dintre părinți de la exercițiul autorității părintești.²⁵

Cât timp cei doi părinți căsătoriți locuiesc împreună, copilul este crescut și îngrijit în mediul familial și ambii soți își exercită autoritatea părintească în privința acestuia în mod egal. Dacă părinții sunt separați și nu se înțeleg cu privire la locuința copilului, prin hotărârea de divorț sau prin hotărâre pronunțată la cererea unuia dintre părinți, a copilului sau a altui membru al familiei, a organismelor de protecție a copilului sau a procurorului, aceasta este stabilită de instanța de tutelă și familie la părintele cu care acesta locuiește în mod statornic sau la unul dintre părinți, ținând cont de interesul său superior.²⁶ Codul civil român nu a îmbrățișat soluția adoptată de tot mai multe sisteme de drept, a locuinței partajate, în care copilul să petreacă intervale egale sau cât mai mari de timp la fiecare dintre părinți, acordând prioritate stabilității mediului în care copilul locuiește. Aceasta nu exclude posibilitatea părinților ca, prin înțelegerea lor, să dea posibilitatea copilului să petreacă timp cât mai mult și cu părintele la care nu locuiește, prin relații personale cât mai extinse cu acesta din urmă. În cazuri excepționale, când niciunul dintre părinți nu poate exercita autoritatea părintească sau nu poate asigura locuința copilului, instanța poate stabili locuința acestuia la alte persoane, cu delegarea unor drepturi și îndatoriri părintești care privesc persoana copilului.

La stabilirea locuinței copilului, instanța va aprecia interesul superior al copilului în funcție de posibilitățile fiecăruia dintre părinți de a-i oferi condițiile materiale, afective și morale cele mai bune, precum și de disponibilitatea și abilitățile parentale ale fiecăruia dintre aceștia.

Tot în cazul existenței neînțelegerilor între părinți, instanța de tutelă stabilește și modalitățile de realizare a relațiilor personale între copil și părintele cu care acesta nu locuiește sau cu alte persoane față de care el a dezvoltat

²⁴ În acest sens: art. 371 și urm. Cod civil francez; art. 296 și urm. Cod civil elvețian.

²⁵ Art. 36 (7) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului.

²⁶ Art. 400 Cod civil.

relații de atașament²⁷. Modalitățile în care se pot desfășura aceste relații personale sunt diverse, acestea putând fi adaptate interesului superior al copilului, care trebuie să fie protejat în orice situație.²⁸

V. Considerații finale

De-a lungul timpului constatăm că reglementarea instituției căsătoriei și a relațiilor de familie cunoaște o evoluție sinuoasă, care se pliază, indubitabil, pe concepțiile și ideologia specifice fiecărei orânduiri sociale pe care o traversează, înscriindu-se, totodată, într-un context european și internațional ale cărui influențe se resimt întotdeauna, chiar dacă nu cu o intensitate constantă.

Evoluția relațiilor de căsătorie, de la autoritatea familiei tradiționale bazată pe respect și autoritatea tatălui, care organiza viața și viitorul copiilor în spiritul valorilor creștine, până la libertatea individuală și egocentristă din lumea actuală, societatea românească a traversat epoca în care concepțiile egalitariste proprii comunismului și-au lăsat o amprentă foarte pregnantă în dreptul nostru.

Constatăm, în acest sens, o abordare tot mai puțin responsabilă a căsătoriei, nu doar sub aspectul creșterii proporției concubinajelor și al uniunilor libere în raport cu căsătoriile, dar și prin faptul că soții pot, cu mare ușurință, să se căsătorească și să divorțeze între ei de câte ori doresc.

Pe planul relațiilor personale, reglementarea Codului familiei aduce o aplatizare a raporturilor dintre soți și dintre părinți și copii. Înlăturarea oricărei ierarhii și egalizarea puterii de decizie între ambii soți, progres datorat emancipării femeii, conduce la necesitatea înțelegerii soților cu privire la toate problemele căsătoriei de pe poziții egale. În dreptul actual al familiei, în care problematica relațiilor dintre soți și dintre aceștia și copiii lor cunoaște o diversificare fără precedent, constatăm o sporire a rolului decizional al instanței de tutelă și familie în soluționarea diferendelor ivite în acest context.

Cu privire la evoluția relațiilor patrimoniale dintre soți, putem constata că, de la modelul arhaic tradițional al familiei conduse de un *pater familias* cu drepturi de decizie foarte extinse în privința gestionării patrimoniului familiei, dar care oferea și posibilitatea opțiunilor diferite cu privire la regimul matrimonial aplicabil fiecărei căsătorii, prin încheierea contractului de căsătorie, perioada comunistă aduce o abordare a supremației legii, care impune o reglementare imperativă și egalitaristă, fără nuanțări și fără respectul opțiunilor și intereselor individuale ale soților. Singura organizare patrimonială a familiei, comunitatea de bunuri a soților, transpunea în fapt ideologia egalitaristă și uniformizantă a epocii.

Intrarea în vigoare a Codului civil actual aduce o liberalizare a relațiilor patrimoniale dintre soți, foarte necesară în contextul relațiilor economice și sociale specifice societății contemporane.

Pe planul relațiilor dintre soți și copiii lor, de la puterea părintească aparținând tatălui în epoca vechiului Cod civil, s-a progresat la egalitatea părinților în domeniul creșterii și educării copiilor, sub imperiul Codului familiei. Comunitatea locală era cea care se implica în rezolvarea diferendelor dintre soți, cu privire la exercitarea drepturilor și obligațiilor părintești, atunci când se iveau.

În epoca actuală, deși părinților le revine în continuare autoritatea părintească, atât în privința drepturilor cât și în cea a obligațiilor părintești, implicarea organismelor pentru protecția copilului și a instanței de tutelă în soluționarea oricăror neînțelegeri între părinți, în controlul respectării drepturilor copilului și în scopul protecției acestuia din urmă devine tot mai pregnantă. În acest mod, intruziunea statului în viața familiilor devine tot mai evidentă.

Dincolo de orice evoluție a familiei, fundamentale rămân valorile pe care soții se întemeiază, respectiv „pe iubire și dăruire jertfelnică, pe moralitatea fiecăruia dintre ei, aceasta făcând posibilă înțelegerea deplină a rolului fiecăruia în unitatea familiei prin respectarea normelor religios-morale, o căsătorie cu adevărat fericită netrebuind să fie judecată după bogăție sau frumusețe, ci după virtute”²⁹.

²⁷ În acest sens, în art. 18 al Legii nr. 272/2004 sunt enumerate exemplificativ modalitățile în care pot fi dispuse relațiile personale dintre copil și părintele cu care acesta nu locuiește.

²⁸ Cu privire la modalitățile de realizare a relațiilor personale dintre părinte și copil, a se vedea art. 18 din Legea nr. 272/2004.

²⁹ I. N. Gheberta, *Nulitatea căsătoriei în dreptul român și comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 15.

ACCEPȚIUNILE NOȚIUNII DE FAMILIE DIN ANUL 1918 ȘI PÂNĂ ÎN PREZENT

Mihaela-Gabriela BERINDEI*

Résumé : Dans le contexte de l'anniversaire du centenaire de la Grande Union, nous avons proposé d'analyser les acceptations de la notion de famille à partir du sens sociologique et étymologique du mot, mais aussi d'un point de vue juridique, dès les premiers actes normatifs qui ont marqué leur empreintes sur les relations familiales à travers notre pays dans le siècle qui a suivi l'année mémorable de 1918.

Mots clés: familie, mariage, familie de fait, familie de droit, centenar.

De-a lungul timpului, familia a fost privită din punct de vedere sociologic, juridic dar și moral-creștin cu o importanță deosebită, deoarece relațiile de familie au un caracter complex, pe care nu îl regăsim la alt tip de relații sociale. J.J. Rousseau afirmă că: „Familia este cea mai veche dintre toate societățile și singura naturală”. Așadar, trebuie să îi recunoaștem familiei și caracterul istoric – fiind un fenomen social – ea se dezvoltă odată cu dezvoltarea societății și se modifică în raport de aceasta. Familia, ca fenomen social, reprezintă o formă de relații sociale dintre oameni legați între ei prin căsătorie sau rudenie, care trăiesc după anumite obiceiuri, tradiții sau reguli. Familia, formă istorică de comunitate umană, este un fenomen complex al cărui conținut este dat de ansamblul de relații natural-biologice și sociale, de funcțiile sale de perpetuare a speciei umane, economice, pedagogic-educative și de solidaritate familială. În aceste funcții se reflectă cel mai pregnant grija familiei și a societății pentru om, pentru împlinirea lui la nivelul cerințelor mereu mai exigente ale societății¹.

Definirea exactă a noțiunii de familie ridică dificultăți determinate, în primul rând, de faptul că ea constituie obiect de cercetare pentru multiple științe ca: sociologia, dreptul, psihologia, medicina, științele istorice, iar în al doilea rând, pentru că legiuitorul este inconsecvent, dând accepțiuni diferite – în diverse acte normative – noțiunii de „familie”². Astfel, în diferite legi speciale, aceasta primește accepțiuni mai largi.

Din punct de vedere lingvistic, termenul de familie provine din latinescul „familia”, care provine de la „famulus” – sclav de casă, servitor, ceea ce desemnează ansamblul sclavilor și al servitorilor ce trăiau sub același acoperiș, iar, mai apoi, casa în întregime: stăpânul, soția, copiii și servitorii. Prin extensie de sens, familia a ajuns să cuprindă „agnati” – rudele pe linie paternă și „cognati” – rudele pe linie maternă și să devină sinonimă cu „gens” – comunitate formată din toate rudele de sânge în limbajul curent, dar și în cel juridic³.

Din punct de vedere terminologic, dicționarul juridic definește familia ca fiind „un grup de persoane legate între ele prin căsătorie sau rudenie. Ea este formată din soți și copiii lor, părinții soților, precum și din alte persoane cu care se află în relații de rudenie”. De asemenea, dicționarul UNESCO înțelege prin familie „forma de comunitate umană întemeiată prin căsătorie, care unește pe soți și pe descendenții acestora prin relații strânse de ordin biologic, economic, psihologic și spiritual”.

Termenul de familie este definit mai ales prin modul de organizare și evoluție a ființelor umane în societate încă de la începutul istoriei umanității. În trecut, familia era proprietatea bărbatului (pater familias), astfel că soția, copiii, sclavii, împreună cu tot avutul, aparțineau bărbatului. Între aceștia nu existau relații familiale, ci familia era considerată o proprietate subordonată a tatălui, care era stăpân absolut al membrilor familiei sale și al produsului muncii. Acesta avea drept de viață și de moarte asupra lor, în virtutea autorității paterne, precum și puteri discreționare atât asupra persoanelor de sub autoritatea sa, cât și asupra patrimoniului comun.

Familia este o realitate biologică prin unirea dintre bărbat și femeie și procreație. Luând naștere prin căsătorie, familia începe prin a fi formată din soți. Din familie fac parte soții, părinții și copiii, precum și alte persoane între care există relații de rudenie. Și soții singuri, fără copii, formează o familie. În anii 1900, Mary Richmond, pionier american în domeniul social, angajată în cadrul primei organizații de caritate din Statele Unite, a dat o definiție interesantă familiei, în condițiile în care societatea din zilele noastre a pierdut din semnificația cuvântului „familie”, și anume: „Familia este alcătuită din toți cei care împart aceeași masă”⁴.

Privită sub aspect sociologic, familia poate fi definită ca o formă specifică de comunitate umană, compusă dintr-un grup de persoane unite prin căsătorie, filiație sau rudenie, care se caracterizează prin viața în comun, susținere și întraajutorare. Astfel, se desprind, din punct de vedere sociologic, aspecte morale, fiziologice, psihologice și economice – trăsături caracteristice distincte față de alte categorii de comunități umane. O familie reprezintă un grup

* Cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Academia Română; e-mail: mihaela.berindei@yahoo.com

¹ I. Dogaru, *Întreținerea. Drept și obligație legală*, Editura Scrisul Românesc, Craiova, 1978.

² A. Bacaci, C. Hageanu, V. Dumitrache, *Dreptul familiei*, Editura All Beck, București, 2009, p.1.

³ B.D. Moloman, *Căsătoria civilă și religioasă în dreptul român*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p.13.

⁴ G. Neamțu (coord), *Tratat de asistență socială*, Iași, Editura Polirom, 2003, p. 669.

de persoane care trăiește după anumite obiceiuri, tradiții, reguli, care creează o atmosferă de comunitate. În chip firesc, familia trebuie să îndeplinească toate funcțiile care îi sunt proprii, atât cele sociale, cât și cele biologice.

Una dintre funcțiile familiei este aceea de procreație, de reproducere în vederea înmulțirii speciei umane, fără de care societatea nu ar mai putea exista. Această funcție biologică este controversată, pe de o parte, deoarece ea depinde de fecunditatea soției și a bărbatului, iar, pe de altă parte, pentru că, în prezent există și alte moduri de perpetuare a speciei, cum ar fi cel de reproducere asistată cu terț donator. Totodată, o familie ori o persoană singură poate adopta copii, înlocuind, astfel, capacitatea de reproducere naturală cu o operațiune juridică prin care se creează legătura de filiație între adoptator și adoptat, precum și legături de rudenie între adoptat și rudele adoptatorului.

Privită sub aspect **moral-creștin**, familia este o instituție de origine divină, stabilită chiar de la Creație. Fiind instituită de Dumnezeu, familia are un caracter sacru, fiind pus în evidență de trăsături specifice: iubire desăvârșită, comuniune, unitate și egalitate între membrii acesteia. Principalele caracteristici ale familiei, din acest punct de vedere, sunt unitatea și indisolubilitatea. Unii autori⁵ au susținut că în familie se desprind disciplina și spiritul de inițiativă și se cultivă sentimentul demnității, iubirii, al respectului și ajutorului, sentimentul de sacrificiu și de dăruire pentru semenii noștri. Tradiția creștin-ortodoxă, transmisă din generație în generație, revendică familia ca fiind leagănul evoluției civilizației, entitatea primară care dă conținut configurării sociale, oricât de evoluată sau complicată ar fi aceasta. Orice societate care se respectă își face din familie elementul definitoriu al întemeierii și evoluției ei. Ca leagăn al vieții și civilizației, mediul cel mai prielnic și propriu al dezvoltării umane personale și comunitare, familia a suferit numeroase transformări și alterări. Familia tradițională, având la baza întemeierii și existenței ei repere spirituale înalte, respectul și prețuirea, dragostea și dăruirea, pare astăzi ceva desuet pentru mulți tineri care preferă o relație „deschisă”, lipsită de prejudecăți și constrângeri, de responsabilități materiale și obligații morale. Căsătoriile par a se întemeia tot mai rar și tot mai târziu⁶.

O frumoasă descriere a relațiilor de familie o regăsim în **Codul Calimach**, la art. 63: „Legăturile familiei se alcătuiesc prin căsătoreasca tocmeală, prin care două persoane, partea bărbătească și partea femească, arată cu un chip legiuit a lor voință și hotărâre de a vieții într-o legiuită însoțire, cu dragoste, cu frica lui Dumnezeu, și cu cinste, într-o tovarășie nedespărțită, de a naște prunci, a-i crește și a se ajuta între ei după putință la toate întâmplările”. Această definiție, după Dimitrie Alexandresco⁷, este mult mai morală decât cea prevăzută de **Codul Caragea**, și care sună în termenii următori: „Nunta este tocmeala unirii bărbatului cu femeia spre facerea de prunci”⁸, despre care același autor susține că „este brutală și din cele mai greșite, pentru că procrearea copiilor nu este singurul scop al ei 100 de ani Privită sub aspect **juridic**, familia desemnează grupul de persoane între care există drepturi și obligații ce

Privită sub aspect **juridic**, familia desemnează grupul de persoane între care există drepturi și obligații ce izvorăsc din căsătorie, rudenie (inclusiv adopție), precum și din alte raporturi asimilate relațiilor de familie⁹. Aceste dispoziții se desprind din ansamblul reglementărilor în vigoare privind familia. În acest sens, prevederile legii noastre fundamentale exprimă tocmai această realitate, asigurând protecție instituției juridice analizate, respectiv **familiei**.

Astfel, **Constituția României**¹⁰ prevede, la art. 48, că: „Familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți, pe egalitatea acestora și pe dreptul și îndatorirea părinților de a asigura creșterea, educația și instruirea copiilor”. Totodată, **Codul civil**, preluând aproape în întregime reglementarea din textul Constituției, prevede, la art. 258 alin. (1) că: „Familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți, pe egalitatea acestora, precum și pe dreptul și îndatorirea părinților de a asigura creșterea și educarea copiilor lor”, iar la alin. (2), că: „**Bărbatul și femeia** au dreptul de a se căsători în scopul de a întemeia o familie” (subl.ns.). Alin. (4) al aceluiași articol prevede că: „În sensul prezentului cod, prin soți se înțelege bărbatul și femeia uniți prin căsătorie”.

Observăm că diferențierea sexuală este subliniată și prin art. 259 alin. (1) din Codul civil, care prevede: „Căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie, încheiată în condițiile legii”. Mai mult decât atât, pe lângă aceste prevederi imperative, legiuitorul român a considerat necesar să prevadă și câteva interdicții cu privire la căsătorie, care sunt deopotrivă aplicabile și în cazul logodnei. Astfel, art. 277 alin. (1) din Codul civil prevede că: „Este interzisă căsătoria dintre persoane de același sex”, iar la alin. (2): „Căsătoriile dintre persoane de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România”. De asemenea, la alin. (3) al aceluiași articol, Codul civil prevede că: „Parteneriatele civile dintre persoane de sex opus sau de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt

⁵ D. Stăniloae, *Teologia dogmatică ortodoxă*, vol. III, București, 1978, p. 180.

⁶ I.C. Teșu, *Familia contemporană, între ideal și criză*, Editura Doxologia, Iași, 2011.

⁷ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, Dreptul civil român în comparație cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Tomul I, Titlul preliminar, Persoanele și familia (I), exemplarul 121, ediție anastasică, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 534.

⁸ Codul Caragea, art. 1, partea a III-a, Cap. XVI.

⁹ D. Lupașcu, *Dreptul familiei*, Editura Rosetti, București, 2005, p. 7.

¹⁰ Constituția României din anul 1991 a fost modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr. 429 din anul 2003 și a intrat în vigoare la data de 29 octombrie 2003.

recunoscute în România”. În astfel de cazuri se invocă excepția de ordine publică în dreptul internațional privat român¹¹.

Prin aceste prevederi, reluate și în capitolele referitoare la căsătorie, adopție și reproducere umană asistată medical cu terț donator, se stabilește *expressis verbis* că în sistemul nostru juridic nu se recunosc căsătoriile și parteneriatele între persoane de același sex¹². Unii autori¹³ consideră că, în același timp, s-a pus capăt controverselor doctrinare, respectiv au rămas fără obiect susținerile că, întrucât legea nu interzice expres aceste căsătorii, ele ar fi permise.

Din analiza dispozițiilor care reglementează relațiile de familie, se desprind principiile generale ale dreptului familiei, a căror cunoaștere permite stabilirea soluției în acele materii în care legislația nu este suficient de clară sau nu conține nici o reglementare, precum și determinarea măsurii în care dreptul familiei se completează cu dreptul civil. Dintre principiile generale ale dreptului familiei, un loc aparte îl ocupă și **principiul interzicerii căsătoriei și logodnei dintre persoanele de același sex**.

În plan internațional, familia și, în special, căsătoria, cunoaște o evoluție diferită.

Gerard Cornu¹⁴, în *Vocabulaire Juridique*, definește familia abordând o clasificare amplă, care cuprinde, între altele, **familia conjugală, nucleară**, care este formată din părinți și copiii lor minori care conviețuiesc cu ei, dar și **familia de fapt**, desemnată dintr-un grup constituit de un individ și persoanele pe care are obligația să le întrețină, **familia biologică** sau **de origine** care, prin opoziție cu **familia adoptivă**, este cea formată prin legături de sânge, căreia îi aparține copilul înainte de a fi adoptat, precum și **familia legitimă**, care desemnează fie cei doi soți, fie părinții și copiii lor, fie ansamblul rudelor legitime dar și **familia naturală**, care nu a fost fondată pe căsătorie, dar este constatată juridic prin fapte biologice, cum ar fi procreția, sau descendența dintr-un autor comun. De asemenea, familia naturală, după G. Cornu, mai poate fi constituită fie din menajul **de fapt** (concubinii), fie din părinți naturali și copilul lor natural, fie din ansamblul rudelor naturale. În opinia acestuia, și copiii singuri, descendenți direct dintr-o mamă de familie numeroasă, reprezintă **o familie**.

Există, însă, și situația în care, deși încetează relațiile de fapt (în sens sociologic), **relațiile de familie** care cuprind, în accepțiunea juridică, unele drepturi și obligații, **subzistă**. Este cazul desfacerii căsătoriei dintre soți, cu privire la obligația de întreținere, numele de familie sau bunurile comune care nu au fost împărțite cu ocazia divorțului. De aceea, credem că este necesar să facem **distincția** între raporturile de familie factice, sociologice, și cele juridice, existența unora, neînsemnând, automat, și prezența celorlalte.

Codul civil de la 1864 a reglementat încă de la adoptare aspectele esențiale ale vieții de familie, cuprinzând dispoziții referitoare la căsătorie, efectele personale și patrimoniale ale căsătoriei dintre soți, precum și cele dintre părinți și copiii lor. În Codul civil de la 1864 căsătoria devine dintr-un contract religios, un contract pur civil¹⁵, solemn, putând fi încheiată doar cu consimțământul viitorilor soți și cu îndeplinirea anumitor condiții de formă și de fond. Caracterul contractual al căsătoriei este consacrat de doctrină¹⁶, concomitent cu reglementarea legislativă, prin definiții de genul: „Căsătoria este un contract între două persoane de sex diferit, încheiat în mod indisolubil, în forma solemnă cerută de lege, cu scop de a crea o stare de familie legitimă”.

Primul act normativ cu referiri la înțelesul noțiunii de familie, adoptat după Marea Unire, a fost **Constituția României din anul 1923**, promulgată de Regele Ferdinand I. Aceasta a consfințit realizarea României Mari și a contribuit la consolidarea Marii Uniri, creând cadrul democratic al vieții politice din România, până când a fost adoptată Constituția din anul 1938. De aceea, a mai fost numită și Constituția unificării. Deși în conținutul acesteia nu regăsim reglementări exprese privitoare la noțiunea de „familie”, totuși principiul egalității între femei și bărbați era garantat prin Constituție, care la art. 6 alin. (2) prevedea că: „...Drepturile civile ale femeilor se vor stabili pe baza deplinei egalități a celor două sexe”. Totodată, la art. 7 alin. (4) erau referiri la membrii de familie ai cetățenilor străini, în ceea ce privește naturalizarea lor: „...Soția și copiii minori profită de naturalizarea soțului sau tatălui...”.

Ulteriora fost adoptat **Codul familiei**, prin Legea nr. 4 din 1953, care a intrat în vigoare în anul 1954, în cadrul căruia familia desemnează fie pe soți, fie pe aceștia și copiii lor, fie pe toți cei care se găsesc în relații de familie care izvorăsc din căsătorie, rudenie, adopție și relațiile asimilate, sub anumite aspecte, cu cele de familie. Potrivit doctrinei¹⁷ din vremea respectivă, se renunță la caracterul contractual al căsătoriei, considerându-se că aceasta este „un act juridic condiție, deoarece părțile pot decide numai ca dispozițiile legale care stabilesc statutul legal al căsătoriei să li se aplice ori nu, fără posibilitatea de a le modifica”. Codul familiei a crescut vârsta matrimonială a femeii de la 15 la 16 ani, iar vârsta majoratului a scăzut de la 21 la 18 ani, atât pentru bărbați, cât și pentru femei. De asemenea, s-au

¹¹ D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, emendată și actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 13.

¹² Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei*, Curs universitar, Ediția a 6-a, Editura C.H. Beck, București, 2009, pp. 1-2, nota de subsol 3.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, QUADRIGE/PUF, Paris, 2008, p. 401.

¹⁵ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 536.

¹⁶ M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Editura All, București, 1998, p. 657.

¹⁷ I.P. Filipescu, A.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ediția a VIII-a, Editura Universul Juridic, București, 2006, p. 24.

desființat o serie de impedimente la căsătorie care erau prevăzute în Codul civil de la 1864 și anume: existența unui divorț pronunțat anterior pentru aceleași persoane, rudenția prin botez și termenul de văduvie.

După Constituția din 1923 și Codul familiei, au existat mai multe legi speciale cu referire la relațiile de familie. Astfel, **Legea nr. 319/1944 privind dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor**, în prezent abrogată, a stabilit o sferă largă a moștenitorilor legali, care cuprindea descendenții, ascendenții, rudele în linie colaterală până la gradul al patrulea inclusiv, precum și soțul supraviețuitor. Prin Decretul nr. 212/1974, România a ratificat **Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale**, adoptat de Adunarea generală a Națiunilor Unite la data de 16 decembrie 1966, care recunoștea, la articolul 10, că: „O ocrotire și o asistență cât mai largă cu putință trebuie acordată familiei, elementul natural și fundamental al societății, în special pentru întemeierea sa și în răstimpul cât are responsabilitatea întreținerii și educării copiilor care sunt în sarcina sa”.

Unele legi speciale au prevăzut dispoziții comune privitoare la înțelesul noțiunii de familie, care se rezumau strict la enumerarea reglementată de Codul civil de la 1864, și anume: soții și copiii lor necăsătoriți, dacă gospodăresc împreună cu părinții lor (cum ar fi Legea 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor, în prezent abrogată, și Legea fondului funciar nr. 18/1991). Altele, dimpotrivă, au extins noțiunea de familie la soți și copii, dar și la **părinții soților** care locuiesc și gospodăresc împreună cu aceștia, sau sunt aflați în întreținerea legală a acestora. Exemplificăm aici: Legea locuinței nr. 114/1994 și Legea nr. 80/1995 privind statutul cadrelor militare¹⁸. Totodată, Legea nr. 119/1997 privind alocația suplimentară pentru familiile cu copii prevede la art. 2 alin. (1) că: „În sensul prezentei legi, prin familie se înțelege: a) soțul, soția și copiii lor sau ai oricăruia dintre ei, având domiciliul comun; b) persoana singură, necăsătorită, văduvă sau divorțată și copiii acesteia cu care domiciliază și care se află în întreținerea sa”, iar la alin. (2), că: „Sunt considerați ca făcând parte din familie și copiii adoptați, copiii aflați în plasament familial sau încredințați familiei definite la alin. (1), potrivit legii”.

De asemenea, OUG nr. 105/2003 privind alocația familială complementară și alocația de susținere pentru familia monoparentală prevede, la art. 1, că „beneficiază de alocația familială complementară familiile formate din soț, soție și copiii în vârstă de până la 18 ani aflați în întreținerea acestora, care locuiesc împreună”, iar la art. 5 prevede că „beneficiază de alocație de susținere familiile formate din **persoana singură** și copiii în vârstă de până la 18 ani aflați în întreținere și care locuiesc împreună cu aceasta”, ultimele fiind denumite **familii monoparentale**. Prin art. 10, copiii adoptați, încredințați sau aflați în plasament familial ori pentru care s-a instituit tutela, potrivit legi, reprezintă persoanele considerate ca făcând parte din familia definită la art. 1 și 5.

Cât privește Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, aceasta definește termenii și expresiile de mai jos astfel: **familie adoptatoare** – soțul și soția care au adoptat sau doresc să adopte, în condițiile prezentei legi; **familie** – părinții și copiii aflați în întreținerea acestora; **familie extinsă** – rudele copilului până la gradul al patrulea inclusiv; **familie substitutivă** – persoanele, altele decât cele care aparțin familiei extinse, care, în condițiile legii, asigură creșterea și îngrijirea copilului. Considerăm că această lege consacră 4 tipuri de familie, și anume: **familia simplă, familia extinsă, familia adoptatoare și familia substitutivă**.

Explicații ale termenului de familie le regăsim și în **Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului**, care prevede, la art. 4, că: „În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarea semnificație: ...b) **familie** – părinții și copiii acestora; c) **familie extinsă** – copilul, părinții și rudele acestuia până la gradul IV inclusiv; d) **familie substitutivă** – persoanele, altele decât cele care aparțin familiei extinse, inclusiv afinii până la gradul IV și asistenții maternali care, în condițiile legii, asigură creșterea și îngrijirea copilului. Așadar, Legea nr. 272/2004 face o clasificare a noțiunii de familie în trei categorii: **familia, familia extinsă și familia substitutivă**.

De asemenea, **OUG nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă** prevede, la art. 5 alin. (1), că: „... prin familie se înțelege soțul/soția, copiii sau **alți descendenți** în linie dreaptă în vârstă de până la 18 ani aflați în întreținerea solicitantului, precum și copiii sau alți descendenți în linie dreaptă în vârstă de peste 18 ani, dar nu mai mult de 26 de ani, dacă se află în continuarea studiilor și în întreținerea solicitantului” (subl.ns.). Observăm astfel, cum, nu doar copiii, ci și **alți descendenți** în linie dreaptă (cum este cazul nepoților sau al strănepoților) sunt considerați membri de familie în contextul legii menționate.

Într-un mod cu totul deosebit ne-a atras atenția **Legea nr. 277 din anul 2010 privind alocația pentru susținerea familiei**, care definește familia prin art. 2 alin. (1) ca fiind formată din soț, soție și copiii aflați în întreținerea acestora, care locuiesc împreună, iar apoi observăm cum condiția căsătoriei nu mai este susținută în art. (2) alin. (3), care prevede că: „Se consideră familie... și **bărbatul și femeia necăsătoriți**, cu copiii lor și ai fiecăruia dintre ei, care locuiesc și gospodăresc împreună...”.

În spiritul protejării drepturilor familiei, la art. 2 alin. (2) al Legii pentru susținerea familiei, regăsim, de asemenea, și definiția **familiei monoparentale**. Legiuitorul a considerat că o familie poate fi formată și dintr-o persoană singură și copiii aflați în întreținerea acesteia și care locuiesc împreună cu aceasta. În sensul acestei legi, la

¹⁸ Tot astfel, ne-am putea referi la o lege în prezent abrogată: *Legea nr. 5/1973 privind administrarea fondului locativ și reglementarea raporturilor dintre proprietari și chiriași*.

art. 4 alin. (1) sunt considerați ca făcând parte din familia definită la articolul 2 și copiii încredințați în vederea adopției, cei aflați în plasament la o persoană sau familie ori pentru care s-a instituit tutela, potrivit legii.

În final, semnificația termenului de „familie” o regăsim și în **Legea 196/2016 privind venitul minim de incluziune** care prevede, la art. 6 alin. (1) lit. b), că persoanele aflate în una dintre următoarele situații constituie o familie:

1. soț și soție, căsătoriți în condițiile legii, care locuiesc împreună;
2. soț și soție cu copiii lor necăsătoriți, aflați în întreținere cu vârsta de până la 18 ani sau de până la 26 de ani pentru cei care urmează o formă de învățământ - cursuri de zi, organizată potrivit legii, cu domiciliul ori reședința comună înscrisă în actele de identitate și care locuiesc împreună;
3. bărbatul și femeia necăsătoriți care trăiesc și locuiesc împreună...;
4. bărbatul și femeia necăsătoriți care trăiesc și locuiesc împreună, cu copiii lor necăsătoriți și/sau ai fiecăruia dintre ei, având vârsta de până la 18 ani sau de până la 26 de ani dacă urmează o formă de învățământ - cursuri de zi, organizată potrivit legii, care locuiesc împreună...;
5. frații fără copii, care gospodăresc împreună și au domiciliul sau reședința comună, separat de domiciliul ori reședința părinților;
6. părintele/părinții care locuiește/locuiesc cu copiii lui/lor necăsătoriți aflați în întreținere, cu vârsta de peste 18 ani și care au certificat de persoană încadrată într-un grad de handicap/dizabilitate accentuat/ă sau grav/ă”.

De asemenea, la articolul 6 la alin. (3) din legea analizată este prevăzut faptul că: „În înțelesul prezentei legi, **persoana singură** ..., în calitatea sa de beneficiar al venitului minim de incluziune, **se consideră membru de familie**”. În acest sens, alineatul (1) al art. 6, la litera a) prevede că o „**persoană singură** este persoana aflată în una dintre următoarele situații:

1. persoana care a împlinit vârsta de 18 ani, locuiește singură și nu se mai află în întreținerea părinților, precum și persoana cu vârsta cuprinsă între 16 și 18 ani, care locuiește și se gospodărește singură și are capacitate de exercițiu anticipată, potrivit prevederilor art. 40 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare;
2. persoana cu vârsta de peste 18 ani care locuiește împreună cu părinții săi sau cu alte persoane singure ori familii și care obține/nu obține propriile venituri din salarii și/sau alte activități;
3. fiecare soț, în cazul soților despărțiți în fapt cu domiciliu diferite...”.

Aceeași lege definește și semnificația noțiunii de **familie monoparentală** la art. 6 alin. (1) lit. c), ca fiind „familia formată din persoana singură și copilul/copiii aflați în întreținere, în vârstă de până la 18 ani sau de până la 26 de ani pentru cei care urmează o formă de învățământ - cursuri de zi, organizată potrivit legii, și care locuiesc și gospodăresc împreună”, iar în continuare, este definită noțiunea de **familii separate**, în cuprinsul articolului 6 alin. (2), care prevede că: „Părinții și copiii lor necăsătoriți în vârstă de peste 18 ani care nu frecventează o formă de învățământ organizată potrivit legii sau părinții și copiii lor necăsătoriți în vârstă de peste 26 de ani care frecventează o formă de învățământ organizată conform legii, care locuiesc și/sau gospodăresc împreună, constituie **familii separate**” (subl.ns.).

Dintr-o altă perspectivă este privită noțiunea de familie în contextul dispozițiilor reglementate de **Codul penal**, fiind incluse toate persoanele între care există obligația legală de întreținere. Astfel, legiuitorul a avut în vedere într-un sens larg familia în dispozițiile art. 177 alin. (1) Cod penal, care prevede că: „Prin membru de familie se înțelege: a) ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel de rude; b) soțul; c) persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți sau dintre părinți și copii, în cazul în care conviețuiesc”. Această prevedere indică două categorii de persoane care compun conceptul de „membru de familie”, și anume: membrii propriu-ziși ai unei familii - art. 177 alin. (1) lit.a și lit.b) - și persoanele asimilate acestora - art. 177 alin. (1) lit.c).

De la extinderea noțiunii de familie din reglementările cuprinse în dreptul penal, ne-a atras atenția o decizie a Curții Constituționale prin care se cere recunoașterea dreptului de a refuza să dea declarații în calitate de martor persoanelor care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți. Dispozițiile art. 117 alin. (1) lit. a) și lit. b) din Codul de procedură penală reglementează dreptul de refuz al audierii în calitate de martor pentru următoarele categorii de persoane: soțul, ascendenții și descendenții în linie directă, precum și frații și surorile suspectului sau inculpatului, respectiv persoanele care au avut calitatea de soț al suspectului sau al inculpatului (deci și fostul soț). Problema supusă controlului de constituționalitate, prin invocarea excepției de neconstituționalitate, potrivit motivării, constă în a decide dacă art. 117 alin. (1) lit. a) și lit. b) este sau nu constituțional sub aspectul respectării principiului egalității de tratament juridic între persoanele care au calitatea de soți, pe de o parte, și cei care se găsesc în relații de familie „de facto” (de concubinaj) din perspectiva beneficiului de a refuza acordarea de declarații în calitate de martor¹⁹.

¹⁹ Opinie separată semnată de judecător Valer Dorneanu la Decizia C.C. nr. 562 din 19 septembrie 2017.

Decizia Curții Constituționale admite excepția de neconstituționalitate și constată că soluția legislativă cuprinsă în art. 117 alin. (1) lit. a) și lit. b) din Codul de procedură penală, care exclude de la dreptul de a refuza să fie audiate în calitate de martor persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți, este neconstituțională. Decizia este definitivă și general obligatorie. Observăm că prin decizia Curții, aceasta constată că deosebirea de tratament juridic între categoriile de persoane enumerate este discriminatorie, nefiind justificată în mod obiectiv și rezonabil, interzicerea discriminării fiind prevăzută în Constituție la art. 16 alin. (1) raportat la art. 26 alin (1) referitor la respectarea și ocrotirea vieții de familie. Din motivarea expusă, înțelegem că scopul care a stat la baza deciziei analizate este acela al protejării vieții de familie și al ocrotirii sentimentelor de afecțiune pe care membrii acesteia le au unii față de alții, legiuitorul însuși recunoscând valoarea socială a relațiilor de familie în societate.

Corelativ reglementărilor privitoare la relațiile de familie din materia dreptului penal, legiuitorul a definit în mod cuprinzător familia și prin dispozițiile cuprinse în **Legea combaterii violenței în familie nr. 217/2003** care, la art. 5, prevede că: „Prin membru de familie se înțelege: a) ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel de rude; b) soțul/soția și/sau fostul soț/fosta soție; c) persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți sau dintre părinți și copii **indiferent dacă conviețuiesc sau nu**”(subl.ns.). Această completare apare ca urmare a deciziei Curții Constituționale nr. 264 din data de 27.04.2017, referitoare la excepția de neconstituționalitate a sintagmei **"în cazul în care conviețuiesc"**.

Reținem, în acest sens, extinderea, potrivit articolului 177 alin. (1) Cod penal, a semnificației juridice a noțiunii de „membru de familie” și la persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți atât în cazul în care conviețuiesc, cât și în cazul în care nu mai conviețuiesc. Constatăm, astfel, că noțiunea de „membru de familie” folosită de Codul penal este armonizată cu cea deja consacrată din **Legea combaterii violenței în familie nr.217/2003**, dar și cu reglementări existente în alte coduri penale europene, cum sunt Codul penal spaniol și Codul penal portughez.

Legea nr. 217/2003 enumeră și alte categorii de persoane considerate ca făcând parte din membrii familiei. Astfel, la litera d) este menționat „tutorele sau altă persoană care exercită în fapt ori în drept drepturile față de persoana copilului”, iar la litera e) „reprezentantul legal sau altă persoană care îngrijește persoana cu boală psihică, dizabilitate intelectuală ori handicap fizic, cu excepția celor care îndeplinesc aceste atribuții în exercitarea sarcinilor profesionale”.

Concluzii

Cu toate că, în principal, familia este constituită pe „**frumoasa și nobila instituție a căsătoriei**”, astfel cum o numește Dimitrie Alexandresco²⁰, din înșiruirea textelor legale analizate, observăm cum legiuitorul reglementează mai multe tipuri de familii, unele dintre acestea neavând la origine căsătoria: **familia propriu-zisă, familia extinsă, familia monoparentală, familia adoptatoare, familia separată, familia substitutivă**. În înțelesul anumitor legi, sunt membri de familie și foștii soți, concubinii, minori dați în plasament sau în tutelă unui străin, străinul care îngrijește o persoană bolnavă, cei care doar gospodăresc împreună, sau chiar o persoană singură – majorul care trăiește singur.

Deși Constituția nu definește noțiunea de „viață familială”, Curtea Europeană a Drepturilor Omului extins noțiunea de viață de familie și la relațiile care există în fapt. În acest sens, Curtea a reținut, în jurisprudența sa²¹, că noțiunea de „viață de familie” apărută prin art. 8 din Convenție nu este restrânsă doar la familiile bazate pe căsătorie și poate include alte relații „de facto”. În concluzie, putem afirma că există două tipuri de familie: **familia de drept** (bazată pe căsătorie) și **familia de fapt**, care este reprezentată de persoanele care trăiesc și gospodăresc împreună, fără a fi căsătorite.

²⁰ D. Alexandresco, *op.cit.*, p. 540.

²¹ A se vedea Hotărârea din 3 aprilie 2012, pronunțată în Cauza Van der Heijden împotriva Olandei.

REGLEMENTĂRI ÎN SFERA RELAȚIILOR DE FAMILIE, ÎNTRE CONSOLIDARE ȘI INOVARE*

Oana ISPAS*

Abstract: The author critically analyzes the changes of the institution of divorce in Romanian law from the historical perspective of the last century through a double examination: the interdependence relationship with the social, political and cultural context of modern Romania, and the content of the most important normative provisions. The result of the research highlights the current sphere of marriage dissolution regulations as characterized by the relaxation of the conditions of possibility, compared to the analogous regulations of the sec. XX. The author's conclusion shows that the axiological dimension, revealed by the historical research method, allows co-existence of the cultural tradition strengthening the legal norm with the legislative innovation due to the new paradigm of politico-economic globalization at European Union level.

Key words: family law; marriage dissolution; divorce, Regulation (CE) no. 1259/2010

I. Analiza dreptului românesc, din perspectiva istoricismului dreptului civil, în perioada Centenarului Marii Uniri. După cum s-a remarcat cu justă autoritate¹, dreptul familiei, parte componentă a ramurii de drept civil român, se prezintă ca un organism viu în continuă schimbare, iar apariția și evoluția instituțiilor sale poate fi explicată și înțeleasă doar în contextul social, politic și cultural al fiecărei epoci. Dimensiunea istoricității, care impregnează și instituția divorțului - specifică dreptului familiei permite cercetătorului în istoria dreptului să observe principalele cauze ale modificării și evoluției dreptului românesc în ansamblul său.

Premisele din sfera dreptului familiei, care sprijină derivarea tezei dinamismului adaptativ al dreptului civil român, sunt de ordin teoretic și implică legătura cauzală dintre modificările relațiilor sociale intervenite în România sec. XIX - XXI - cu incidență directă asupra instituției familiei - și reglementările care însoțesc respectivele relații. Apreciem că cercetarea istorică a instituției divorțului în contextul mai larg al evenimentelor istorice este utilă scopului propus datorită dimensiunii polivalente a relațiilor pe care desfacerea căsătoriei le implică, precum și a efectelor generate de existența instituției divorțului în cele mai diverse domenii socio-umane: al credinței religioase, psihologiei, sociologiei, economiei și dreptului.

Dimensiunea istorică, referitoare la succesiunea principalelor evenimente politice din perioada cuprinsă între anii 1918 și 2018, se caracterizează prin multiple transformări, mai mult sau mai puțin democratice, care au afectat modul și nivelul de trai al populației și implicit dezvoltarea societății. Faptele istorice, mai însemnate, ale ultimului secol cuprind: ieșirea României din Primul Război Mondial,² făurirea statului național unitar român prin *Marea Unire*³, unificarea legislativă prin extinderea, pe întreg teritoriul țării, a legislației din Țara Românească⁴, participarea românilor la cel de-al II-lea Război Mondial⁵, schimbări de regim politic⁶, cedări de teritorii și modificarea frontierelor⁷, sfârșitul monarhiei constituționale, abdicarea Regelui Mihai I⁸ și instaurarea comunismului și a Republicii Populare România – ulterior Republica Socialistă România, căderea regimului politic impus de Partidul Comunist Român⁹, trecerea la democrație și republică semi-prezidențială¹⁰ și aderarea României la Uniunea Europeană, în 2007, ca membru cu drepturi depline¹¹.

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU-159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

* Doctor în științe juridice; Cercetător postdoctorat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e_mail: ispassoana@gmail.com

¹ V. D. Zlătescu, Cuvânt înainte, *Codul Familiei*, Ed. Europress, București, 1993, pp. 3-10.

² 11 noiembrie 1918, Armistițiul dintre Germania și Antanta, Compiègne Franța; 28 iunie 1919 Tratatul de la Versailles.

³ 1 decembrie 1918 Rezoluția de la Alba Iulia, Marea Adunare Națională de la Alba Iulia

⁴ Aplicarea unitară a dreptului era îngreunată de existența vechilor legi speciale, nearmonizate între ele, care coexistau pe teritoriul României. Cu privire la dreptul civil, în provinciile din vechea Românie se aplica Codul civil A. I. Cuza, 1864, iar în Transilvania Codul civil Austriac, din 1811.

⁵ 26 iunie 1940 (Ultimatumul sovietic) sau 22 iunie 1941 (atacarea, alături de germani, a frontierei cu Uniunea Sovietică) - 23 august 1944 Proclamația către Țară.

⁶ 14 septembrie 1940 - Statul Național-Legionar, 6 martie 1945 - Guvernul Petru Groza.

⁷ 30 august 1940, Dictatul de la Viena.

⁸ 30 decembrie 1947.

⁹ 16 – 25 decembrie 1989, Revoluția Română.

¹⁰ Constituția României din 1991.

¹¹ 1 ianuarie 2007 în urma semnării Tratatului de aderare, 25 aprilie 2005 Luxemburg.

Dimensiunea sociologică a schimbărilor dramatice anterior menționate evidențiază trei jaloane mari, ce marchează trei epoci diferite; epoci în care viața socială, juridică, economică și culturală de zi cu zi a românilor a fost profund afectată. Distingem:

1. perioada 1918-1947 (**29 de ani**) caracterizată, în ansamblu, prin deschidere către Europa occidentală și SUA, prin efectele binefăcătoare ale realizării idealului de unitate națională, de democrație, înflorire culturală, dezvoltare economică și industrială, recunoașterea statului Român pe plan extern ca partener al marilor puteri monarhice, urmată de neajunsurile datorate stării de război;¹²

2. perioada 1947-1989 (**42 de ani**) caracterizată de dominația ideologiei comuniste, marcată de etatism, egalizare a păturilor sociale, centralizare, economie planificată, control instituțional riguros, dictatură comunistă, îngrădirea unor drepturi civile precum libera circulație, libera exprimare și libera asociere, interzicerea mijloacelor de contracepție, închiderea frontierelor de stat, pauperizare, încălcarea sistematică a drepturilor fundamentale ale omului;

3. perioada 1989-2018 (**29 de ani**) caracterizată de revenirea la democrație, marcată de redobândirea libertăților individuale pierdute: libertate de circulație, recâștigarea drepturilor civile, redeschiderea granițelor, liberalizarea comerțului, aplicarea legilor privind economia de piață, planificarea familială și aderarea statului la uniunea economică și politică *Uniunea Europeană*, alături de alte 27 de țări din Europa.

Dimensiunea juridică a perioadei analizate se caracterizează în materia dreptului civil material, cu incidență asupra desfacerii căsătoriei, prin aplicarea în timp a trei mari acte normative: Codul civil de la 1864, Codul Familiei din 1954 și noul Cod civil din 2011.

1. Codul civil român¹³ de la 1864. La epoca Marii Uniri, Codul civil român, de inspirație preponderent franceză, se aplica de peste 50 ani. În materia relațiilor de familie și în special a divorțului, Codul a preluat selectiv, respingând instituții necunoscute precum separația de corp¹⁴, și a păstrat numeroase norme din vechiul drept românesc, consolidând astfel tradiția pământească considerată mai liberală. Spre deosebire de norma franceză, obiceiul românesc reglementat în epocă permitea femeii căsătorite să introducă acțiunea de despărțenie fără a fi cerute condițiile restrictive din dreptul civil francez¹⁵.

2. Codul familiei¹⁶ din 1954, desprins din Codul civil ale căror reglementări specifice le abrogă, s-a aplicat timp de 57 de ani, cu puține modificări. Considerat un act normativ modern, progresit întrucât elimina instituția dotei, institua egalități juridice între membrii familiei și consacra principiul exercitării drepturilor părintești în interesul superior al copilului, în materia divorțului noua linie politică de natură colectivistă impunea reguli stricte și rigide pentru îngreunarea obținerii divorțului, în scopul creșterii natalității¹⁷, dar fără a proclama, însă, indisolubilitatea căsătoriei¹⁸. Înlăturarea regimului comunist va produce efecte și la nivelul dreptului familiei, printre altele, și prin amendarea progresivă și progresistă a condițiilor procedurale de desfacere a căsătoriei prin divorț.

3. Noul Cod civil român¹⁹, din 2011, reunește în cartea a-II-a *Despre familie*, respectiv cartea a VII-a, cap. II, *Familia*, într-o manieră de reglementare monistă toate dispozițiile privind dreptul familiei, tot astfel cum Codul civil al lui A. I. Cuza cuprindea în Cartea I-a, Titlurile V-XI, toate reglementările privind căsătoria, despărțenia, paternitatea, filiația, adopția, puterea părintească, minoritatea, tutela, emanciparea și majoratul. Analizând din perspectivă formal-restauratoare, putem considera că prin adoptarea noului Cod civil român s-a realizat reparația firească de readucere a materiei dreptului familiei în cuprinsul dreptului civil.

¹² În mod privilegiat, România Unită, întregită pe baza legăturilor naturale de origine și limbă, nu a cunoscut, în perioada de după Primul Război mondial, tulburările pe care le-au suportat statele vecine din Estul Europei, constituite prin alăturarea artificială a unor minorități incompatibile din punct de vedere cultural și religios, ca urmare a Tratatului de la Versailles. P. Johnson, *O istorie a lumii moderne, 1920-2000*, Ed. Humanitas, București, 2015, p. 45 și urm.

¹³ Codul civil a fost comandat și adoptat din voința domnitorului A. I. Cuza, contribuția sa în domeniul legislației punând fundamentul celor mai importante legi. Pe lângă Codul civil, adoptă Codul de procedură civilă, Codul Penal și Codul de procedură penală, Legea instrucțiunilor publice, Legea agrară. De asemenea a introdus bicameralismul adunărilor legislative și a organizat Curtea de conturi. Pentru detalii P.P. Panaitescu, *Istoria românilor*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1990, pp. 292 și urm.

¹⁴ D. Lupașcu, C. M. Crăciunescu, *Dreptul familiei în noul Cod Civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 204, cu trimitere arătată acolo; în Transilvania doar, regiune cu tradiție de religie catolică, se cunoștea separația de corp ca reminiscență a istoriei sale, denumită *separație de pat și masă*.

¹⁵ În Franța sec. XIX, femeia măritată avea dreptul de a cere divorțul doar dacă adulterul săvârșit de bărbat avea loc în domiciliul conjugal. Pentru detalii a se vedea p. 251 și urm. E. Cernea, E. Molcuț, *Istoria statului și dreptului românesc*, E. Universul Juridic, București, 2013.

¹⁶ Codul familiei a fost adoptat prin Legea nr. 4 din 4 ianuarie 1953, la 6 ani de la instaurarea regimului comunist în România și a intrat în vigoare la 1 februarie 1954.

¹⁷ Se apreciază că în cadrul experimentului de inginerie socială la care a fost supusă populația română în perioada comunistă exista și obiectivul sporului demografic constant până la atingerea valorii de 100 de milioane de locuitori, scop pentru care erau interzise programele contraceptive și se aplicau politici discriminatorii celibatarilor și cuplurilor fără copii. P. Johnson, *O istorie a lumii moderne, op. cit.*, p. 735-737.

¹⁸ Spre deosebire de dreptul românesc din perioada comunistă, state mai dezvoltate, de religie catolică ori romano-catolică interzic procedura divorțului chiar până spre zilele noastre: Italia, până în 1970, Spania până în 1981, Irlanda până în 1995, iar Malta legiferează divorțul abia în 2011.

¹⁹ Noul Cod civil Român a fost pus în aplicare prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii 287/2009 privind Codul civil și a intrat în vigoare la 01 octombrie 2011.

Concluzie intermediară. Succinta privire istorică ațintită asupra stării României ultimului secol ne arată traversarea unei perioade de frământate transformări politice, uneori radicale, care cu siguranță, după cum vom arăta în continuare, și-au făcut simțit ecoul până în miezul relațiilor interumane, până în cadrul familiei, impunând adaptarea normei juridice la noile realități după cum va evolua societatea.

II. Analiza conținutului legal al instituției divorțului sub aspectul noțiunii, motivelor și procedurii aplicabile, în dinamica ultimului secol. Observarea dimensiunii juridice a traseului urmat de instituția divorțului în perioada ultimului secol relevă, pe de o parte, felul în care tradiția izvorâtă din vechile obiceiuri, credințe religioase și legiuri²⁰ se translatează ca o constantă juridică în reglementările dreptului de la începutul modernității, iar pe de altă parte, felul în care acte normative incidente relațiilor de familie vor impune noi comportamente social-juridice, străine până atunci culturii autohtone. După cum vom arăta în continuare, analiza instituției divorțului ne permite concluzia că în sfera relațiilor de familie din dreptul românesc, confruntarea istorică dintre tradiția ideologiei culturale și noutatea legislativă, impusă de ideologii politice, străine spiritului poporului român, se va tranșa în sec. XXI în favoarea revenirii la tradiție alături de adaptarea la noile condiții socio-culturale postmoderne.

1. Începutul perioadei moderne²¹ găsește reglementările asupra divorțului, în nou proclamatul stat național unitar *România Mare*, ca fiind supuse Codului civil român de la 1864, Cartea I-a, Titlul VI, *Despre despărțenie*, art. 211-285. Codul civil român, deși de inspirație franceză, nu va prelua *tale quale* toate reglementările din Codul civil napoleonian din 1806²², astfel că tradiția pământească se impune în anumite aspecte: permisiunea divorțului²³, interzicerea separației de trup²⁴, păstrarea reglementărilor privind egalitatea dintre soț și soție în a solicita divorțul, condiții procedurale diferite, precum și motive deosebite de despărțenie. Sub aspectul păstrării tradiției, trebuie să menționăm aici că însăși legalizarea desfacerii căsătoriei este o dovadă a valorilor române liberale, *illo tempore*. Aflat sub cultul religiei creștin-ortodoxe, poporul român a dezvoltat arhetipuri juridice din Biblie²⁵ și prin urmare a cunoscut *ab initio* permisiunea divorțului bisericesc, spre deosebire de state europene moderne care îl interziceau sub orice motiv²⁶. În prezent, dreptul canonic al Bisericii Ortodoxe Române, prin art. 90 lit. i) din Statutul de organizare BOR, permite *expressis verbis* desfaceria căsătoriei religioase, statuând competența procedurală ca fiind atribuită Episcopului sau Arhiepiscopului²⁷.

Independent de originea reglementării, la nivel de definiție, divorțul se prezenta ca fiind desfaceria căsătoriei în fața instanței de judecată fie pentru cauze strict determinate prin lege, fie la cererea concordantă a părților, prin consimțământ mutual.

Divorțul pentru cauze determinate, de natură peremptorie, avea în vedere următoarele motive: adulterul, săvârșirea, de unul dintre soți, de fapte excesive sau cruzimi asupra celuilalt, proferarea de insulte grave la adresa celuilalt soț, atentatul la viața acestuia, precum și condamnarea unuia dintre soți la muncă silnică sau reclusiune.

Divorțul prin consimțământ mutual, deși permis *in terminis* în art. 214 Cod civil român²⁸, nu prezenta interes pentru soți din pricina condițiilor procedurale extrem de restrictive, impuse cu scopul de a nu se transforma libertatea de voințe din *mutuus consensus* în *mutuus dissensus*, adică în ușurătate față de instituția familiei și în lipsă de responsabilitate față de căsătorie. Astfel, arătate pe scurt, condițiile cerute cumulativ, impuneau: împlinirea vârstei de 21 ani pentru femeie, respectiv 25 ani pentru bărbat, acordul părinților celor doi soți sau al unor ascendenți ai acestora, căsătoria să nu fi durat mai mult de 20 ani, existența unui inventar al averii, lămurirea – prin acord scris preexistent cererii – a tuturor aspectelor privind încredințarea copiilor minori, a pensiei alimentare pentru femeia aflată în nevoie și a altor drepturi de care soții pot dispune. Procedural se cerea prezența ambilor soți la judecătoria însoțiți de martori, iar ca termen de soluționare divorțul se putea pronunța doar după repetate înfățișări și stăruințe, conform unui calendar riguros, complicat și în final descurajant²⁹. De asemenea, efectele divorțului se produceau numai după prezentarea

²⁰ Codul Calimach în Moldova (Codica Țivilă a Moldovei) în vigoare între 1817-1865 și Legiuirea Caragea în Țara Românească în vigoare între 1818-1865.

²¹ În lucrarea sa, *O istorie a lumii moderne*, op.cit., p. 9, istoricul P. Johnson opinează începutul lumii moderne la o dată fixă: 26 mai 1919, datorită confirmării, prin observarea unei eclipse de Soare, a Teoriei Relativității în privința spațiu-timp-ului.

²² E. Cernea, E. Molcuț, *Istoria statului și dreptului românesc*, E. Universul Juridic, București, 2013, p. 252 și urm.

²³ Deși Codul civil napoleonian legifera divorțul, societatea catolică franceză era împotriva acestei permisiuni, astfel încât după îndepărtarea lui Napoleon de pe tron în 1816 divorțul a fost interzis, fiind restabilit abia în 1886.

²⁴ D. Alexandresco, *Principiile Dreptului civil, vol I*, Atelierele grafice SOCEC&Co., București, 1926, p. 269.

²⁵ E. Safta-Romano, *Arhetipuri juridice în Biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997, pp. 138-152.

²⁶ În Franța, legiuitorii codului civil, în special Portalis, pentru a justifica nevoia legiferării divorțului au invocat temeiul religios al dreptului acordat de Evanghelia după Matei pentru cauză de adulter, drept de natură divină care trebuia să se regăsească și în dreptul laic. G. Plastara, *Curs de drept civil român*, Ed. Cartea Românească, București, 1929, pp. 319-321.

²⁷ I. N. Floca, *Drept canonic ortodox Legislație și administrație bisericească*, vol. II, Ed. IBMBOR, București, 1990, pp. 101-111.

²⁸ „*Consimțământul mutual și stăruitor al soților, exprimat în chipul prescris de lege, în condițiile și după cercetările determinate de lege, va servi de dovadă suficientă că viața în comun este de nesuportat și că în privința lor, este o cauză peremptorie de despărțire.*”

²⁹ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de Drept civil Român, vol I*, reedit. Ed. All, București, 1996, pp. 233-276.

hotărârii de divorț ofițerului de stare civilă pentru a se face mențiunea desfacerii căsătoriei pe actul de căsătorie, mențiune cu caracter constitutiv de drepturi, dar realizată printr-o procedură de publicitate față de terți.

Concluzie intermediară. Observăm că primele reglementări unitare în materia divorțului conțin elemente liberale, în spiritul libertății de voință a soților: căsătoria, deși se încheia sub conceptul *consortium omnis vitae*, putea fi desfăcută prin Biserică³⁰ astfel că tradiția creștin-ortodoxă se impune în lege; divorțul prin acord este permis și, deși restrictiv, condițiile ce trebuie îndeplinite țin de voința liberă a soților privind rezolvarea amiabilă a efectelor divorțului; soția este egală în drepturi cu bărbatul, fiind liberă în a cere divorțul; se prevede doar procedura judiciară, însă implicarea autorităților este de nivel formal, cauzele determinate au natură peremptorie, judecătorul fiind ținut doar de constatarea lor. Totodată observăm, ca proceduri greoaie: prezența celor doi soți la înfățișările de divorț *in personam*, imposibilitatea desfacerii căsătoriei cu rapiditate, ci doar după stăruințe și termene obligatorii, precum și prevederea condiției de vechime privind traiul în comun. Aceste prevederi au fost modificate, înăsprite în mare parte, prin adoptarea Codului familiei din perioada comunistă.

2. Divorțul în reglementarea Codului familiei din 1954, cu modificările și completările suferite până la abrogarea sa în 2011. *Sub imperiul ideologiei politice comuniste* s-a impus reglementarea axată pe nevoia de maximă moralitate socială demonstrată și susținută prin existența și stabilitatea căsătoriei, celula de bază a societății, leagănul cel mai potrivit pentru creșterea și educarea copiilor minori. În aceste condiții, prevederile Codului civil nu corespundeau noilor cerințe ideologice și demografice. În consecință, în vederea unei facile modificări – codul civil nu putea fi modificat la fel de ușor –, materia privind dreptul familiei a fost decupată din cuprinsul codului și reglementată separat în Codul familiei, considerându-se dreptul familiei ca ramură de-sine-stătătoare distinctă de dreptul civil³¹. Principalele modificări aduse au fost considerate de doctrina postrevoluționară ca fiind neavenite în raport cu tradiția culturală, rigide și restrictive, dovadă fiind completările și modificările graduale până la adoptarea și punerea în aplicare a noului Cod civil din 2011. Cu toate că instituția căsătoriei continuă a fi pusă pe baze contractuale civile, fiind liber consimțită de soți (art 1 alin 2 C. fam), condițiile de fond și de formă prevăzute pentru desfaceră sa implică autoritatea de stat, cu efecte constitutive în toate etapele desfășurării acesteia.

În primul rând, divorțul este privit ca o excepție³², concepția legiuitorului fiind ca uniunea maritală să fie considerată a fi încheiată pe viață, iar desfaceră acesteia să intervină doar datorită unor cauze temeinice; motivele de divorț vor fi reglementate generic prin cadre generale, astfel încât răspunderea revenea integral judecătorului: de a supune și integra cauzele concrete, cu care era investit, în sfera largă a “motiveelor intemeiate”. Se renunță așadar la sintagma *cauze determinate* și enumerarea acestora, în favoarea unei implicări directe a judecătorului care astfel preia sarcina unor investigații ample și susținute pentru a determina natura reală a motiveelor de divorț³³. Reperetele de care acesta trebuia să țină seama în admiterea unor motive de divorț erau, conform legii, cumulative: imposibilitatea continuării căsătoriei din pricina unor motive temeinice care ar face ca raporturile dintre soți să devină deosebit de grav și iremediabil vătămate³⁴.

În al doilea rând, în linii generale, devine prohibit divorțul prin consimțământ mutual, procedura divorțului continuă să fie greoaie, judecătorul fiind ținut de obligația de a stărui pentru împăcarea părților, de a acorda termene de împăciuire și de gândire - cu durata prevăzută de lege -, acțiunea de divorț este personală părțile trebuind să se prezinte personal la instanța de fond, moștenitorii nu pot continua acțiunea nici în procedura judiciară începută într-o cale de atac, efectele divorțului se produc față de părți de la momentul rămânării definitive a hotărârii, iar față de terți de la momentul efectuării mențiunii de desfaceră pe actul de căsătorie.

Concluzie intermediară. Motivele de divorț suportă modificări de calificare, divorțul devine o excepție îndepărtându-se astfel de dreptul legitim al persoanei de a-și conduce viața personală; în cadrul procedurii, judecătorul devine responsabil de acordarea sau nu a divorțului prin interpretarea faptelor deduse judecății ca fiind, sau nu, de natură a fi deteriorat grav relațiile dintre soți, astfel că factorul uman, mai ușor de constrâns prin pârghele statale, preia sarcina deciziei, spre deosebire de situația constatării existenței cauzelor peremptorii din vechiul Cod civil.

După înlăturarea regimului comunist, în anul 1989, Codul familiei a rămas în vigoare, iar principalele modificări intervenite i-au fost aduse prin Legea nr. 59/1993³⁵, Legea 202/2010³⁶ și Legea 71/2011³⁷, reglementări prin care au

³⁰ Permisuinea dată de Biserică, pentru despărțire din cauză de adulter este importantă și din perspectiva îndepărtării de principalul *telos* al căsătoriei, cel de procreație. O dată îndepărtată viziunea procreării, prin desfaceră lui *erunt duo, in carne una*, la nivelul Bisericii au fost admise și alte cauze de divorț, toate legate de diverse feluri de a muri: moartea religioasă, moartea morală, moartea fizică parțială și moartea civilă. I.N.Floca, *op. cit.*, p.103.

³¹ M. Avram, *Drept civil, Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 109-130.

³² Decretul nr. 779/1966 privind modificarea unor dispoziții legale privind divorțul.

³³ În epocă, răspunderea judecătorului pentru stăruință asupra cercetării adevăratelor cauze pornea de la o prezumție de nesinceritate a părților, care în încercarea de a desface căsătoria pentru simplul motiv de nepotrivire de caractere, interzis, disimulau sub alte cauze. Decizia de îndrumare Tribunalul Suprem, nr. 10 din 13 noiembrie 1969.

³⁴ I. P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Ed. All, București, 1993, pp. 225-249.

³⁵ *Legea pentru modificarea Codului de procedură civilă, a Codului familiei, a Legii contenciosului administrativ și a Legii privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi*, Monitorul Oficial, Partea I nr. 177 din 26 iulie 1993.

³⁶ *Legea privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor. Mica reformă a Justiției*, Monitorul Oficial, Partea I nr. 714 din 26 octombrie 2010.

fost relaxate din punct de vedere legislativ atât procedura de obținere a desfacerii căsătoriei cât și condițiile privind motivele de divorț.

Prin Legea nr.59 din 26 iulie 1993 s-a renunțat la calificarea naturii juridice a divorțului ca fiind o situație excepțională³⁸, s-a reintrodus divorțul pronunțat numai pe baza acordului ambilor soți în anumite condiții³⁹, divorțul se califică drept un remediu și nu o sancțiune pentru culpă, se permite nemotivarea divorțului ca fiind din vina vreunuia dintre soți când e cerut prin acord, durata căsătoriei nu mai constituie element principal în decizia de pronunțare a divorțului⁴⁰.

Prin Legea nr.202/2010 se continuă măsurile de liberalizare a procedurii și cauzelor de desfacere a căsătoriei, se reconfigurează arhitectura instituției divorțului prin reglementări care vor fi preluate ulterior în conținutul noului Cod civil, respectiv: se elimină condițiile de obținere a divorțului prin acord în fața instanței putând fi pronunțat indiferent de durata căsătoriei și de existența copiilor minori, se introduce divorțul în procedura grațiosă, pe cale administrativă ce se poate constata de ofițerul Stării civile sau de Notarul public dacă din căsătorie nu au rezultat copii minori.

3. Divorțul în reglementarea noului Cod civil român din 2011. Noul Cod civil, adoptat prin Legea nr.287/2009, pus în aplicare prin Legea nr.71/2011, preia toate dispozițiile în vigoare la data adoptării sale în materia divorțului în art. 373-404, Cartea a II-a *Despre familie*, Titlul II *Căsătoria*, Capitolul VII - *Desfacerea căsătoriei*, precum și dispozițiile Regulamentului (UE) 1259/2010 incidente divorțului în raporturile conflictuale de drept internațional privat, în art. 2597-2602, Cartea a VII-a, Titlul II - *Conflicte de legi*, Capitolul II *Familia*. Sub aspectul aplicării normei juridice în timp, prin legea de punere în aplicare se aduc amendamente importante: se completează materia privind divorțul pe cale notarială în sensul că poate fi constatat chiar dacă în cauză există copii minori [art. 375 alin (2)], se permite continuarea acțiunii de divorț de către moștenitori și se adoptă o nouă modalitate de desfacere a căsătoriei “la cererea unuia dintre soți, după o separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani” din culpa exclusivă a soțului reclamant⁴¹.

Noua viziune a legiuitorului român asupra instituției divorțului este armonizată în spiritul său cu politica Uniunii Europene. Se constată o mai mare deschidere spre autodeterminare și pe cât posibil neamestecul în reglementarea relațiilor de familie încheiate între cetățeni ai diferitelor state ale Uniunii, precum și tendința lipsei de intervenție a instituțiilor statelor în deciziile soților privind alegerea legislației aplicabile desfacerii căsătoriei.

Regulamentul (UE) nr. 1295 din 20 decembrie 2010, Roma II,⁴² de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp⁴³, constituie acordul a 14 state, inițial semnate⁴⁴, care au dorit să li se aplice prevederile cuprinse în Cartea verde adoptată la 14 martie 2005 privind *legea aplicabilă și competența judiciară în materia divorțului*. Declanșarea procedurii a fost necesară deoarece propunerea unui proiect de Regulament pe această temă nu a întrunit unanimitatea voturilor la reuniunea din 5-6 iunie 2008 de la Luxemburg.

Obiectivele stabilite în Preambulul Regulamentului (UE) 1295/2010, au în vedere, [alin. (15)] pe de o parte realitatea mobilității crescânde a cetățenilor europeni și încheierea de căsătorii mixte, iar pe de altă parte nevoia de flexibilitate judiciară, predictibilitate și siguranță juridică pentru toți cetățenii, în scopul realizării cât mai rapide și corecte a drepturilor lor subiective.

Precum toate Regulamentele UE aplicabile în sfera relațiilor de familie⁴⁵ la care România a aderat sau la care este stat membru participant, și normele obligatorii ale Regulamentului (UE) 1295/2010, transpuse în legislația națională prin Codul civil din 2011, acordă prioritate principiului *lex voluntatis*. În materia divorțului, soții vor putea alege, prin încheierea unei *convenții de alegere a legii aplicabile* (încheiată în formă scrisă, semnată și datată), legea aplicabilă divorțului dintre ei, până cel mai târziu la primul termen de judecată la care au fost legal citați. Opțiunile privind legea căreia i se pot supune, stabilite în funcție de momentul depunerii cererii de divorț, au în vedere în mod prioritar criteriul reședinței – fie reședința comună actuală, fie cea avută în comun în trecut, dacă unul dintre ei mai locuiește în acel stat -, urmat de criteriul legii statului de cetățenie – fie cetățenia comună avută de soți, fie legea ultimei cetățenii comune dacă unul dintre soți mai deține respectiva cetățenie -, opțiuni urmate de legea forului, în cazul cetățenilor

³⁷ *Legea de punere în aplicare a noului Cod Civil*, Monitorul Oficial, Partea I nr. 409 din 10 iunie 2011.

³⁸ Redactarea art. 38 C. fam. devine afirmativă: “*instanța poate desface ... atunci când...*” (s.n. O.I.)

³⁹ Art. 38 alin. 2 Codul familiei, condiția ca să fi trecut minim un an de la căsătorie și să nu fi rezultat copii minori.

⁴⁰ Gh. . Stăniloae, *Dreptul familiei*, Ed. Victor, București, 2009, pp. 87-97.

⁴¹ Art. 373 lit. c) coroborat cu art 379 alin (2) Codul civil român.

⁴² JO nr. L 343, 29.12.2010.

⁴³ Mecanismul de cooperare consolidată se declanșează în situația în care nu se întrunește unanimitatea cu privire la anumite seturi de norme ce fac obiectul regulamentelor Consiliului European. În materia dreptului civil cu implicații transfrontaliere se susține cooperarea judiciară în scopul armonizării normelor privind conflictul de legi. Regulamentul 1295/2010 a deschis calea cooperării consolidate, pentru statele semnate, dată fiind incidența cuplurilor cu cetățenii diferite care coabitează în statele uniunii europene.

⁴⁴ Belgia, Bulgaria, Germania, Spania, Franța, Italia, Letonia, Luxemburg, Ungaria, Malta, Austria, Portugalia, România și Slovenia.

⁴⁵ O. Ispas, *Considerații privind aplicarea Regulamentelor Uniunii europene în materia regimurilor matrimoniale reglementate în dreptul românesc*, lucrare susținută la sesiunea de comunicări științifice „10 ani de la aderarea României la Uniunea Europeană. Impactul asupra evoluției dreptului românesc”, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, București, 2017, text integral accesibil la adresa <http://www.nos.iem.ro/handle/123456789/1099>.

români legea română, pentru oricare alte situații. Rațiunea instituirii cadrului legal unitar privind divorțul are ca scop asigurarea tratamentului nediscriminatoriu și egalitatea soților în fața legii prin prevenirea unor situații în care *“unul dintre soți solicită divorțul înaintea celuilalt pentru a se asigura că procedura este supusă unei anumite legi”* [Preambul alin. (9)]

Concluzii. Considerăm că inferarea concluziei finale, aceea că dreptul românesc a evoluat față de epoca Marii Uniri, din analiza particulară a evoluției divorțului, este pe deplin justificată prin rațiuni ce țin de sistematizarea dreptului - dreptul familiei fiind un mecanism juridic integrat ansamblului dreptului și care se prezintă în coerență juridică față cu celelalte ramuri ale dreptului românesc.

Astfel, bazându-ne pe raționamentul gândirii critice privind inducția logică și prin observarea relației parte-întreg dintre dreptul familiei și sistemul dreptului românesc, putem aprecia că ceea ce este câștigat de parte va profita și întregului.

În acest sens, am arătat că tradiția socio-culturală a poporului român a stabilit în materia relațiilor de familie o structură cadru: anumite constante - chiar dacă uneori doar sugerate sau aplicate într-o mică măsură - întemeiate pe principiile solide ale autonomiei de voință și egalității dintre soți, adevărate repere culturale concretizate în norme juridice privind disolubilitatea căsătoriei, egalitatea soților în cadrul căsătoriei, libertatea desfacerii căsătoriei chiar și pentru nepotrivire de caractere prin procedura acordului mutual. Aceste constante, datorită valorii lor universale, se regăsesc și astăzi, la mai bine de un secol de istorie, printre ideologiile culturale și normele juridice ale statelor din Uniunea Europeană.

De asemenea, considerăm că dreptul românesc a evoluat în ultimul deceniu prin curajul și înțelepciunea de care au dat dovadă legiuitorii, chiar dacă uneori la recomandarea instituțiilor de resort europene, de a se dezice de norme incompatibile cu aceste valori tradiționale, prin repudierea graduală, în timp, a condițiilor restrictive privind divorțul și înlocuirea lor cu reglementări flexibile în acord cu contextul european.

Și nu în ultimul rând, nu putem ignora inovarea (specifică civilizației culturii occidentale către care trebuie să ne îndreptăm), schimbarea de paradigmă culturală, socială și economică a civilizației postmoderne (caracterizată prin renunțarea la valorizarea prioritară a laturii materialiste, a consumerismului specific sfârșitului de sec. XX) și orientarea individului către îmbunătățirea sinelui, a autonomiei și a libertății de exprimare.

EXERCITAREA ȘI LIMITELE DE EXERCITARE ALE DREPTURILOR ȘI OBLIGAȚIILOR NEPATRIMONIALE ALE SOȚILOR

Nicoleta Roxana ȘERBĂNOIU*

Abstract : *The evolution of contemporary private law is due to the recognition of the importance of human rights, knowing a real progress in the last period of time, which has led to the promotion and protection of the person's subjective civil rights. It is very important that, in addition to legal coercive values, society should accept the importance of civil subjective rights and respect them. Correspondences to civil subjective rights are the obligations, and in terms of family law, the personal obligations of spouses are of particular importance.*

Key words : *non-patrimonial rights and obligations of husbands, cohabitation, fidelity, name*

1. Obligația de coabitare

Potrivit art. 309 alin. 2 Cod civil, soții au obligația de a locui împreună.¹ În anumite situații aceștia pot locui separat, spre exemplu: exercitarea unei profesii, îngrijirea sănătății, pregătire de specialitate, etc.² Refuzul unuia dintre soți de a locui împreună poate constitui motiv temeinic pentru divorț.³ În mod tradițional soții au datoria de a locui împreună, deoarece scopul căsătoriei este acela de trăi o viață în comun. Această obligație nu presupune, însă, ca unul dintre soți să poată fi obligat la coabitare, prin măsuri de constrângere.⁴

1.1. Alegerea domiciliului

Legiuitorul român a dat posibilitatea soților de a-și alege domiciliul sau reședința. Ca principiu juridic, locuința comună a soților este aceea unde aceștia locuiesc în mod constant, adică locuința pe care aceștia o aleg de comun acord. Domiciliul este, în principiu, rezultatul unui act voluntar. Dezacordul soților în alegerea domiciliului se poate materializa prin exprimarea voinței unuia dintre soți de a schimba locul de reședință sau dorința de a stabili reședințe separate.⁵

1.2. Reședința soților și locuința familiei

Locația efectivă unde se desfășoară viața de familie este, probabil, mai importantă pentru majoritatea cuplurilor decât noțiunea de reședință sau domiciliu.⁶ Prin proclamarea egalității soților în alegerea locuinței familiale, legiuitorul a trebuit să garanteze soților aceeași egalitate și în ceea ce privește drepturile de proprietate asupra locuințelor comune. Astfel că soții nu pot, unul fără celălalt, să beneficieze de dreptul de proprietate asupra locuinței familiei sau asupra bunurilor care intră în componența acesteia.

Această co-gestionare a drepturilor de asigurare a locuinței familiei protejează astfel fiecare soț împotriva actelor pe care celălalt le poate încheia singur și care ar pune în pericol proprietatea locuinței comune. Prin urmare, această comunitate de viață pentru soți (și pentru copiii lor) este asigurată prin intermediul locuinței comune.

Prin art. 321 Cod Civil se definește termenul de locuința familiei ca fiind cea locuință comună soților sau, în lipsă, locuința soțului la care se află copiii. Aceste prevederi legale privesc locuința familiei din dublă perspectivă: aceea a imobil de locuit și aceea a vieții de familie. Consecința declarării imobilului drept locuință a familiei este aceea că soțul care nu este proprietar se poate opune actelor de dispoziție asupra imobilului, chiar dacă acesta este proprietatea exclusivă a celuilalt soț. În această situație soțul proprietar nu poate dispune de drepturile sale asupra imobilului fără consimțământul celuilalt soț, în caz de: vânzare, ipotecă, gaj, uzufruct, renunțare la un drept, închiriere, etc. Există stipulate prevederi și cu privire la bunurile ce mobilează locuința familiei. Pentru a putea fi preîntâmpinate eventualele abuzuri, soțul proprietar se poate îndrepta împotriva soțului care se opune, o astfel de acțiune fiind de competența instanței de tutelă.

Un alt aspect privește situația soților care locuiesc într-un imobil deținut în baza unui contract de închiriere. Astfel că, în acest caz, fiecare soț va avea un drept locativ propriu. În eventualitatea unui divorț fiecare dintre soți va avea un drept propriu de a locui în locuința închiriată, urmând să se stabilească de către instanța de judecată care dintre cei doi soți urmează să păstreze dreptul locativ, în funcție de necesitățile fiecăruia.

* Doctorand; Consilier juridic ; e-mail: roxanaserbanoiu@yahoo.com

¹ Prof. univ. dr. Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, rev., București, Editura Universul Juridic, 2015, p. 94.

² Trib. Suprem, dec. civ. nr. 546 din 6 martie 1973, în CD 1974, p. 169; Trib. Suprem, dec. civ. nr. 1334 din 1970, în CD 1970, p. 114-117; Trib. jud. Hunedoara, dec. civ. nr. 849 din 18 septembrie 1986, în CD nr. 2 din 1987, p. 65.

³ Ion P. Filipescu, Andrei I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ediția a VI-a, Editura All Beck, București, 2001, p. 41.

⁴ Aurelian Ionașcu, Mircea Mureșan, Mircea N. Costin, Victor Ursa, *Familia și rolul ei în societatea socialistă*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1975, p. 109.

⁵ M. Avram, N. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 116.

⁶ Ioan Albu, *Dreptul familiei*, Ed. Didactică și pedagogică, București, 1975, p. 111.

1.3. Evacuarea și ordinul de protecție

În practică s-au conturat mai multe situații dificile și s-a pus problema dacă unul dintre soți are posibilitatea de a obține, prin intermediul instanței de judecată, evacuarea celuilalt soț din locuința comună, însă opiniile au fost contradictorii. Considerăm, totuși, că o acțiune în evacuare este admisibilă deoarece majoritatea situațiilor sunt critice și impun protejarea soțului care a formulat acțiunea. Evacuarea⁷ celuilalt soț poate fi solicitată pentru motive care duc la imposibilitatea continuării conviețuirii, cum sunt cele de violență domestică, care ar putea pune în pericol grav viața, integritatea corporală, sănătatea celuilalt soț sau a membrilor familiei.⁸ Soluția evacuării este vremelnică și nu are consecința pierderii dreptului de proprietate asupra locuinței.

Potrivit art. 23 din Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie, republicată⁹, persoana a cărei integritate fizică sau psihică este pusă în pericol, poate solicita instanței un ordin de protecție.¹⁰ Această măsură are caracter provizoriu și presupune anumite obligații și interdicții impuse în vederea protejării soțului lezat.

1.4. Consecințele patrimoniale ale absenței coabitării

În ceea ce privește consecințele patrimoniale ale absenței coabitării ne vom referi la contribuția soților la cheltuielile de uz casnic. Astfel, refuzul unuia dintre soți de a coabita nu îl împiedică pe celălalt soț să obțină de la soțul său o contribuție la cheltuielile de uz casnic, cu atât mai mult cu cât aceștia au și copii împreună.

Dar dacă legătura dintre contribuție și reședința comună nu este sau nu mai este obligatorie, instanțele vor avea tendința de a lega obligația de a contribui și de legitimitatea acestui refuz al vieții în comun. Prin urmare, ținând seama de circumstanțele cauzei, instanțele pot obliga soțul care refuză să coabiteze să contribuie și la cheltuielile celuilalt soț.¹¹

1.5. Separarea în fapt a soților

Un soț poate refuza conviețuirea, atât în aspectul său conjugal, cât și sub aspectul său material, acela al traiului în aceeași locuință. Separarea poate fi, de asemenea, rezultatul voinței comune a soților. Cu toate acestea, pentru ca separația faptică să poată constitui motiv temeinic pentru divorț, este necesar să treacă o perioadă de doi ani.¹²

Ca fenomen sociologic pe care legea nu-l poate ignora, separarea de facto poate fi amiabilă sau solicitată de unul dintre soți. Aceasta se manifestă prin alegerea unei reședințe separate de către unul dintre soți. Durata acesteia va depinde numai de voința soților.

2. Obligația de fidelitate

2.1. Noțiunea de fidelitate

Obligația de fidelitate reprezintă un efect al căsătoriei. Această promisiune reciprocă a soților de a se respecta și de a fi fideli unul altuia este de esența căsătoriei¹³. Având în vedere că soții dispun de libertate în exprimarea voinței la încheierea căsătoriei, considerăm că este de datorie acestora să se respecte reciproc și, implicit, să respecte obligația de fidelitate ulterior celebrării căsătoriei¹⁴.

Dacă analizăm, din punct de vedere etimologic, cuvântul fidelitate, putem observa că acesta vine din latinescul „fides”, care înseamnă credință¹⁵. Ideologia obligației de fidelitate se bazează pe faptul că soții trebuie să fie credincioși unul altuia. Încrederea reciprocă și conștientizarea importanței iubirii purtate unul altuia sunt fundamentale unei căsătorii.

Obligația de fidelitate prezintă două aspecte importante:

- a) un aspect pozitiv, care presupune obligația pozitivă de a avea relații intime în interiorul căsătoriei, și
- b) un aspect negativ, de a nu întreține relații intime în afara căsătoriei.

Nerespectarea acestei obligații poate duce chiar la desfacerea căsătoriei, pentru motive imputabile soțului infidel. Totuși, este important de precizat că această obligație nu poate îngredi libertatea individuală a fiecărui soț, astfel că refuzul unuia dintre soți de a avea relații intime nu poate constitui motiv întemeiat pentru defacerea căsătoriei.

⁷ Prof. univ. dr. Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, rev., București, Editura Universul Juridic, 2015, p. 95

⁸ Ion P. Filipescu, Andrei I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ediția a VI-a, Ed. All Beck, București, 2001, p. 42

⁹ Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie, republicată, M. Of. nr. 205 din 24 martie 2014.

¹⁰ Emese Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimurile matrimoniale. Filiația*, ediția 5, Ed. C. H. Beck, București, 2016, p. 93.

¹¹ *Practică judiciară instanțe fraceze: Civic 1*, 8 mai 1979, *Civil Bull I*, No. 135, D. 1979. IR 495, Obs. D. Martin; *Civ. 1*, 16 Feb. 1983, D. 1984. 30, nota J. Revel, și jurisprudența citată; adde: Bordeaux, 8 ianuarie 1985, *Cah. jur. Aquitaine* 1985, 66; *Civ. 1* 7 noiembrie 1995, nr. 92-21.276, *Bull. Civ. I*, nr. 394, *Dr. și Patr.*, 1996, p. 72, obs. A. Bénabent, *RTD civ.* 1996. 227, obs. B. Vareille

¹² Emese Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimurile matrimoniale. Filiația*, ediția 5, Ed. C. H. Beck, București, 2016, p. 94

¹³ Aurelian Ionașcu, Mircea Mureșan, Mircea N. Costin, Victor Ursa, *Familia și rolul ei în societatea socialistă*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1975, p. 106

¹⁴ Prof. univ. dr. Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, rev., București, Editura Universul Juridic, 2015, p. 94

¹⁵ www.limbalatina.ro/dictionar.php

2.2. Principiul monogamiei

Deoarece căsătoria este monogamă¹⁶ în dreptul civil român, obligația de fidelitate în aspectul său negativ este un corolar necesar. Principiul monogamiei se bazează pe faptul că încheierea căsătoriei produce efecte între cei doi soți, care își datorează reciproc iubire și fidelitate. Datorită principiului monogamiei, în dreptul civil român, s-a conturat și prezumția de paternitate a soțului mamei, nefiind nevoie să se probeze filiația copilului născut în interiorul căsătoriei.¹⁷

Sanțiunea încălcării obligației de fidelitate, respectiv a principiului monogamiei, era sancționată în vechea legislație penală română. Deși adulterul a fost dezincriminat, totuși legislația permite soțului înșelat să promoveze o acțiune de divorț pentru motive ce țin de infidelitatea soțului, acestea constituind o cauză pentru desfacerea căsătoriei.

2.3. Extinderea noțiunii de infidelitate

Legata strâns de definiția legală a căsătoriei, obligația de fidelitate părea a fi protejată direct de lege, însă fiind un domeniu foarte personal legiuitorul nu a dorit să intervină într-un mod limitativ în relațiile dintre soți. Considerăm însă că infidelitatea este un subiect de actualitate și un motiv temeinic pentru divorț, iar dezvoltarea acestui subiect se impune din punct de vedere practic. Deși obligația de fidelitate impune ca soții să aibă relații conjugale numai cu celălalt soț, fiindu-le interzise relațiile sexuale cu terții, considerăm că această obligație nu se referă numai la obligații de ordin fizic, ci și moral.¹⁸ Spre exemplu au existat în practică anumite cazuri de schimburi de corespondență care prin natura lor au încălcat din punct de vedere moral obligația de loialitate față de celălalt soț. Având în vedere că ne regăsim într-o era a digitalizării, se pune întrebarea dacă mesajele virtuale pot constitui temei pentru divorț. Considerăm că, în măsura în care acestea sunt făcute publice, iar obținerea lor nu încalcă secretul corespondenței, pot constitui un motiv întemeiat pentru desfacerea căsătoriei.

2.4. Constatarea infidelității

Evaluarea în abstracto a infidelității este greu de dovedit, însă infidelitatea bazată pe o relație extraconjugală poate fi probată.

Infidelitatea este apreciată în concreto de către judecător și, prin urmare, se va face într-un mod subiectiv, personalizat. Pentru a stabili o vină într-o cauză de divorț, judecătorul trebuie să aprecieze existența unei încălcări grave sau a unor încălcări continuate a obligațiilor rezultate din căsătorie. În plus, încălcarea obligației de fidelitate a făcut inacceptabilă menținerea vieții comune. Aceasta a permis judecătorului să-și extindă în mod apreciabil libertatea de apreciere atât pentru gravitatea încălcării, cât și pentru responsabilitatea unei asemenea încălcări.

2.5. Responsabilitatea infidelității

Pentru ca infidelitatea să poată fi invocată în apărarea unui dintre soți, este necesar ca aceasta să poată fi imputabilă. În practică pot exista diferite cazuri care pot disculpa soțul infidel, cum ar fi: eroare de fapt, error in personam, violența exercitată asupra sa de către un terț pentru a-l obliga să întrețină relații intime extraconjugale, a crezut că este liber de legăturile căsătoriei, etc. În aceste cazuri soțul trebuie să fie de bună credință.

2.6. Acorduri privind obligația de fidelitate

Trebuie să avem în vedere că, deși căsătoria comportă anumite aspecte ale unui contract civil, obligația de fidelitate nu poate fi stabilită în mod limitativ de către cei doi soți. Obligația de fidelitate nu poate fi considerată o simplă obligație contractuală de la care soții ar putea să se debaraseze.

Avem în acest sens modelul Statelor unite ale Americii, unde soții pot stabili prin contract prenupțial anumite clauze pentru situația în care unul dintre ei este infidel. Aceste clauze pot conține daune morale și materiale. În Franța, spre exemplu, au existat solicitări de a întocmi acorduri privind fidelitatea în cuplu. În acest sens, atât practica judiciară, cât și doctrina franceză au opinat că un mariaj nu se poate încheia în forma unui contract de brokeraj, iar fidelitatea nu poate fi negociată.¹⁹

2.7. Obligația de fidelitate și procedurile de divorț

Soarta datoriei de fidelitate în timpul procedurilor de divorț poate fi luată în considerare prin evaluarea de către judecător a culpei soțului din cauza căruia s-a ajuns la divorț, în acest sens, judecătorul fiind un veritabil gardian al ordinii publice, în special în funcția de protecție a soților.

¹⁶ Aurelian Ionașcu, Mircea Mureșan, Mircea N. Costin, Victor Ursa, *Familia și rolul ei în societatea socialistă*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1975, p. 106.

¹⁷ Aurelian Ionașcu, Mircea Mureșan, Mircea N. Costin, Victor Ursa, *Familia și rolul ei în societatea socialistă*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1975, p. 106.

¹⁸ Idem., p. 106.

¹⁹ M.-T.-Calais Auloy, pentru o nunta în efecte limitate în mod convențional, RTD civ. 1988. p. 255

Considerăm, însă, că de la data depunerii cererii de divorț niciunul dintre soți nu mai poate opune celuilalt obligația de fidelitate. Odată cu solicitarea divorțului, respectiv, despărțirea în fapt a soților, efectele căsătoriei se suspendă până la soluționarea definitivă a cererii de divorț, când acestea încetează de drept.

2.8. Sancțiuni

Sancțiunea va fi, firește, divorțul sau separarea pentru încălcarea obligației de fidelitate rezultate din căsătorie. Gravitatea, imputabilitatea și consecințele comportamentului infidel pe durata mariajului pot fi stabilite în cadrul procedurii de divorț și pot conduce la desfacerea căsătoriei din culpa soțului infidel.

3. Obligația conjugală

3.1. Noțiune

Noul Cod Civil nu prevede expres această obligație, însă în literatura de specialitate²⁰ se acordă importanță îndatoririlor conjugale.

Obligația conjugală este separată de cea privind locuința comună și există indiferent dacă soții au sau nu locuința comună sau locuiesc separat.

3.2. Obligația conjugală este strict legată de căsătorie

Este important de precizat, că, deși Codul civil nu face referire la obligațiile conjugale ale soților rezultate din căsătorie, în vechime existau anumite legi canonice care impuneau „copula carnalis”²¹ ca fiind o condiție de valabilitate a căsătoriei. Această ideologie a durat până în secolul al XII-lea și susținea că este obligatoriu ca relația să fie consumată în căsătorie pentru a o face indisolubilă. Aceasta poate fi, de asemenea, justificată de faptul că încheierea căsătoriei a fost percepută ca un remediu pentru concupiscentă.

3.3. Nerespectarea obligației conjugale

În Codul nostru civil nu există precizată expres o sancțiune pentru nerespectarea obligației de fidelitate sau a datoriei conjugale, totuși nerespectarea acestora poate duce la divorț²², astfel că în acest caz judecătorul va trebui să stabilească limitele.

În primul rând, din punct de vedere al divorțului, pentru ca obligația aceasta să constituie un motiv întemeiat pentru desfacerea căsătoriei unul dintre soți trebuie să fie în culpă, iar refuzul să reprezinte un comportament greșit al soțului în culpă. Putem discuta despre un motiv temeinic de divorț în contextul încălcării obligației comune prin negarea relațiilor fizice sau prin aplicarea unui comportament de respingere a celuilalt soț în aceste relații. În apărarea sa, soțul în culpă poate invoca motive de ordin medical (spre exemplu impotența, etc.) sau moral (dorința de castitate, din motive religioase sau de alt fel).

3.4. Lipsa consimțământului și recunoașterea legală a infracțiunii de viol între soți

Chiar dacă aceste aspecte ale obligației de fidelitate au fost introduse pentru a stabili o normalitate a comportamentului conjugal, apare problema violului între soți. În mod tradițional, în trecut, exista posibilitatea ca soțul să-și forțeze soția pentru a întreține relații intime. Nu existau prevederi legale care să apere soția de astfel de abuzuri, iar societatea nu considera că obligarea la întreținerea de relații intime între soți ca fiind viol.

Deși caracterul ilicit al coerciției în ceea ce privește raporturile sexuale între soți nu este stabilit expres, totuși aplicarea dispozițiilor art. 218 Cod penal se face și în cazul violului având ca persoană vătămată soția.

Prin urmare, instanțele judecătorești admit noțiunea de viol între soți, în acest sens existând jurisprudența europeană: CEDO 22 martie 1995, S.W. și C.R. v. Regatul Unit, Civ. 1996, 512, obs. J.-P. Marguénaud: Curtea face o referire explicită „la o noțiune civilizată de căsătorie”. În practică, s-au înregistrat și cazuri de viol cu violență. Prezumția de consimțământ a soților sau complicitatea în intimitatea vieții conjugale poate fi valabilă numai până la dovada contrariului²³.

Considerăm că legislația penală actuală ar putea fi îmbunătățită, urmând modelul Codului penal francez, care prevede la art. 222-22 alin. 2 următoarele prevederi: „Violul și alte agresiuni sexuale se constituie atunci când au fost impuse victimei în circumstanțele prevăzute în această secțiune, indiferent de natura relației dintre agresor și victima sa, unite de legăturile căsătoriei. În acest caz, prezumția consimțământului soților față de actul sexual este valabilă numai până la data dovezi contrare”.

Se va remarca faptul că nu este un sistem de protecție numai pentru soți, ci pentru toate cuplurile, chiar și cele necăsătorite.

²⁰ Prof. univ. dr. Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, rev., București, Editura Universul Juridic, 2015, p. 95

²¹ V. C. Saint-Alary-Houin, *Sexualitatea în dreptul civil contemporan*, Ann. Fac. Toulouse, t. 33, 1985, p. 7.

²² Prof. univ. dr. Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, rev., București, Editura Universul Juridic, 2015, p. 95.

²³ CEDO 22 martie 1995, S.W. și C.R. v. Regatul Unit, Civ. 1996, 512, obs. J.-P. Marguénaud.

Se constată că există o contradicție, pe de o parte, se impune o datorie conjugală în cazul cuplurilor căsătorite și, pe de altă parte, se reprimă orice constrângere în relațiile sexuale dintre soți.

Întrucât relațiile sexuale trebuie să fie voluntare, ar trebui să se precizeze constrângerea pe care o poate folosi unul dintre soți pentru ca celălalt să se achite de obligația legală conjugală.

Problema trebuie studiată și sub aspectul consimțământului acordat în momentul celebrării căsătoriei. Pentru a nu se afla în situația unei constrângeri, care să intre în sfera penalului, se pune întrebarea dacă este necesar ca acest consimțământ să fie întotdeauna repetat pentru fiecare act constituent al relațiilor sexuale dintre soți. Astfel, ar trebui clarificate responsabilitățile fiecărui soț în ceea ce privește obligația conjugală. O astfel de clarificare, însă, nu se poate face în mod obiectiv, ci trebuie avute în vedere particularitățile fiecărei relații de cuplu.

În cazul în care se invocă o astfel de cauză într-un proces de divorț, ar trebui stabilit în principal dacă nerespectarea acestei obligații a dus la imposibilitatea continuării căsătoriei. În acest caz, putem considera că pe toată durata căsătoriei este valabil consimțământul exprimat la încheierea acesteia, relațiile conjugale fiind parte constituantă a mariajului.

Însă, atunci discutăm de o cauză penală, este evident că trebuie să avem în vedere dacă la momentul producerii faptei, respectiv, a violului, soțul avea consimțământul soției. Atunci când discutăm de relații conjugale obținute prin violență, vom considera, cu just temei, că acel consimțământ exprimat la încheierea căsătoriei a fost dat pentru relații consensuale și, în niciun caz, nu poate fi folosit de soț pentru a disculpa un comportament abuziv.

4. Obligația de sprijin moral

4.1. Conceptul de sprijin moral

În realitate, întotdeauna a fost foarte dificil să se stabilească conținutul juridic concret al acestei obligații. Ca efect al căsătoriei, obligația de sprijin moral se referă la asistența acordată de soți unul altuia în problemele cotidiene pe durata mariajului²⁴.

Soții sunt datori, din punct de vedere moral, să se consulte reciproc în ceea ce privește problemele căsătoriei. Anumiți autori²⁵ consideră că un mariaj trebuie guvernat de principiul codeciziei. Acesta presupune ca soții să hotărască împreună în vederea îndeplinirii unui act sau a luării unei decizii, alegând soluția cea mai potrivită²⁶.

4.2. Obligația de asistență în caz de boală

În practică pot apărea anumite situații care extind efectele obligației de sprijin moral reciproc de la o chestiune pur morală la o obligație de a face, care apare în mod esențial atunci când unul dintre soți se află în imposibilitatea de a produce un venit din motive neimputabile ori este bolnav sau infirm.

Obligația de sprijin moral reciproc poate avea și un caracter pecuniar, atunci când din motive neimputabile, unul dintre soți nu poate produce un venit și, astfel, nu-și poate asigura existența. În această situație, putem considera că este de datoria soțului care produce un venit să asigure cele necesare traiului. Întreținerea familiei este o obligație ce incumbă soțului care produce un venit. În practică sunt întâlnite nenumărate cazuri în care soția este nevoită să se ocupe de unul sau mai mulți copii minori, asigurându-le acestora creșterea și educarea, situație în care soțul, producător de venit, este dator să întrețină atât copii minori, cât și pe soția sa.

4.3. Obligația soțului culpabil de a acorda celui alt soț sprijin moral în caz de divorț

Încălcarea obligației de sprijin moral se poate produce în mai multe modalități, cum ar fi: lipsa de sinceritate, răbdare, solidaritate, onoare, curtoazie, respect reciproc, etc. Aceste valori morale sunt fundamentale oricărei relații și, cu atât mai mult, unui mariaj. Este aproape imposibil să putem obliga un soț, culpabil de încălcarea acestei obligații pe durata căsătoriei, ca pe durata divorțului să o respecte. Ca o măsură coercitivă, soțul poate fi obligat la un comportament cel puțin civilizat, care să nu afecteze și mai mult celălalt soț. În cazul în care se constată că nerespectarea acestei obligații aduce prejudicii grave, soțul afectat de comportamentul inadecvat poate cere eventuale daune morale.

4.3. Sancțiuni

Încălcarea obligației de sprijin moral reciproc poate atrage răspunderea civilă, contravențională sau penală a celui în culpă²⁷.

Art. 378 alin. 1 lit. a Cod penal prevede că săvârșirea de către o persoană a unei fapte de natură să pună în pericol viața unui membru al familiei constituie infracțiunea de abandon de familie. Aceste dispoziții legale se aplică și în

²⁴ Aurelian Ionașcu, Mircea Mureșan, Mircea N. Costin, Victor Ursa, *Familia și rolul ei în societatea socialistă*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1975, p. 108.

²⁵ Emese Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimurile matrimoniale. Filiația*, ediția 5, Ed. C. H. Beck, București, 2016, p. 95.

²⁶ Prof. univ. dr. Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, rev., București, Editura Universul Juridic, 2015, p. 93.

²⁷ Prof. univ. dr. Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ediția a III-a, rev., București, Editura Universul Juridic, 2015, p. 93.

cazul în care infracțiunea este săvârșită de unul dintre soți prin lăsarea celuilalt soț în stare de necesitate, expunându-l la anumite suferințe fizice sau morale.

Este sancționată, din punct de vedere penal, fapta de a lăsa un membru al familiei, respectiv soțul fără ajutor, cât și fapta de a nu se achita de obligația legală de întreținere. Deși ambele fapte sunt săvârșite prin inacțiune, acestea pot avea consecințe deosebit de grave.

5. Obligația de respect reciproc

5.1. Exercițarea obligației de respect reciproc

Obligația legală de respect poate îngloba mai multe tipuri de obligații. În afara obligațiilor amintite mai sus, putem spune că soții sunt datori ca pe durata mariajului să aibă un comportament adecvat unul față de celălalt.

Soții trebuie să respecte profesia celuilalt și să se susțină reciproc în toate aspectele legate de aceasta. În același sens, este necesar ca soții să respecte pasiunile fiecăruia, obiceiurile, relațiile sociale, să-și ofere afecțiune unul altuia.

5.2. Sancțiuni

Nerespectarea acestei obligații poate avea ca rezultat imposibilitatea continuării mariajului. Aceste deficiențe pot conduce la desfacerea căsătoriei în funcție gravitatea faptei săvârșite de soț, putând ajunge chiar la fapte de natură penală. Acestea pot include vătămări fizice sau psihice ori agresuni față de celălalt soț. Cele mai comune sunt: lipsa loialității față de celălalt, încălcarea onoarei, lipsa de afecțiune, neglijarea, refuzul de a participa la activități de interes pentru celălalt soț, interzicerea anumitor relații interumane, dezvoltarea anumitor vicii, etc.

În practica judiciară pot apărea diverse situații, spre exemplu: alcoolismul sau refuzul de a se supune unui tratament medical pentru suprimarea dependenței²⁸ pot constitui motiv de divorț pentru încălcarea obligației de respect reciproc, refuzul de a recurge la asistență medicală pentru procreare sau procrearea unui copil fără luarea în considerare a opoziției celuilalt soț²⁹, faptul de a avea o intervenție chirurgicală pentru a schimba sexul fără acordul soțului³⁰.

6. Efectele căsătoriei asupra numelor soților

6.1. Efectele asupra numelui soților pe durata mariajului

Soții au la dispoziție, conform art.282 Cod civil, mai multe variante: păstrarea numelor de dinaintea căsătoriei, purtarea numelui comun a oricărui dintre soți, reunirea ambelor nume sau purtarea doar de către unul dintre soți a numelor reunite.

Potrivit art.311 Cod Civil soții sunt obligați să poarte numele declarat la încheierea căsătoriei. Schimbarea numelui unuia dintre soți, atunci când aceștia au nume comun, este permisă pe cale administrativă, însă numai cu acordul celuilalt soț. Considerăm că această soluție ar putea fi modificată, în sensul că legea ar putea permite modificarea numelui fără acordul celuilalt soț pentru motive temeinice (spre exemplu profesia soțului care dorește să-și modifice numele, începerea procedurilor de divorț, atunci când păstrarea numelui comun afectează imaginea, demnitatea sau onoarea etc.).

În doctrină³¹ au fost analizate câteva situații speciale în ceea ce privește numele soților. Unul dintre cazuri este acela al soțului supraviețuitor care poartă numele de familie al soțului predecedat. În situația în care acesta dorește să se recăsătorească poate să păstreze numele soțului predecedat și, mai mult de atât, poate să convină ca acesta să fie numele comun în noua căsătorie. Considerentele care au stat la baza acestei opinii se referă la faptul că dreptul la nume nu poate fi îngrădit, dar și la situația că legiuitorul nu face diferența între modurile de dobândire a numelui, atunci când se referă la numele declarat de viitorii soți.

6.2. Existența unui drept de folosință asupra numelui purtat pe durata căsătoriei

Prin declarația dată la încheierea căsătoriei se conferă soților un drept de folosință asupra numelui purtat ulterior încheierii căsătoriei. În eventualitatea unui divorț, soții pot decide revenirea la numele purtate anterior sau, cu acordul celuilalt soț, păstrarea numelui purtat pe durata mariajului.

Divorțul nu distinge între soț și soție, motiv pentru care ambii soți își pierd, în caz de divorț, utilizarea numelui soțului său. Utilizarea numelui se poate face numai cu acordul celuilalt soț. Din punct de vedere practic s-a pus problema, dacă soțul este îndreptățit să solicite revenirea soției la numele purtat anterior căsătoriei. Practica judiciară³²

²⁸ Aix-en-Provence, 27 februarie 2008, Dr. fam 2008. Comm. 142, obs. V. Larribau-Terneyre, D. 2009. Pan. 832, obs. L. Williatte-Pellitteri Bordeaux, 19 Martie 2008, Familie Dr. 2008. Com. 142, D. 2009. Pan., 832, L. Williatte-Pellitteri obs.

²⁹ Nîmes, 21 martie 2007, JCP 2007. II, 10149, nota J. Vassaux, Dr. fam., 2008. 91, Obs., J. Hauser.

³⁰ Nîmes, 07 iunie 2000, Dr. fam 2001. Comm 4 Obs H. Lécuyer, RTD civ 2001 335 Obs J. Hauser.

³¹ Alexandru Bacaci, Viorica Claudia Dumitrache, Cristina Codruța Hageanu, *Dreptul familiei*, ediția a 6-a, Editura C.H. Beck, București, 2009, p. 40.

³² CEDO, 22 februarie 1994, Burghartz c / Elveția, seria a 280-B, D. 1995. 5, notează JP Marguénaud, a considerat contrar art. 8 și 14 din Convenția europeană privind drepturile omului ca legislația elvețiană să nu permită femeii purtarea numelui soțului ulterior încetării căsătoriei.

a statuat că este contrar art. 8 și 14 din Convenția europeană privind drepturile omului, ca legislația națională să stabilească numele de purtat de soți.

O problemă din punct de vedere practic apare atunci când soțul, care a primit acceptul celuilalt soț pentru purtarea numelui comun, se recăsătorește, deoarece art. 282 Cod civil se aplică și în acest caz. Altfel, soțul din a doua căsătorie poate hotărî purtarea numelui obținut de soțul său în urma primei căsătorii. Din punct de vedere legal această situație nu este prevăzută și se pune problema dacă soțul al cărui nume este în discuție poate interveni în această situație. Considerăm că odată finalizat divorțul, soțul care și-a dat acordul pentru purtarea numelui său de către celălalt soț nu mai poate revenii asupra acestui aspect. Există însă posibilitatea de solicita în această situație eventuale despăgubiri³³, atunci când folosirea numelui poate afecta imaginea³⁴, spre exemplu în cazul unei persoane publice, sau pur și simplu produce un disconfort fostului soț al cărui nume este în discuție.

6.2. Efectele încetării căsătoriei asupra numelui purtat pe durata căsătoriei

În cazul în care căsătoria se încheie prin moartea unuia dintre soți, alegerea de a menține utilizarea numelui purtat pe durata căsătoriei se realizează în mod automat. Aceasta este o consecință, în principal, a caracterului social al numelui purtat de soți pe durata căsătoriei. În dreptul civil român, purtarea numelui soțului defunct ulterior încheierii căsătoriei are un caracter absolut.

În practică au existat anumite situații în care familia defunctului s-a opus utilizării de către soțul supraviețuitor a numelui comun, deoarece au considerat ca aceasta abuzează prin diferite modalități de numele purtat. Acest aspect poate fi observat în concret în cazul în care soțul supraviețuitor alege să se recăsătorească³⁵.

Spre deosebire de situația încetării căsătoriei prin deces, în cazul divorțului soțul care a luat numele comun nu poate păstra acest nume, decât cu acordul soțului al cărui nume îl poartă.

Capacitatea de a folosi numele soțului poate rezulta din acordul acestuia sau din soluția dată de instanță, însă numai în cazul în care solicitantul justifică un interes special pentru el sau pentru copii.

³³ TGI Briey, 30 iunie 1966, JCP 1967. II. 15130, nota J. Carbonnier.

³⁴ Anne Claire Aune, *Le phenomene de multiplication de droit subjectifs en droit de personnes et de la famille*, Ed. Presses Universitaires d'aix Marseille, 2007, p. 247.

³⁵ C. Rondeau-Rivier, *Recăsătoria*, teza, Lyon, 1981, p. 173 și următoarele.

OPINII PRIVIND EXERCITAREA EXCLUSIVĂ A AUTORITĂȚII PĂRINTEȘTI ÎN CAZUL DECESULUI UNUIA DINTRE PĂRINȚI

Marius Ionel NICOLAU*

Abstract: *As a rule, the parental rights and duties — those related to the minor as well as those related to his/her property — are exercised by both parents jointly and equally by virtue of full equality of rights of the parents, which is an additional guarantee in regard to the protection of the best interest of the minor. Thus, on the basis of this fundamental principle, the parents do not act in a dispersed manner, each on his/her own, but in concert, as they are obliged to unite their efforts for an overall action.*

The rule that both parents exercise parental authority in common cannot lead to the conclusion that there can be no situations — whether in law or in fact — in which its exercise rests entirely with only one of the parents. Thus, if one of the parents is deceased, declared dead by a court order, declared mentally incompetent, is suspended from the exercise of parental rights or, if for any reason is unable to express his or her will, the other parent exercises parental authority alone.

Interpreting the provisions of art. 110 par. (1) of the Civil Code, one can see that the death of one of the parents automatically leads to the exclusive exercise of parental rights and duties by the surviving parent without the need for the intervention of the Central Family Court respectively when the end of the parental rights and duties of the deceased spouse occurs.

The transmission of the exercise of parental authority to the surviving parent is simple and complete in the sense that it is accomplished through the mere fact of the death of the parent exercising the parental authority in common and covers the entire ensemble of parental rights and duties. The ensemble of the prerogatives of parental authority is given to the remaining parent, under the sole reserve of the rights that could not have been withdrawn from the parent affected by a partial forfeiture. Intervening by virtue of law, the transmission is carried out in full and it is not necessary for the holder to request it in court

Key words : *the exclusive exercise of parental authority, deceased parents, minor*

I. Considerații generale

Conform preambulului Convenției cu privire la drepturile copilului¹, acesta trebuie să crească împreună cu părinții săi, într-o atmosferă de fericire, dragoste și înțelegere, pentru dezvoltarea armonioasă a tuturor aspectelor ce țin de personalitatea sa. În principiu, instituția fundamentală prin care se realizează protecția și dezvoltarea copilului este mediul familial în cadrul căruia tatăl și mama copilului sunt protectorii săi naturali².

Reglementările anterioare noului Cod civil în materia ocrotirii persoanei fizice minore respectiv a ”ocrotirii părințești” și implicit în materia drepturilor și îndatoririlor părințești se regăseau, în principal, în Codul familiei³, respectiv în Legea nr. 272/2004⁴ și Legea nr. 273/2004⁵; sub auspiciile Codului civil de la 1864⁶, Titlul VIII din Cartea I - Despre persoane, poartă denumirea marginală ”Despre puterea părințească”.

Pe data intrării în vigoare a Codului civil⁷ și a Legii nr. 71/2011⁸ pentru punerea în aplicare a Legii 287/2009 privind Codul civil, aceste reglementări au fost abrogate total - Codul familiei- și, parțial, -Legea nr. 272/2004-, noul Cod civil devenind principalul act normativ care reglementează în mod unitar domeniul ocrotirii persoanei fizice minore prin părinți sub denumirea de ”autoritate părințească”. Astfel, ocrotirea persoanei fizice minore este

* Judecător, Tribunalul Hunedoara; Doctorand, Universitatea ”Lucian Blaga” Sibiu; e-mail mariusnicolau@yahoo.com

¹ Convenția cu privire la drepturile copilului a fost adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite a 20 noiembrie 1989 și a fost ratificată de România prin Legea nr. 18/1990 publicată în Monitorul Oficial nr. 109 din 28 septembrie 1990 și republicată în Monitorul Oficial nr. 314 din 13 iunie 2001.

² Raportul celei de-a V-a sesiuni a Comitetului pentru Drepturile Copilului, ianuarie 1994, Anexa V, în Manualul pentru implementarea convenției cu privire la drepturile copilului, Ediție revizuită, lucrare elaborată pentru UNICEF de Hodkin R., Newell P., Editura Vanemonde 2004, p. 104.

³ Codul familiei a fost adoptat prin Legea nr. 4/1953 (publicată în Buletinul Oficial, nr. 1/1954) și abrogat expres prin art. 230 lit. m) din Legea nr. 71/2011 publicată în Monitorul Oficial, nr. 409/2011.

⁴ Legea nr. 272/2004 a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 557/2004.

⁵ Legea nr. 273/2004 a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 557/2004 și, apoi, republicată în Monitorul Oficial, nr. 788/2009, nr. 259/2012 și nr. 739/2016, fiind ulterior modificată și completată. Inițial, Legea nr. 273/2004 a fost denumită: „privind regimul juridic al adopției”. Actuala denumire a fost stabilită de art. 50 pct. 1 din Legea nr. 76/2012. Noua denumire a Legii nr. 273/2004 a fost impusă de faptul că, în prezent, „regimul juridic al adopției” este reglementat de art. 451-482 C. civ. și, urmare modificărilor suferite, această lege cuprinde doar norme de procedură în legătură cu încuviințarea adopției.

⁶ Codul Civil 1864 a fost decretat la 26 noiembrie 1864, promulgat la 04 decembrie 1864 și a intrat în vigoare la data de 01 decembrie 1865. Acest Cod a fost abrogat expres prin art. 230 lit. a) din Legea nr. 71/2011.

⁷ Adoptat prin Legea nr. 287/2009 publicată în Monitorul Oficial nr. 511/2009.

⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 409/2011.

regementată de dispozițiile generale cuprinse în art. 483 - 512 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil precum și de dispozițiile speciale ale Legii nr. 272/2004.

Prin definiție, drepturile și îndatoririle părintești au un caracter personal și continuu exercitându-se de la nașterea copilului minor și până la împlinirea de către acesta a vârstei de 18 ani⁹ sau până la dobândirea capacității depline de exercițiu anterior vârstei de 18 ani¹⁰.

De regulă, drepturile și îndatoririle părintești -atât cele privind persoana minorului cât și cele referitoare la bunurile acestuia- se exercită de către ambii părinți în comun și în mod egal în virtutea deplinei egalități în drepturi ale părinților ceea ce constituie o garanție în plus cu privire la ocrotirea interesului superior al minorului. Astfel, în baza acestui principiu fundamental, părinții nu acționează dispersat, fiecare cu partea lui, ci în mod concertat ei fiind datori să-și unească eforturile pentru o acțiune de ansamblu.

Regula că ambii părinți își exercită în comun drepturile și îndatoririle părintești nu poate conduce la concluzia că nu pot exista situații – de drept sau de fapt- în care exercitarea autorității părintești revine în totalitate numai unuia dintre părinți.

Exercitarea doar de către unul dintre părinți a drepturilor și îndatoririlor părintești nu este nouă¹¹ în dreptul civil românesc fiind inspirată din dreptul francez¹² și al provinciei Quebec¹³, deși există în alte sisteme de drept precum cel spaniol¹⁴, belgian¹⁵, grecesc¹⁶, norvegian¹⁷, suedez¹⁸, polonez¹⁹, italian²⁰, austriac.

Astfel, Codul civil român, în cap. III intitulat "exercitarea autorității părintești", a instituit o serie de excepții de la regula exercitării de către ambii părinți în comun și în mod egal a drepturilor și îndatoririlor privind persoana minorului cât și cele referitoare la bunurile acestuia. Astfel, unul dintre părinți exercită singur, total sau parțial, drepturile și îndatoririle privind persoana și bunurile minorului dacă celălalt părinte este decedat sau declarat mort prin hotărâre judecătorească definitivă, este pus sub interdicție judecătorească respectiv este decăzut din exercițiul drepturilor părintești sau, din orice motiv, se află în neputință de a-și exprima voința cu privire la minor²¹.

Bineînțeles că soluția este aceeași și în situația în care copilul din afara căsătoriei își are stabilită filiația numai față de un singur părinte sau în ipoteza în care un minor a fost adoptat doar de către o singură persoană.

II. Exercitarea exclusivă a autorității părintești în cazul decesului unuia dintre părinți

Moartea unei persoane este un fapt juridic care are marchează sfârșitul capacității de folosință a drepturilor și obligațiilor civile inclusiv capacitatea de folosință a drepturilor și îndatoririlor părintești. În situația în care părinți sunt decedați sau declarați decedați se instituie tutela minorului²². Deși tutorele îndeplinește total sau parțial drepturile și îndatoririle privind persoana minorului, aceasta nu înseamnă că aceste drepturi și îndatoriri sunt identice cu cele ale părinților firești, fiind doar asemănătoare cu aceasta, întrucât în cazul instituirii tutelei nu are loc o transmitere a drepturilor și îndatoririlor părintești în patrimoniul tutorelui²³ ci doar o exercitare temporară în interesul minorului a acestora de către o altă persoană decât părinții acestuia.

Interpretând per a contrario dispozițiile art. 110 alin. (1) Cod civil rezultă că decesul unuia dintre părinți conduce în mod automat la exercitarea exclusivă a drepturilor și îndatoririlor părintești de către părintele supraviețuitor fără a fi nevoie de intervenția instanței de tutelă respectiv la încetarea definitivă a exercițiului drepturilor și îndatoririlor părintești de către soțul decedat.

Transmiterea exercitării autorității părintești către părintele supraviețuitor este simplă și integrală în sensul că se realizează prin simplul fapt al decesului părintelui care exercită în comun autoritatea părintească și vizează întreg ansamblul al drepturilor și îndatoririlor părintești. Ansamblul prerogativelor autorității părintești este conferit

⁹ Potrivit art. 38 alin. (1) Cod civil, persoana fizică dobândește capacitate de exercițiu deplină la data când împlinește 18 ani.

¹⁰ Potrivit art. 39 alin. (1) și (2) Cod civil, persoana fizică care nu a împlinit 18 ani dobândește, prin căsătorie, capacitate deplină de exercițiu. În situația în care căsătoria este anulată și persoana fizică nu a împlinit vârsta de 18 ani la data anulării căsătoriei, persoana fizică minoră care a fost de bună credință la încheierea căsătoriei anulate își menține capacitatea deplină de exercițiu.

¹¹ Reglementarea anterioară era reprezentată de art. 98 alin. (2) Codul familiei abrogat odată cu intrarea în vigoare a noului Codului civil și a Legii nr. 71/2011.

¹² Art. 373 Cod civil francez.

¹³ Art. 606 alin. (1) Cod civil Quebec.

¹⁴ Art. 170 Cod civil spaniol.

¹⁵ Art. 388 Cod civil belgian.

¹⁶ art. 1511 - 1648 Cod civil grecesc.

¹⁷ Art. 60 alin. (1) Legea copilului Norvegia 1981.

¹⁸ Capitolul 6 Codul suedez al copilului și parintilor.

¹⁹ art. 109 Codul polonez al familiei și al tutelei.

²⁰ art. 371 alin. (1) Cod civil italian.

²¹ Art. 507 alin. (1) Cod civil.

²² Potrivit art. 110 alin. (1) Cod civil, tutela asupra minorului se instituie atunci când părintele față de care s-a stabilit legătura de rudenie cu minorul sau ambii părinți sunt, decedați, decăzuți din exercițiul drepturilor părintești sau li s-a aplicat pedeapsa penală a interzicerii drepturilor părintești, puși sub interdicție judecătorească, necunoscuți, dispăruți ori declarați judecătorește morți.

²³ Gavrilăscu A.-Ghe., *Ocrotirea minorului prin tutelă. Drepturile și obligațiile tutorelui și obligațiile părintești. Aspecte comparative în Analele Universității "Constantin Brâncuși" Tg. Jiu, seria Științe Juridice, nr. 2/2010, p. 159.*

părintelui rămas, sub singura rezervă a drepturilor care ar fi putut să nu-i fie retrase părintelui afectat de o decădere parțială. Intervenind în virtutea legii, transmiterea se realizează deplin drept nefiind necesar ca titularul acesteia să o ceară în instanță.

Astfel, în urma decesului unuia dintre părinți (în speța, mama) iar copilul minor locuiește împreună cu bunicii materni, acțiunea tatălui de încredințare a copilului minor -întrucât mama acestuia a decedat- este inadmisibilă²⁴. Pentru valorificarea drepturilor părintești, tatăl are la îndemână calea acțiunii prevăzute de art. 103 Codul Familiei (art. 495 Cod civil)²⁵. Pentru identitate de rațiune, bunicii nu pot pretinde în contra mamei minorului încredințarea copilului minor spre creștere și educare întrucât, cu excepția cazurilor enumerate de art. 113 Codul familiei (art. 110 Codul civil), când copilul este ocrotit prin instituirea tutelei, acesta locuiește și va fi crescut de părinții săi, iar dacă unul este decedat, de părintele rămas în viață.²⁶

Pe cale de excepție²⁷, atunci când părintele supraviețuitor este privat de exercițiul tuturor drepturilor și îndatoririlor privind persoana minorului, instanța de tutelă poate dispune plasamentul minorului la o terță persoană sau familie, aflate sau nu în legătură de rudenie cu minorul, sau la o instituție de ocrotire care îndeplinește drepturile și îndatoririle care revin acestui părinte cu privire la persoana minorului²⁸. Instanța de tutelă stabilește măsura plasamentului, la cererea autorității publice cu atribuții în domeniul asistenței sociale și a protecției copilului, în situațiile indicate de art. 65 alin. (2), respectiv²⁹ în situația minorului ai cărui părinți sunt morți sau declarați judecătorește morți sau dispăruți, sunt decăzuți din exercițiul drepturilor și îndatoririlor părintești sau li s-a aplicat pedeapsa interzicerii acestora. De asemenea, se instituie plasamentul copilului și în situația în care părinții acestuia sunt puși sub interdicție precum și în situația copilului necunoscut sau a copilului găsit sau copilul părăsit în unități spitalicești³⁰.

Decesul persoanei fizice este un fapt juridic care se constată fizic, în mod direct, prin examinarea cadavrului și se stabilește prin certificat constatator întocmit și semnat de un medic iar, în această ipoteză, nu se poate recurge la procedura declarării morții, ci este necesar a se obține certificatul de deces conform legii privind actele de stare civilă³¹. Totuși, atâta vreme cât moartea persoanei nu a fost constatată și nici nu a putut fi constatată în mod direct, calitatea de subiect de drept civil continuă să existe din punct de vedere juridic, oricât de incertă ar fi această calitate sub aspectul împrejurărilor de fapt. În acest sens, legiuitorul a instituit prezumția potrivit căreia orice persoană dispărută este considerată a fi în viață cu excepția cazului în care a intervenit o hotărâre judecătorească declarativă de moarte rămasă definitivă³². Prin urmare, în intervalul de timp scurs între dispariția persoanei și declararea definitivă a morții prin hotărâre judecătorească, persoana fizică dispărută este considerată a fi în viață și niciun efect din acelea pe care legea le leagă de un asemenea eveniment (moartea) nu se va produce încă³³.

Declararea judecătorească a morții intervine, la solicitarea oricărei persoane interesate inclusiv a minorului, în cazul în care o părintele este dispărut și există indicii ca a încetat din viață³⁴. Nu orice absență a părintelui de la domiciliu acestuia (concediu, studii în străinătate, tratamente medicale prelungite în altă localitate sau în altă țară, plecarea la muncă în străinătate) conduce, prin ea însăși, la pronunțarea unei hotărâri privind declararea judecătorească a morții³⁵. Astfel, pentru introducerea cererii având ca obiect declararea judecătorească a morții este necesar ca această absență să îndeplinească cumulativ două condiții respectiv: să aibă o durată minimă de 2 ani de zile³⁶ și să existe presupunerea rezonabilă că persoana nu ar mai fi în viață. În esență³⁷, ceea ce caracterizează

²⁴ Curtea de Apel București- Secția civilă, *Decizia nr. 938/1995* nepublicată.

²⁵ În reglementarea actuală potrivit art. 495 alin. (1) Cod civil, părinții pot cere oricând instanței de tutelă înapoierea copilului de la orice persoană care îl deține fără drept.

²⁶ Curtea de Apel Cluj – Secția civilă, *Decizia nr. 2790/2001*, în *Buletinul Jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 2001*, Editura Lumina Lex, București, 2002, p. 269-271.

²⁷ Potrivit art. 373-3 alin. (3) Cod civil francez atunci când judecătorul dispune după divorț (separarea părinților) cu privire la modalitățile de exercitare a autorității părintești, aceasta poate dispune, părinții fiind în viață, că, în caz de deces a celui ce exercită autoritatea, copilul nu va fi încredințat supraviețuitorului, putând desemna, în acest caz, persoana căreia îi va fi încredințat. Această excludere prin anticipare nu poate fi concepută decât dacă este justificată de situații excepționale.

²⁸ Art. 399 alin. (1) Cod civil.

²⁹ Gavrilesco A. Gh., Unele considerații în legătură cu exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor părintești în cazul stabilirii măsurii de protecție specială a plasamentului de către comisia pentru protecția copilului, *Dreptul* nr. 2/2011, p. 77.

³⁰ Art. 65 alin. (2) lit) a din Legea nr. 272/2004.

³¹ Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția civilă, *Decizia civilă nr. 2147/2004* apud. Terzea V., *Noul Cod civil. Adnotat cu doctrină și jurisprudență*. Vol. I (Art. 1 – 1163), ediția I, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 86

³² Art. 53 alin. (1) Cod civil.

³³ Chelaru E., *Comentariu, în Noul Cod civil. Comentariu pe articole art. 1-2664*, coord. Baiaș Fl. A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I., Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 58.

³⁴ Art. 49 alin. (1) Cod civil.

³⁵ Ungureanu O., Munteanu C., *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, ediția a 3-a, revăzută și adăugită, Editura Hamangiu, 2015, p. 171.

³⁶ Termenul de 2 ani reprezintă atât o condiție pentru pronunțarea hotărârii declarative de moarte, cât și o condiție de exercitare a acțiunii, de unde rezultă că sesizarea instanței anterior împlinirii termenului de 2 ani atrage respingerea cererii introductive ca prematură. Beleiu Gh., *Drept civil român, Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Casa de Editură și Presă "Șansa" SRL, București, 1992, p. 267.

³⁷ Dogaru I., Popa N., Dănișor D.C., Cercel S., *Bazele dreptului civil. Vol. I*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 543.

”dispariția/absența persoanei” este tocmai incertitudinea asupra existenței acestei persoane, sensul expresiei ”dispărut” fiind acela izvorât din dreptul roman: *qui ita absit, ut ignoretur ubi sit, et an sit*³⁸.

În afară de cazul general în care o părintele dispărut poate fi declarat decedat, dacă sunt îndeplinite cerințele legii, legiuitorul stabilește alte două cazuri speciale privind declararea morții pe cale judecătorească, respectiv:

- dacă au trecut cel puțin 6 luni de la data dispariției, poate fi declarat mort cel dispărut în împrejurări deosebite, cum sunt acte de terorism, tsunamiuri, inundații catastrofale, erupții vulcanice, cutremure, catastrofe aeriene, navale, de cale ferată sau rutieră, acte de război, ce conduc la presupunerea rezonabilă a decesului³⁹;

- atunci când faptul decesului este sigur iar cadavrul nu poate fi găsit sau identificat, instanțele de drept comun pot declara moartea părintelui fără a mai fi nevoie a se aștepta împlinirea vreunui termen de la dispariție⁴⁰.

În privința datei decesului părintelui, legiuitorul prevede că acesta a încetat din viață doar de la data stabilită de către judecător prin hotărârea judecătorească rămasă definitivă⁴¹. Data stabilită prin hotărâre judecătorească este doar o probabilitate⁴² și, de aceea, instanța va putea reveni asupra acesteia (nu intră în putere de lucru judecat), dacă se va dovedi că acea dată este una inexactă, întrucât, din probele administrate ulterior, reiese presupunerea rezonabilă că este mai aproape de adevăr o altă dată a decesului⁴³. Dacă în hotărârea judecătorească se omite a se arăta ora morții, legiuitorul a instituit prezumția că părintele declarat mort a încetat din viață la ora 24 a zilei indicate ca fiind aceea a decesului⁴⁴. Astfel, hotărârea judecătorească de moarte are efecte retroactive care coboară în timp până la data stabilită ca fiind cea a decesului, dată care este întotdeauna anterioară aceleia a pronunțării hotărârii ori a rămânării irevocabile a acesteia⁴⁵. Această hotărâre are caracter constitutiv de drepturi, deoarece creează starea de persoană decedată a părintelui; ea produce efecte juridice atât pentru viitor (ex nunc), cât și pentru trecut (ex tunc), începând cu data și ora stabilită de instanță ca fiind a morții. Efectele ei sunt declarative, dacă avem în vedere că ele se produc din trecut⁴⁶.

În ambele cazuri – moartea reală constatată printr-un acte de deces sau declararea judecătorească a morții-, problema exercitării autorității părintești vizează numai copii concepuți până la data decesului care, în ipoteza morții naturale, este data calendaristică a încetării din viață a părintelui respectiv, iar în ipoteza declarării judecătorești a morții, este data stabilită prin hotărâre declarativă de moarte ca fiind cea a decesului. În cazul prezumției de paternitate a copilului conceput în timpul căsătoriei, dar născut la mai puțin de 300 zile de la încetarea, desfacerea sau desființarea căsătoriei (și fără ca mama să se fi recăsătorit între timp), este suficient ca o singură zi din timpul legal al concepției, adică din intervalul de 121 zile, să se găsească în timpul căsătoriei, pentru ca filiația să fie stabilită, în temeiul legii, față de fostul soț al mamei⁴⁷.

În ceea ce privește copiii din căsătorie, concepuți în perioada cuprinsă între data morții și aceea a rămânării definitive a hotărârii judecătorești declarative de moarte, care beneficiau de prezumția de paternitate câtă vreme nu a intervenit hotărârea declarativă de moarte, aceștia încetează a mai fi socotiți ai bărbatului declarat mort⁴⁸.

Ocrotirea copiilor concepuți ulterior datei morții stabilite prin hotărâre judecătorească se va face potrivit cu situația juridică în care aceștia se găsesc: copii din căsătoria subsecventă a mamei, copii din afara căsătoriei cu filiația paternă nestabilită⁴⁹, copii din afara căsătoriei cu filiația față de tată legal stabilită prin recunoaștere sau hotărâre judecătorească⁵⁰.

În ipoteza în care moartea unuia dintre părinți a fost declarată, data morții este aceea stabilită prin hotărârea instanței, persoana în cauză fiind considerată în viață până la rămânerea definitivă a sentinței în cauză. În fapt, exercitarea autorității părintești este asigurată doar de către un singur părinte atât în timpul cuprins între data stabilită a

³⁸ care lipsește în așa mod, încât nu se știe unde se găsește și dacă mai există.

³⁹ Art. 50 alin. (1) Cod civil.

⁴⁰ Art. 50 alin. (3) Cod civil.

⁴¹ Art. 52 alin. (1) teza I Cod civil.

⁴² Răuschi Șt., *Drept civil*, Editura Fundației ”Chemarea”, Iași, 1993, p. 206.

⁴³ Fodor M. Drimer I.-C., *Declararea judecătorească a morții în reglementarea noului Cod civil și a noului Cod de procedură civilă*, Dreptul nr. 4/2013, p. 75.

⁴⁴ Art. 52 alin. (1) teza II Cod civil.

⁴⁵ Reghini I., Diaconescu Ș., Vasilescu P., *Introducere în dreptul civil*, Editura Sfera Juridică, București, 2008, p. 114.

⁴⁶ Despre efectele hotărârilor judecătorești în reglementarea anterioară a se vedea, Leș. I., *Principii și instituții de drept procesual civil*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 463.

⁴⁷ Florian E., *Dreptul familiei*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 260.

⁴⁸ Tribunalul Regional Târgu Mureș, *Decizia nr. 938/03.06.1957* în Legalitatea Populară nr. 3/1958, p. 98 apud Oprescu M.A., Ocrotirea părintească, teză doctorat Universitatea Lucian Blaga Sibiu, p. 215.

⁴⁹ Pentru promovarea acțiunii în stabilirea paternității este necesar ca reclamantul să nu aibă starea civilă de copil din timpul căsătoriei, adică să nu se bucure de prezumția de paternitate. Așa fiind, în cazul în care se invocă împrejurarea că soțul mamei ar fi dispărut în cursul unor fapte de război, acțiunea în stabilirea paternității din afara căsătoriei este admisibilă numai dacă în prealabil, s-a obținut o hotărâre de declarare a morții, din care să rezulte că data decesului soțului mamei se situează în afara timpului legal al concepției. Tribunalul Județean Timiș, *Decizia civilă nr. 1198/1971*, în Revista Română de Drept nr. 11/1972, p. 162.

⁵⁰ Atunci când soțul mamei este declarat mort prin hotărâre judecătorească, căsătoria încetează la data morții stabilite prin hotărâre. Copilul născut la mai mult de 300 de zile de la încetarea căsătoriei nu mai are ca tată pe soțul mamei. El este considerat a fi copil din afara căsătoriei și, prin urmare, poate să își stabilească filiația fie prin acțiune în stabilirea paternității, fie ca urmare a recunoașterii făcute de un alt bărbat. A se vedea, Tribunalul Județean Timiș – Secția Civilă, *Decizia nr. 117/30.10.1987* în Revista Română de Drept nr. 11/1987, apud. Irimescu L., *Filiația față de tată. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 2.

morții și rămânerea definitivă a actului instanței, cât și ulterior rămânerii definitive a hotărârii, însă temeiul juridic este diferit: până în momentul rămânerii definitive a hotărârii, părintele aflat în viață va exercita singur ocrotirea părintească în temeiul art. 507 alin. (1) ipoteza finală Cod civil –neputința de a-și manifesta voința- iar după acest moment, în temeiul art. art. 507 alin. (1) ipoteza I Cod civil, decesul unuia dintre părinți.

Atunci când hotărârea declarativă de moarte este anulată ca urmare a reapariției celui declarat mort⁵¹, acesta își recapătă drepturile și îndatoririle părintești exercitate până atunci numai de către celălalt părinte, autoritatea părintească exercitându-se în comun în condiții de deplină egalitate⁵².

O situație aparte neignorată de către legiuitor o reprezintă cea în care soțul supraviețuitor s-a recăsătorit iar, ulterior, hotărârea declarativă de moarte este anulată. În aceste circumstanțe, art. 293 alin. (2) Cod civil prevede că noua căsătorie rămâne valabilă dacă soțul celui declarat mort a fost de bună credință. Dar dacă din prima căsătorie au rezultat copii se pune în discuție cui va reveni exercitarea autorității părintești în ipoteza reapariției soțului declarat mort. Art. 404 Cod civil prevede că dispozițiile referitoare la efectele divorțului se vor aplica prin asemănare. Așadar, instanța poate să decidă, ținând cont de interesul superior al copilului, fie exercitarea împreună și în mod egal a autorității părintești fie exercitarea unilaterală, probabil, în favoarea soțului care a exercitat-o până la momentul anulării hotărârii judecătorești declarative de moarte.

⁵¹ Potrivit art. 54 alin. (1) Cod civil dacă cel declarat mort este în viață, se poate cere, oricând, anularea hotărârii prin care s-a declarat moartea de către orice persoană interesată inclusiv de către persoana moartă.

⁵² Oprescu M.A., *Ocrotirea părintească*, teză doctorat Universitatea Lucian Blaga Sibiu, p. 216.

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT II**

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA STABILIREA CARACTERULUI DE ORDINE PUBLICĂ SAU DE ORDINE PRIVATĂ AL NORMELOR DE COMPETENȚĂ TERITORIALĂ A INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI

Nicolae-Horia ȚIȚ*

Abstract: The article analyses the criteria on the basis of which the public order or private order character of territorial jurisdiction rules is determined by reference to the characterization of the elements of the juridical relationship inferred to the judiciary and the exclusivity of the rule of competence.

Key-words: competence; absolute competence; relative competence; exclusive competence.

1. Considerații prealabile

Clasificarea normelor de competență constituie un element important al cercetării instituțiilor procedurii civile. Identificarea criteriilor după care se realizează clasificările și corecta calificare a categoriilor rezultate în urma aplicării acestuia constituie o preocupare tradițională a doctrinei, care răspunde unor certe necesități practice¹. Astfel, determinarea caracterului de ordine publică, respectiv de ordine privată al normelor de competență are o importanță aparte pentru că, pe de o parte, configurează dreptul părților ca, printr-o convenție atributivă de competență, să deroge de la normele de competență prevăzute de lege (determinând, în acest fel, o prorogare convențională de competență), pe de altă parte, relevă posibilitatea instanței de a invoca din oficiu necompetența, în cadrul verificărilor pe care aceasta trebuie să le facă, în debutul fazei de cercetare a procesului civil². Reglementarea actuală prezintă anumite elemente de specificitate, prin raportare la soluțiile legislative adoptate anterior, în special în ceea ce privește regimul juridic al invocării necompetenței de către instanță și criteriile pe baza cărora urmează a fi calificat caracterul de ordine publică ori, după caz, de ordine privată, al normelor de competență³.

Distincția dintre cele două categorii de norme este făcută în contextul reglementării regimului juridic al excepției de necompetență. Sub chiar această denumire marginală, art. 129 C. pr. civ. precizează, la alin. (1) că „necompetența este de ordine publică sau privată”. Separarea are, așadar, în vedere, un scop funcțional, practic: acela al stabilirii participanților la proces care pot invoca necompetența și a momentului până la care aceasta poate fi ridicată, pe cale de excepție, în cursul procedurii.

Cu privire la acest aspect, facem o scurtă observație: verificarea competenței constituie o sub-etapă procedurală fundamentală și obligatorie oricărei proceduri jurisdicționale. În redactarea actualului Cod de procedură civilă, această regulă de drept a fost reglementată expres la art. 131 alin. (1) C. pr. civ., care precizează că „...judecătorul este obligat, din oficiu, să verifice și să stabilească dacă instanța este competentă general, material și teritorial să judece pricina...”⁴. Această verificare are loc în procedură contradictorie, cu respectarea tuturor garanțiilor specifice acestui

* Lector univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept; e-mail: horia.tit@gmail.com

¹ Heroanu E., *Principiile procedurii judiciare*, Institutul de Arte Grafice „Lupta” N. Stroilă, București, 1932, pp. 482-485; Vasilescu P., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă, Vol. II – Jurisdicția – Acțiunea – Competența*, Institutul de Arte Grafice A. Țerek, Iași, 1941, pp. 396-414; Cădere V. G., *Tratat de procedură civilă*, ediția a II-a, Tipografiile Române Unite S.A., București, f.a., pp. 131-157; Porumb G., *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Editura Științifică, București, 1960, pp. 99-103 și pp. 351-357; Stoenescu I., Porumb G., *Drept procesual civil român*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1966, pp. 79-81; Stoenescu I., Zilberstein S., *Drept procesual civil, Teoria generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1977, pp. 180-184; Negru V., Radu D., *Drept procesual civil*, Editura Didactică și Pedagogică, București, f.a., pp. 89-90.

² Sub acest aspect, distincția prezintă relevanță numai în procedura contradictorie. În cea necontradictorie, potrivit art. 529 alin. (1) C. pr. civ., „instanța își verifică din oficiu competența, chiar dacă este de ordine privată, putând cere părții lămuririle necesare”. Prin urmare, distincția competență de ordine publică/de ordine privată este de o mai mică importanță în această materie sau, altfel spus, în materie necontencioasă, regimul juridic al invocării necompetenței este unul specific normelor de ordine publică, raportat la caracteristicile acestor proceduri și, în special, la faptul că, în absența unui pârât, nu ar exista un actor procesual care să poată invoca nerespectarea unor norme de ordine privată. A se vedea Belegante V., *Comentariu la art. 529 C. pr. civ.*, în Ciobanu V. M., Nicolae M., *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat*, Vol. II – art. 527-1134, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 14-17; Boroi G., Stancu M., *Drept procesual civil*, ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 851; Răducan G., *Drept procesual civil. Căile de atac. Procedura necontencioasă judiciară. Proceduri speciale*, Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 279-280.

³ Zidaru Gh.-L., *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, în Ciobanu V. M., Nicolae M., *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat*, Vol. II – art. 527-1134, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 488-490; Idem, *Competența instanțelor judecătorești în dreptul procesual civil român și german*, Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 553-555; Constanda A., *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, în Boroi G. (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Vol. I. Art. 1-455, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 381-383.

⁴ Unii autori au remarcat o „lipsă de armonie” între dispozițiile art. 131 C. pr. civ. și cele de la art. 130 alin. (3) C. pr. civ., provenită din regimul juridic al invocării necompetenței de ordine privată (a se vedea Leș I., *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, art. 1-1133*, Editura C.H. Beck, București, 2013, p. 218; Boroi G., Stancu M., *op. cit.*, p. 295). Necorelarea este, însă, doar aparentă: chiar dacă instanța sesizată nu poate invoca din oficiu necompetența de ordine privată, aceasta nu înseamnă că nu își va verifica propria competență și sub acest aspect. Spre deosebire însă de situațiile de necompetență de ordine privată, în cazul în care constată o eventuală necompetență de ordine privată, instanța va verifica dacă pârâtul a invocat, în termen, excepția în acest sens; în caz contrar, instanța se va declara competentă, ca urmare a

principiu, dar înainte de a fi efectuate alte acte de procedură specifice etapei de cercetare a procesului (art. 131 C. pr. civ. precizează, la alin. (1), că verificarea competenței se realizează la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate, iar la alin. (2) se subliniază că amânarea judecării în vederea verificării competenței poate avea loc numai „în mod excepțional” și doar o singură dată)⁵. Verificarea competenței se materializează, ca act de procedură, într-o încheiere interlocutorie⁶; prin alte cuvinte, instanța nu va mai putea reveni asupra soluției prin care s-a declarat competentă, urmând a soluționa cauza, iar partea eventual nemulțumită de soluția instanței cu privire la competență va putea formula o cale de atac numai în măsura în care hotărârea prin care se finalizează judecata îi este nefavorabilă (condiționat, în majoritatea situațiilor, și de invocarea necompetenței pe cale de excepție în fața instanței care s-a declarat competentă)⁷.

Revenind la distincția făcută de art. 129 alin. (1) C. pr. civ., textul de lege fructifică o soluție legislativă devenită tradițională și anticipată de modificările aduse Codului de procedură civilă anterior prin Legea nr. 202/2010. Determinarea cazurilor de necompetență de ordine publică pare a fi făcută, la o primă lectură, în mod expres, în cele trei puncte ale art. 129 alin. (2), situațiile în care necompetența are caracter de ordine privată rezultând, potrivit alin. (3), prin excludere. Se remarcă menținerea de către legiuitor a soluției legislative ce consacră caracterul de ordine publică al normelor ce guvernează competența generală și competența materială a instanțelor judecătorești⁸. Problematica determinării criteriilor în funcție de care se poate stabili caracterul de ordine publică ori, după caz, de ordine privată al normelor de competență vizează, prin urmare, doar pe cele referitoare la competența teritorială. În legătură cu acest aspect, analizând dispozițiile art. 129 alin. (2) pct. 3 C. pr. civ. („în cazul încălcării competenței teritoriale exclusive, când procesul este de competența unei alte instanțe de același grad și părțile nu o pot înlătura”), constatăm că stabilirea caracterului de ordine publică a normelor care guvernează competența teritorială presupune determinări și calificări suplimentare, punându-se problema identificării ipostazelor în care părțile pot înlătura (sau nu) regulile de competență prevăzute de lege.

decăderii pârâtului din dreptul de a mai invoca excepția, care produce efect de prorogare de competență. Prin urmare, verificarea competenței se va face indiferent de caracterul de ordine publică sau de ordine privată al normelor care o reglementează și chiar dacă, în a doua situație, instanța nu ar putea invoca, din oficiu, necompetența, instanța urmând a se declara competentă dacă pârâtul nu a invocat excepția potrivit art. 130 alin. (3) C. pr. civ. A se vedea, în acest sens, Zidaru Gh. L., *Comentariu la art. 131 C. pr. civ.*, în Ciobanu V. M., Nicolae M., *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat*, Vol. II – art. 527-1134, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 534, nota de subsol nr. 3.

⁵ A se vedea, pentru detalii, Boroi G., Stancu M., *op. cit.*, pp. 294-299; Constanda A., *Comentariu la art. 131 C. pr. civ.*, în Boroi G. (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Vol. I. Art. 1-455, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 392-395; Zidaru Gh. L., *Comentariu la art. 131 C. pr. civ.*, loc. cit., pp. 533-539.

⁶ Art. 131 alin. (1) teza a II-a C. pr. civ. menționează în mod expres caracterul interlocutoriu al încheierii de verificare a competenței, fiind înlăturate astfel orice controverse cu privire la posibilitatea judecătorului de a reveni asupra soluției date cu privire la competența instanței. Aceeași concluzie se desprinde și din dispozițiile art. 106 alin. (1) C. pr. civ. și art. 107 alin. (2) C. pr. civ., eventuala modificare, pe parcursul judecării, a unor elemente de fapt pe baza cărora instanța și-a verificat și stabilit competența (cuantumul valorii cererii de chemare în judecată, domiciliul sau sediul pârâtului), neputând atrage consecința declinării de competență.

⁷ Din acest punct de vedere, menționarea, la art. 200 C. pr. civ. în legătură cu elementele supuse analizei în sub-faza de verificare și regularizare a cererii de chemare în judecată, a competenței, ca urmare a modificărilor intervenit prin Legea nr. 138/2014, este de natură să creeze confuzii cu privire la momentul și contextul procesual în care această verificare trebuie să aibă loc. Folosirea, la art. 200 alin. (1) și (2) C. pr. civ., a noțiunii de „competență” este, în opinia noastră, nefericită, ba chiar incorectă; în cadrul acestei proceduri (care are caracter necontencios, cererea de chemare în judecată urmând a fi comunicată pârâtului doar ulterior parcurgerii sale), instanța nu își va verifica competența, ci va analiza doar chestiunile referitoare la normele de organizare judiciară și internă referitoare la stabilirea secției, or, după caz, a completului specializat care va soluționa cauza (ceea ce, în practică, de multe ori, în mod incorect, este desemnat prin folosirea noțiunii de „competență funcțională”). Rezultatul acestei verificări nu va putea fi altul decât cel prevăzut de art. 200 alin. (2) C. pr. civ.: „trimiterea dosarului completului specializat competent sau, după caz, secției specializate din cadrul instanței sesizate”. Regulile referitoare la necompetență și la conflictele de competență se aplică doar „prin asemănare” (aspect precizat și la art. 136 alin. (1) C. pr. civ.), tocmai pentru că ceea ce se verifică în etapa de regularizare nu sunt norme de competență. Verificarea competenței nu se va face de instanță decât la momentul indicat de art. 131 C. pr. civ., adică după parcurgerea etapei scrise, de sesizare a instanței și după îndeplinirea actelor de procedură prevăzute de art. 201 C. pr. civ. Cu alte cuvinte, etapa scrisă va fi întotdeauna efectuată de instanța sesizată de reclamant, aceasta urmând a se declara competentă sau, după caz, a-și declina competența ulterior, la începutul fazei de cercetare a procesului, cu respectarea principiului contradictorialității (a se vedea, în acest sens, Theohari D. N., *Comentariu la art. 200 C. pr. civ.*, în Boroi G. (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Vol. I. Art. 1-455, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 569-572).

⁸ În legătură cu competența materială, s-a remarcat că există legislații care consacră posibilitatea unei prorogări convenționale de competență și în legătură cu aceasta. Astfel, dreptul german consacră dreptul părților de a stabili competența instanței, sub aspect material și teritorial, cu excepția cazurilor în care competența are caracter exclusiv (a se vedea Zidaru Gh.-L., *Competența instanțelor judecătorești...*, pp. 494-498).

Sub aspectul necompetenței, deci al regimului juridic al invocării normelor de competență, calificarea expresă a celor referitoare la competența materială ca fiind de ordine publică nu este, însă, suficientă pentru a configura regimul juridic al invocării excepției; valorificând soluția legislativă anticipată de Legea nr. 202/2010, Codul de procedură civilă limitează temporal posibilitatea judecătorului de a invoca necompetența, creând, astfel, un regim juridic *sui generis*, care împrumută anumite elemente specifice competenței materiale. Soluția legislativă a fost criticată în doctrină, afirmându-se că este de natură să „bulverseze logica intrinsecă a normelor de competență” (Deleanu I., *Tratat de procedură civilă*, Vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 600).

2. Stabilirea criteriilor de determinare a caracterului de ordine publică sau de ordine privată al normelor de competență teritorială a instanțelor judecătorești

Redactarea art. 129 alin. (2) pct. 3 C. pr. civ. tinde să conducă, la o primă lectură, la identificarea cazurilor de necompetență de ordine publică cu cele de încălcare a competenței teritoriale exclusive. Situațiile în care părțile nu pot înlătura competența unei instanțe de același grad, par a fi, în redactarea textului, cele în care competența teritorială are caracter exclusiv⁹. Această interpretare ar fi de natură să confere demersului de stabilire a cazurilor de competență de ordine publică un caracter circular: sunt de ordine publică cazurile de necompetență în care sunt încălcate situațiile de competență exclusivă, iar acestea sunt cele care presupun că părțile nu au dreptul de a înlătura dispozițiile de competență prevăzute de lege, adică în cazurile în care competența are caracter de ordine publică.

În realitate, analiza dispozițiilor art. 129 alin. (2) pct. 3 C. pr. civ. trebuie realizată prin raportare la criteriile enumerate de art. 126 alin. (1) C. pr. civ., calificarea normelor de competență ca fiind de ordine publică prin raportare la caracterul exclusiv al acestora nefiind singurul și, putem spune, nici măcar cel mai important. Din contră, textul de lege pare a consacra, cu caracter prioritar, un alt criteriu de stabilire a ordinii publice în materie, anume acela al obiectului și al naturii juridice a drepturilor deduse judecării prin cererea de chemare în judecată.

Înainte de a purcede la analiza criteriilor prevăzute de art. 126 alin. (1) C. pr. civ., se impune a fi făcută o distincție necesară, pentru a prefața argumentele pe care le vom arăta mai jos. Art. 126 C. pr. civ. poartă denumirea marginală „alegerea de competență”, instituție care nu trebuie confundată cu cea la care se referă art. 116 C. pr. civ., a cărei denumire marginală este „alegerea instanței”¹⁰. Aceasta din urmă se referă la dreptul reclamantului de a alege „între mai multe instanțe deopotrivă competente”, prin urmare corespunde situațiilor de competență teritorială alternativă, prevăzute de lege. Posibilitatea conferită, în acest sens, reclamantului, constituie opusul competenței exclusive (care, prin definiție, exclude un astfel de drept de alegere), dar nu are, în același timp, valențe de incompatibilitate cu noțiunea de competență de ordine publică. Din contră, așa cum vom arăta și mai jos, pot fi identificate situații în care competența alternativă are caracter de ordine publică. Dreptul conferit, prin lege, reclamantului, de a alege între mai multe instanțe pe care tot legea le stabilește ca fiind competente, nu presupune, așadar, o prorogare de competență; în plus, alegerea instanței, în cazurile de competență alternativă, este făcută exclusiv de către reclamant, dreptul său fiind, sub acest aspect, potestativ¹¹.

Alegerea de competență presupune, pe de altă parte, o derogare de la normele de competență prevăzute de lege, care poate interveni numai prin acordul de voință al părților, manifestat în condițiile legii¹². Altfel spus, dacă în cazul prevăzut de art. 116 C. pr. civ., alegerea este făcută prin simpla manifestare de voință a reclamantului care, sesizând una dintre instanțele prevăzute de lege ca fiind competente, exercită și epuizează, în același timp, dreptul său de alegere, în situațiile care intră sub incidența art. 126 C. pr. civ., asistăm la o derogare de la dispozițiile de competență prevăzute de lege, făcută în baza acordului de voință al părților, și care conduce la o prorogare convențională de competență, adică la situația în care pricina va fi soluționată de o altă instanță decât cea sau cele pe care legea le indică drept competentă sau competente. Așa cum vom arăta în urma identificării și analizării criteriilor de stabilire a caracterului de ordine publică ori privată a normelor de competență teritorială, cele care reglementează situații de competență alternativă pot fi, la rândul lor, norme de competență de ordine publică sau privată, cu consecința că, în prima situație, dreptul de alegere al reclamantului nu poate fi înlăturat printr-un acord de voință al părților, în timp ce, în cea de-a doua situație, acest drept va fi înlăturat, părțile stabilind prin acordul lor instanța ce urmează să soluționeze procesul.

Art. 126 alin. (1) C. pr. civ. prevede, în scopul determinării situațiilor în care părțile, printr-o convenție de alegere a forului, pot stabili competența unei alte instanțe decât cea care ar deveni competentă să le soluționeze litigiul prin aplicarea regulii impuse prin lege, două seturi de criterii: pe de o parte, teza întâi se referă la „procesele privitoare la bunuri și la alte drepturi de care acestea pot să dispună”, în cazul acestora fiindu-le permis părților ca, prin convenție, să dispună ca litigiul să fie judecat de altă instanță decât cea care, potrivit legii, ar fi competentă teritorial; *per a contrario*, în cazul litigiilor care nu se referă la bunuri ori la drepturi de care părțile pot să dispună, o astfel de manifestare de voință a părților este prohibită, ceea ce echivalează cu calificarea normei de competență ca fiind de ordine publică; pe de altă parte, teza a doua distinge între cazurile în care legea stabilește reguli de competență teritorială cu caracter de drept comun ori, după caz, reguli de competență alternativă și cele în care competența are caracter exclusiv, acestea din urmă având, în toate cazurile, caracter de ordine publică.

⁹ Majoritatea opiniilor exprimate în doctrină consideră, în acest sens, că noțiunea de competență teritorială absolută sau de ordine publică este sinonimă cu cea de competență teritorială exclusivă: Constanda A., *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, loc. cit., pp. 381-382, Zidaru Gh. L., *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, loc. cit. p. 488.

¹⁰ Denumirea marginală a art. 126 C. pr. civ. – „alegerea de competență” – a fost criticată în doctrină, apreciindu-se că mai potrivită ar fi fost denumirea de „prorogarea convențională a competenței” sau „convenția atributivă de competență”. A se vedea I. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Vol. I (art. 1-621)*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 213.

¹¹ Frențiu G. L., Băldean D.-L., *Noul Cod de procedură civilă*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 226.

¹² Pentru o analiză detaliată a condițiilor prorogării convenționale de competență a se vedea Zidaru Gh.-L., *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, loc. cit. pp. 490-497; Idem, *Competența instanțelor judecătorești...*, pp. 556-567.

Topografia textului de lege conduce la concluzia că, în operațiune de aplicare a acestuia, cel de-al doilea criteriu are caracter subsidiar: în măsura în care interpretatorul stabilește, pe baza primului criteriu, că norma are caracter absolut (litigiul se referă la drepturi de care părțile nu pot să dispună), recurgerea la cel de-al doilea criteriu devine inutilă; caracterul exclusiv al normei de competență teritorială va fi analizat, așadar, numai în cazul în care, recurgând la primul criteriu, chestiunea referitoare la calificarea normei de competență ca fiind de ordine publică nu este încă lămurită¹³. Această metodă de determinare a caracterului de ordine publică a normelor de competență teritorială conduce la rezultate practice care dezavuează concluzia la care s-ar putea ajunge la o primă lectură a art. 129 alin. (2) pct. 3 C. pr. civ., anume aceea a suprapunerii totale a noțiunii de competență teritorială de ordine publică (absolută) cu cea de competență teritorială exclusivă; din contră, aplicarea celor două etape ale raționamentului, impuse de redactarea art. 126 alin. (1) C. pr. civ., configurează existența unor situații în care norme de competență teritorială de drept comun ori alternative au caracter absolut, raportat la natura non-dispozitivă a drepturilor care intră în conținutul raportului juridic litigios¹⁴.

3. Criteriul referitor la obiectul cererii de chemare în judecată și natura dreptului dedus judecății

Prima categorie de criterii în funcție de care urmează a fi determinat caracterul de ordine publică ori de ordine privată al normelor de competență teritorială aplicabile într-o cauză civilă este, așa cum am arătat, cel care privește elementele raportului juridic dedus judecății, respectiv posibilitatea părților de a dispune cu privire la aceste elemente.

În legătură cu aplicabilitatea acestui criteriu se impun a fi făcute două observații cu caracter prealabil. Astfel, în primul rând, este de remarcat că redactarea art. 126 alin. (1) teza I C. pr. civ. este sensibil diferită de cea a textului corespondent din reglementarea anterioară (art. 19 din Codul de procedură civilă 1865), care făcea referire, exclusiv, la „pricini privitoare la bunuri”. Textul actual, valorificând interpretări doctrinare și tendințe jurisprudențiale, consacră dreptul părților de a încheia o convenție atributivă de competență și în cazul în care litigiul privește „alte drepturi de care acestea pot să dispună”, sfera de aplicare a textului de lege fiind, în acest fel, în mod explicit, lărgită.

În al doilea rând, textul art. 126 alin. (1) teza I C. pr. civ. relevă o anumită inconsecvență a legiuitorului, deoarece referirea la bunuri pare că vizează obiectul acțiunii, iar cea la „drepturi de care acestea pot să dispună” conduce, mai mult, spre dreptul subiectiv dedus judecății, adică spre temeiul pe care reclamantul îl invocă (dreptul încălcat, nerespectat de către pârât). În plus, redactarea pare că face o confuzie deranjantă între obiectul raportului dedus judecății (bunuri) și conținutul raportului juridic dedus judecății (drepturi), folosirea sintagmei „alte drepturi” fiind inexactă, bunurile, nefiind, în mod evident, drepturi și nici invers.

În realitate, apreciem că ambele criterii menționate de art. 126 alin. (1) teza I C. pr. civ. (bunuri, respectiv drepturi de care părțile pot să dispună) vizează elementele raportului juridic dedus judecății, astfel cum sunt descrise în motivarea cererii de chemare în judecată. Prin urmare, în vederea stabilirii caracterului de ordine publică sau de ordine privată al normelor de competență teritorială aplicabile în cauză, instanța va califica dreptul subiectiv care intră în conținutul raportului juridic dedus judecății și obligația corelativă acestuia, punându-se problema de a stabili dacă și în ce măsură acesta poate face obiectul unei tranzacții, adică dacă intră în sfera disponibilității părților. În măsura în care dreptul pe care reclamantul își întemeiază pretenția este unul cu privire la care părțile pot să dispună, acestea pot deroga, prin acordul lor de voințe, și de la normele de competență teritorială aplicabile¹⁵. Criteriul de determinare a

¹³ Spre exemplu, raportat la primul criteriu, o cauză având ca obiect un bun imobil ar putea fi guvernată de o normă de competență teritorială de ordine privată; aplicând criteriul din teza a doua, în măsura în care cauza se încadrează în ipotezele de la art. 117 C. pr. civ., norma de competență va fi calificată ca fiind de ordine publică.

¹⁴ Cel mai la îndemână exemplu, în acest sens, este oferit de art. 113 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ., care instituie o regulă de competență teritorială alternativă în materia cererilor privitoare la stabilirea filiației. Conținutul raportului juridic litigios este, în această situație, unul care nu ar permite părților să recurgă la o tranzacție, drept pentru care situația nu ar putea fi încadrată în ipoteza art. 126 alin. (1) teza I C. pr. civ. Aplicând *per a contrario* această teză, rezultă că, în cererile privitoare la filiație, părțile nu ar putea stabili, prin acordul lor de voințe, o altă instanță competentă teritorial decât cea indicată de lege; or, legea prevede pentru această categorie de litigii, o competență alternativă care, prin urmare, are caracter de ordine publică.

Această calificare atrage două consecințe: pe de o parte, părțile nu ar putea stabili competența unei alte instanțe decât cele indicate de art. 113 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ. (instanța stabilită potrivit regulii de competență teritorială de drept comun și, alternativ, instanța domiciliului reclamantului); pe de altă parte, părțile nu ar putea, prin acordul lor de voințe, să înlăture sau să limiteze dreptul de alegere al reclamantului între instanțele stabilite de lege ca fiind deopotrivă competente. În cazul sesizării unei alte instanțe decât cele stabilite de lege, instanța va putea invoca din oficiu necompetența, chiar dacă acesta nu provine din încălcarea unei norme de competență exclusivă (așa cum, în mod incorect, ar putea fi interpretat art. 129 alin. (2) pct. 3 C. pr. civ.), cu consecința declinării către instanța stabilită potrivit regulii de drept comun, deoarece, pe de o parte, doar reclamantul are dreptul de alegere dintre mai multe instanțe deopotrivă competente (art. 116 C. pr. civ.), pe de altă parte, ca urmare a sesizării unei instanțe necompetente, reclamantul este decăzut din acest drept.

A se vedea Boroi G., Stancu M., *op. cit.*, p. 180, nota de subsol nr. 1; Constanda A., *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, loc. cit., p. 382. Autorii citați consideră că regula prevăzută de art. 113 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ. este, în același timp, una de competență alternativă și exclusivă, rămânând tributari concepției asimilării noțiunii de competență absolută sau de ordine publică cu cea de competență exclusivă.

¹⁵ Concluzia se impune și prin prisma argumentului *a fortiori*: dacă părțile ar putea încheia, în astfel de situații, o convenție arbitrală, prin care litigiul să fie dat în jurisdicția alternativă a arbitrajului, cu atât mai mult vor putea să stabilească, prin acordul lor, o altă instanță de același grad care să le soluționeze litigiul decât cea indicată de norma prevăzută de lege. Între sfera de aplicare a regulilor de competență relativă, potrivit art. 126 alin. (1) C. pr. civ., și cele referitoare la obiectul arbitrajului (art. 542 alin. (1) C. pr. civ.) nu există, însă, o suprapunere deplină. Astfel, părțile nu ar putea încheia o convenție de alegere a forului în cazurile în care dreptul dedus judecății este unul de care nu ar putea dispune,

caracterului de ordine publică al normelor de competență va fi, așadar, în principal, unul de drept substanțial, pentru că presupune calificarea elementelor raportului juridic dedus judecății, astfel cum sunt descrise prin cererea de chemare în judecată. Și din aceste motive, spre deosebire de soluția legislativă a Codului de procedură civilă 1865, descrierea situației de fapt (adică identificarea, în cuprinsul cererii de chemare în judecată, a elementelor raportului juridic dedus judecății) constituie, în actuala reglementare, unul dintre elementele intrinseci esențiale ale cererii de chemare în judecată, prevăzut de lege sub sancțiunea nulității (art. 196 C. pr. civ.)¹⁶.

Elementele raportului juridic de drept material configurează regimul juridic al normelor de procedură referitoare la competență¹⁷. Formularea de către reclamant a unei pretenții, prevăzută de lege drept condiție de exercitare a acțiunii civile (art. 32 alin. (1) lit. c) C. pr. civ.), precum și obligația de a indica motivele de fapt ale acesteia (art. 196 alin. (1) C. pr. civ.), constituie „resursele” pe care judecătorul le va avea în vedere pentru calificarea necesară determinării caracterului absolut sau relativ al normelor de competență. Această calificare va fi făcută, așa cum am arătat și mai sus, în debutul fazei de cercetare a procesului, prin urmare ea va avea în vedere aproape exclusiv descrierea elementelor raportului juridic făcută de reclamant în cuprinsul cererii de chemare în judecată¹⁸. Ipoteza administrării de probe pentru verificarea competenței este una marginală și prevăzută în mod excepțional (art. 131 alin. (2) C. pr. civ.).

Prin urmare, instanța va avea în vedere, pentru stabilirea în concret a caracterului normelor de competență elementele din cuprinsul cererii de chemare în judecată, acestea fiind, de altfel, și cele care configurează cadrul procesual de care judecătorul, ca regulă, este ținut. Potrivit art. 22 alin. (4) C. pr. civ., judecătorul are obligația de a da sau de a restabili calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății; calificarea elementelor raportului juridic dedus judecății prin cererea de chemare în judecată și stabilirea de către instanță a încadrării sau neîncadrării acestora în ipotezele art. 126 alin. (1) teza I C. pr. civ. corespunde pe deplin acestei obligații, reglementată în sfera mai largă a prerogativelor instanței referitoare la aflarea adevărului.

4. Criteriul referitor la caracterul exclusiv al normei de competență teritorială

Așa cum am arătat și mai sus, criteriul prevăzut de art. 126 alin. (1) teza a doua C. pr. civ. vizează determinarea caracterului exclusiv al normei de competență teritorială. Aplicarea acestui criteriu va fi făcută cu caracter subsidiar, numai în situațiile în care primul criteriu, cel referitor la calificarea naturii dispozitive a elementelor raportului juridic dedus judecății se dovedește insuficient pentru stabilirea caracterului de ordine publică sau de ordine privată al normelor de competență teritorială.

Reglementarea actuală a abandonat sistemul desemnării exprese a situațiilor de competență exclusivă (art. 19 C. pr. civ. 1865 indica în mod expres textele de lege care, constituind excepții de la regula posibilității părților de a încheia o convenție atributivă de competență, în ipoteza pricinilor privitoare la bunuri, configurau situațiile de competență teritorială exclusivă), acestea fiind recognoscibile prin analiza redactării textelor de lege. Astfel, cazurile de competență teritorială exclusivă sunt „marcate” de legiuitor prin folosirea sintagmei „numai la” (art. 117, art. 121 C. pr. civ.) ori a sintagmei „sunt de competență exclusivă” (art. 118, art. 119, art. 120 C. pr. civ.). Această metodă de legiferare creează, prin urmare, posibilitatea edictării a nenumărate situații în care regulile de competență teritorială să aibă caracter exclusiv, fără a fi necesară intervenția asupra art. 126 alin. (1) C. pr. civ.

Pe lângă modul de redactare a textului de lege, trebuie avute în vedere ca situații de competență teritorială exclusivă și cele în care intenția legiuitorului a fost de a stabili jurisdicția unei anumite instanțe, chiar dacă aceasta nu este marcată în mod expres prin folosirea uneia dintre sintagmele sus menționate. În doctrină a fost reținută o astfel de situație în legătură cu competența Tribunalului București de a soluționa anumite cereri în materia proprietății intelectuale (spre exemplu, cererea de anulare a mărcii, potrivit art. 47 alin. (1) din Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice)¹⁹ ori cu competența Tribunalului Constanța și Galați în cauzele maritime și fluviale (art. 42¹ din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară)²⁰. Prin urmare, din analiza reglementărilor care configurează o soluție legislativă cu caracter special în ceea ce privește determinarea competenței teritoriale a instanței de judecată

afirmație valabilă și în cazul convenției arbitrale. Pe lângă această categorie de situații, art. 542 alin. (1) C. pr. civ. scoate din sfera de litigii arbitrabile și pe cele referitoare la starea civilă, capacitatea persoanelor, dezbateră succesoră, relațiile de familie (pentru detalii, a se vedea Briciu Tr. C., *Comentariu la art. 542 C. pr. civ.*, în Ciobanu V. M., Nicolae M., *op. cit.*, pp. 65-75). Prin urmare, categoria de litigii cu privire la care părțile nu ar putea încheia o convenție arbitrală este mai largă decât cea a litigiilor cu privire la care părțile ar putea încheia o convenție atributivă de competență.

¹⁶ Theohari D. N., *Comentariu la art. 196 C. pr. civ.*, în Boroi G. (coordonator), *op. cit.*, p. 537; Leș I., *Noul Cod de procedură civilă...*, p. 330).

¹⁷ Așa cum s-a remarcat în doctrină, „astfel privite lucrurile, posibilitatea părților de a proroga competența teritorială apare ca o prelungire, în plan procesual, a autonomiei de voință specifice dreptului privat” (Gh.-L. Zidaru, *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, loc. cit., p. 489).

¹⁸ În doctrină s-a reținut că „obiectiv, (...) competența de atribuțiune și competența teritorială ale instanțelor judecătorești sunt determinate prin lege, pe baza unor criterii generale și impersonale. Subiectiv însă, cererea de chemare în judecată – ca element al acțiunii civile – individualizează instanța.” (Deleanu I., *Tratat...*, p. 607).

¹⁹ Gh.-L. Zidaru, *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, loc. cit., p. 489, nota de subsol nr. 4.

²⁰ Tăbărcă M., *Drept procesual civil, Vol. I, Teoria generală*, ediția a II-a, Editura Solomon, București, 2017, pp. 801-802.

poate rezulta concluzia stabilirii unor norme de competență teritorială exclusivă, ceea ce implică, în mod automat, că respectiva normă specială are caracter de ordine publică.

Cu toate acestea, simpla reglementare a unei reguli de competență teritorială derogatorie de la norma de competență de drept comun nu trebuie să conducă, în mod automat, la concluzia că aceasta este exclusivă și, prin urmare, de ordine publică²¹. În lipsa unei reglementări exprese în acest sens (prin folosirea unor sintagme precum cele utilizate la art. 117-121 C. pr. civ.) și în absența unei intenții clare a legiuitorului de supune cauze jurisdicției unei anumite instanțe, singurul criteriu în funcție de care se va face aprecierea caracterului de ordine publică sau privată al normelor de competență nu ar putea fi decât cel enunțat de teza I a art. 126 alin. (1) C. pr. civ. (calificarea elementelor raportului juridic dedus judecării).

Având în vedere redactarea actuală a acestuia, apreciem, spre exemplu, că se impune reconsiderarea calificării ca norme de competență teritorială absolută a celor aplicabile în cazul divorțului²². Consacrarea unei largi disponibilități a părților cu privire atât la desfacerea căsătoriei, cât și la cererile accesorii și incidentale specifice divorțului (art. 919 C. pr. civ.), impune o astfel de reconsiderare, respectiv scoaterea divorțului din paradigma regulilor de competență de ordine publică. Aceasta se impune cu atât mai mult cu cât, în ipoteza prevăzută de art. 915 alin. (2) C. pr. civ., legiuitorul a înțeles să recurgă la voința părților drept criteriu prioritar de stabilire a instanței competente; or, este greu de închipuit o justificare pentru care regula de competență teritorială ar avea caracter de ordine publică în situațiile enunțate de alin. (1), dar ar da părților libertatea de a stabili instanța competentă în situațiile de la alin. (2)²³.

Calificarea regulilor de competență teritorială prevăzute de art. 915 alin. (1) C. pr. civ. ca fiind de ordine publică este, în mare parte, un reflex necondiționat dobândit sub imperiul reglementării anterioare, care permitea părților să deroge de la regulile de competență teritorială prevăzute de lege numai în „pricinile privitoare la bunuri” (art. 19 C. pr. civ. 1865). Or, în actuala reglementare, așa cum am arătat și mai sus, dreptul părților de alegere a forului este consacrat în toate situațiile în care părțile pot să dispună cu privire la drepturile deduse judecării. Atât timp cât legea consacră dreptul de dispoziție al părților cu privire la majoritatea cererilor cu care este investită instanța de divorț, ca o prelungire a dispoziției lor cu privire la obiectul judecării, trebuie recunoscut și dreptul de a dispune cu privire la instanța competentă să le soluționeze litigiul, din punct de vedere teritorial.

Un argument în plus rezultă din interpretarea art. 126 alin. (1) C. pr. civ. prin comparație cu art. 542 alin. (1) C. pr. civ., referitor la obiectul arbitrajului. Acesta din urmă stabilește că nu pot face obiectul unei convenții arbitrale litigiile referitoare la „starea civilă, capacitatea persoanelor, dezbateră succesoră, relațiile de familie, precum și drepturile asupra cărora părțile nu pot să dispună”. Textul de lege face o distincție clară între situațiile în care litigiul vizează starea civilă și relațiile de familie și cele referitoare la drepturi de care părțile nu pot să dispună (ipoteză reglementată și de art. 126 alin. (1) C. pr. civ.), rezultând cu claritate că cea de-a doua categorie nu o include, în mod necesar, pe prima. Din contră, formularea textului de lege este clară, substantivul „drepturile” fiind folosit la plural articulat cu articol hotărât, ceea ce are semnificația că teza finală a art. 542 alin. (1) C. pr. civ. se referă la alte situații decât cele enumerate anterior. Situația ar fi fost complet diferită dacă textul ar fi precizat, în partea sa finală, că nu poate face obiectul arbitrajului un litigiu referitor la „alte drepturi de care părțile nu pot să dispună”, pentru că o astfel de redactare ar fi presupus o asimilare a situațiilor anterioare în categoria mai largă a acestor drepturi. Or, din moment ce legiuitorul s-a referit la „drepturile asupra cărora părțile nu pot să dispună”, înseamnă că această categorie este

²¹ Gh.-L. Zidaru, *Comentariu la art. 126 C. pr. civ.*, loc. cit., pp. 489-490; Idem, *Competența instanțelor judecătorești...*, p. 555. În sens contrar, Tăbărcă M., *op. cit.*, p. 801.

²² Majoritatea autorilor califică normele de competență teritorială prevăzute de art. 915 C. pr. civ. ca fiind de ordine publică, făcând trimitere la dispozițiile art. 126 și 129 C. pr. civ.: Boroi G., Stancu M., *op. cit.*, p. 860; Eftimie M., *Comentariu la art. 915 C. pr. civ.*, în Boroi G. (coordonator), *op. cit.*, pp. 729-730; Frențiu G. L., Băldean D.-L., *op. cit.*, p. 1277. Într-o opinie mai nuanțată (Baiaș F. A., *Comentariu la art. 915 C. pr. civ.*, în Ciobanu V. M., Nicolae M. (coordonatori), *op. cit.*, pp. 1110-1111) s-a reținut că normele de competență teritorială prevăzute de art. 915 sunt absolute în anumite situații (atunci când competența aparține judecătorei în a cărei circumscripție se află ultima locuință comună a soților, iar unul dintre ei sau amândoi locuiesc, în continuare, în aceeași circumscripție; atunci când pârâtul are locuința în străinătate, iar instanțele române sunt competente internațional; în ipoteza de la art. 915 alin. (2) teza finală, când competența revine în mod exclusiv Judecătorei Sectorului 5 București) și relative în altele (în cazul în care soții nu au avut o locuință comună sau niciunul dintre ei nu mai locuiește în circumscripția judecătorei unde se află ultima locuință comună, deoarece, susține autorul citat „în această situație, practic, se revine la competența teritorială de drept comun (...) și nu există nicio rațiune pentru a considera că norma instituie o competență teritorială exclusivă...”; în situația reglementată de art. 915 alin. (2) teza I C. pr. civ., respectiv aceea în care niciuna dintre părți nu are domiciliul în țară, ipoteză în care legea permite ca părțile să convină asupra competenței oricărei judecătorei din România). Pentru opinia conform căreia în situația prevăzută de art. 915 alin. (2) teza I C. pr. civ. competența are caracter de ordine privată, a se vedea, de asemenea, Dinu C. C., *Proceduri speciale în noul Cod de procedură civilă*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 22. Pentru opinia conform căreia și în această situație competența are caracter absolut, cu consecința că „în cazul în care, în prezența unui acord al soților de alegere a unei instanțe competente teritorial, reclamantul sesizează o altă instanță, instanța astfel sesizată va putea invoca din oficiu necompetența sa teritorială și va declina competența în favoarea instanței stabilite prin acordul părților”, a se vedea Boroi G., Stancu M., *op. cit.*, p. 860.

²³ Prin Decizia nr. 20/2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul competent să judece recursul în interesul legii (publicată în Monitorul Oficial nr. 1049 din 27 decembrie 2017) s-a stabilit că, în interpretarea și aplicarea art. 915 alin. (2) C. pr. civ., „acordul părților cu privire la alegerea instanței care urmează să soluționeze acțiunea de divorț trebuie să fie exprimat expres”. Motivarea deciziei lasă deschisă, în opinia noastră, calea reconsiderării caracterului de ordine publică al competenței teritoriale a instanței de divorț, deoarece reține că interpretarea dată „este similară soluției legislative conținute de art. 126 din Codul de procedură civilă, privitoare la alegerea competenței în pricinile privitoare la bunuri și la alte drepturi de care părțile pot să dispună” (par. 76).

complet distinctă de cea a litigiilor referitoare la, inter alia, starea civilă și relațiile de familie. Atât timp cât legea nu prevede o limitare a dreptului de dispoziție al părților cu privire la această categorie de litigii și la art. 126 alin. (1) C. pr. civ., înseamnă că acestea nu trebuie excluse, *de plano*, din categoria litigiilor cu privire la care s-ar putea încheia o convenție atributivă de competență, urmând ca instanța să analizeze acest lucru în funcție de posibilitatea ca părțile să dispună cu privire la drepturile deduse judecății prin cererea de chemare în judecată. În cazul divorțului, așa cum am arătat, legea consacră, la momentul de față, o largă disponibilitate a părților cu privire la obiectul judecății, care, în opinia noastră, ar trebui să se răsfrângă și asupra stabilirii caracterului de ordine privată a normelor de competență.

5. Concluzii

Determinarea caracterului de ordine publică sau de ordine privată al normelor de competență teritorială se realizează prin aplicarea a două seturi de criterii, prevăzute de art. 126 alin. (1) C. pr. civ.

Primul set de criterii vizează calificarea elementelor raportului juridic dedus judecății și, în special, a posibilității părților de a dispune cu privire la obiectul acțiunii sau la dreptul subiectiv dedus judecății; o astfel de posibilitate se prelungește, în planul dreptului procesual, prin dreptul de a încheia o convenție atributivă de competență, care să aibă drept efect o prorogare convențională de competență.

Al doilea set de criterii vizează identificarea cazurilor de competență teritorială exclusivă care au, prin definiție, caracter absolut. Acestea, fie sunt „marcate” de legiuitor prin folosirea unor sintagme specifice în redactarea textului de lege (precum cele folosite la art. 117-121 C. pr. civ.), fie rezultă din intenția legiuitorului de supune cauzele dintr-o anumită categorie jurisdicției unei anumite instanțe.

În absența unei determinări exprese sau implicite a unui caz de competență teritorială exclusivă, singurul criteriu aplicabil pentru determinarea caracterului de ordine publică al normelor de competență rămâne cel referitor la caracterul dispozitiv al drepturilor deduse judecății, în aplicarea căruia, anumite situații pe care doctrina și practica tinde să le considere de ordine publică ar trebui reconsiderate (spre exemplu, în cazul divorțului).

ARHITECTURĂ PROCESULUI CIVIL DIN PERSPECTIVA DOCTRINEI CIVILE, A CODULUI CIVIL ȘI A CODULUI DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Pavel FILIP*

Abstract : *The Civil Code and Code of Civil proceedings, in force, have configured a new architecture of civil trial by valuing some of the opinions expressed in the legal papers, related to the definition of notion of civil action, by three significations, procedural, material and as a range of proceeding means, by express ruling of litigious legal report and thus by a logic connection between two elements of civil trial.*

Therefore, the material signification of civil field was ruled in the form of a material right to action with own scope, by art. 2500 of Civil Code, whereas the procedural signification was ruled in the form of a procedural right to action with own scope, by art.30 of Code of civil proceedings, and consists in the notification of competent court by filing a summons.

The overall signification of procedural means of civil action was ruled by art. 29 of code of civil proceedings.

The ruling of material right to action in the civil code has entailed the analysis of it comparatively to what is called subjective civil right in the specialised legal literature, when noticed differences between actual civil subjective right and material right to action as well as the similarities to the right of notification of court.

The code of civil proceedings rules expressly, by art.36, the basic element from the architecture of civil trial, respectively the litigious legal report, the occurrence of which give the holder of subjective civil right the possibility to exercise, concomitantly, the material right to action and the procedural right to notify the competent courts.

By the new ruling of architecture of civil trial, connecting logically the constitutive elements of civil trial, we believe that it is no longer justified to express a different opinion in the legal literature about what is defined by the notions of civil action, material right to action and right to notification.

Key words: *Architecture of civil trial; Civil Code; Code of Civil proceedings; constitutive elements of civil trial*

Introducere

Anterior adoptării actualului Cod civil și al actualului Cod de procedură civilă în literatura de specialitate juridică a existat o controversă cu privire la definirea elementelor constitutive ale procesului civil. Prezentăm unele din opiniile care ni se par cele mai reprezentative.

S-a susținut¹ că sunt elemente ale acțiunii civile părțile, obiectul și cauza.

Despre noțiunea de acțiune civilă s-a susținut că desemnează „ansamblul mijloacelor procesuale prin care se poate realiza protecția judiciară a drepturilor și intereselor civile ocrotite de lege” și că „atunci când se apelează la acțiune aceasta se individualizează și devine proces²”. S-a arătat că acțiunea civilă este legată de dreptul subiectiv și că nu poate exista fără existența unei persoane care să fie interesată în protecția unui drept subiectiv sau a unui interes.

Ar rezulta, din aceste susțineri, că elementele acțiunii civile sunt și elementele procesului civil.

Despre noțiunea de drept la acțiune s-a susținut că desemnează „posibilitatea de a pune în mișcare mijloacele procesuale ce alcătuiesc acțiunea civilă, în scopul realizării protecției judiciare a unui drept sau interes pretins (afirmat)³” și că „(...) în toate aceste cazuri de excepție, dreptul la acțiune rezultă din lege, care arată în mod expres condițiile și eventual termenul în care se poate exercita. Dreptul la acțiune rezultă, de asemenea, din lege în cazul organelor și persoanelor fizice care nu sunt titulari ai unui drept subiectiv(...)”⁴

Despre noțiunea de părți în procesul civil s-a susținut: a) „vorbind de părți avem în vedere persoanele între care s-a legal raportul juridic dedus judecării(...)” și b) părțile legate inițial prin acțiune (...)”⁵ iar prin expresia „obiect al acțiunii”, s-a înțeles, fie protecția dreptului subiectiv, fie protecția unui interes.

Diferit de obiectul acțiunii civile a fost definită expresia „obiect al procesului”, care ar desemna „ceea ce părțile înțeleg să supună judecării, ceea ce ele pretind ca judecătorul să verifice, să aprecieze, să constate, să judece⁶”.

De asemenea, a fost definită expresia „obiect al cererii de chemare în judecată” care ar desemna „pretenția concretă a reclamantului⁷”.

* doctor în drept; e-mail: filip.pavel@yahoo.ro

¹ V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă, Teoria generală*, Ed. Național, București, 1996, vol.I p.p.260-265; G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p.p. 91-116.

² G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p.93.

³ G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p.95.

⁴ V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă, Teoria generală* Ed. Național, București, 1996 vol. I p.259.

⁵ V. M. Ciobanu, *op.cit.*, p.261.

⁶ V. M. Ciobanu, *op.cit.*, p.262.

⁷ V. M. Ciobanu, *op.cit.*, p.262; G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p. 95.

S-a făcut deosebirea dintre ceea ce este denumit prin noțiunea „cauza petendi” și ceea ce este denumit prin noțiunea „cauza debendi”.

Prin noțiunea „cauza acțiunii civile”, denumită și „cauza petendi” s-a înțeles „scopul către care se îndreaptă voința juridică a celui care reclamă sau se apără (scop) explicat prin împrejurările și motivele speciale care au determinat partea să acționeze”⁸.

Prin noțiunea „cauza debendi”, considerată cauză a raportului juridic sau a obligației puse în discuție, s-a înțeles fundamentul dreptului invocat de cel ce formulează pretenția.

Cauza raportului juridic sau a obligației puse în discuție este și cauza cererii de chemare în judecată. Aceasta din urmă – cererea de chemare în judecată - este considerată unul din mijloacele procedurale care intră în conținutul acțiunii civile⁹.

Sintetizând, arhitectura unui proces civil ce rezultă din literatura de specialitate juridică are următoarele elemente: a) raportul juridic dedus judecării, b) cauza raportului juridic dedus judecării, c) părțile raportului juridic dedus judecării care sunt și părțile legate inițiate prin acțiune, d) acțiunea civilă, e) dreptul la acțiune, f) cauza acțiunii civile, g) obiectul acțiunii civile sau procesului civil ori a cererii de chemare în judecată.

Cercetarea dispozițiilor actualului Cod civil și al actualului Cod de procedură civilă relevă existența unei noi arhitecturi a procesului civil, formată din: raportul juridic litigios, drept material la acțiune cu obligația sa corelativă, drept de sesizare a instanței cu obligație sa corelativă, acțiune civilă înțeleasă ca un ansamblu de mijloace procesuale, scop al procesului civil, părțile procesului civil.

Argumentele existenței noii arhitecturi ale procesului civil sunt dispozițiile art.2 alin.2¹⁰, art.26¹¹ art.1164¹², art.2500 alin.1 și 2¹³, art.2545 alin.2¹⁴ din Codul civil art.1¹⁵, art.29¹⁶, art. 30¹⁷ și art.55¹⁸ din Codul de procedură civilă.

Textele de lege citate scot în evidență ceea ce în doctrina civilă este cunoscut sub numele: drept obiectiv, drept subiectiv, obligație, drept material la acțiune, acțiune civilă, dreptul de a sesiza instanța de judecată. De asemenea, scot în evidență definiția legală doar a ceea ce este numit drept material la acțiune, a ceea ce este numit obligație, (definiție la care aveam o obiecție), și ceea ce este numit acțiune civilă.

Examinarea practicii judiciare constituită, prin prisma soluțiilor pronunțate, atât pe temeiul vechiului Cod de procedură civilă cât și pe temeiul noului Cod de procedură civilă, a permis observația potrivit căreia, fie s-a admis acțiunea și se dispune o sancțiune, cum ar fi obligarea pârâtului la o prestație sau anularea, rezoluțiunea, etc., a unui act juridic, fie doar se respinge acțiunea.

În acest din urmă caz și având în vedere definirea noțiunii de acțiune civilă, ni se pare o soluție illogică, de vreme ce, cel puțin o parte din mijloacele procesuale au fost încuviințate și administrate ca fiind legale.

Acest exemplu dar și definirea legală a unor noțiuni au determinat efectuarea cercetării arhitecturii procesului civil și a legăturilor care se stabilesc între elementele ce compun această arhitectură din perspectiva noului Cod civil, a noului Cod de procedură civilă și a literaturii de specialitate juridică, pentru conturarea realităților juridice desemnate prin noțiunile drept obiectiv, drept subiectiv civil și obligație civilă, drept material la acțiune, drept de sesizare a instanței, acțiune civilă, scop și parte în proces.

Despre dreptul obiectiv

În literatura de specialitate juridică dreptul obiectiv civil a fost definit ca „ansamblul normelor juridice care reglementează raporturile patrimoniale și nepatrimoniale stabilite între persoane fizice și persoane juridice **aflate pe poziții de egalitate**”¹⁹.

⁸ V. M. Ciobanu, *op.cit.*, p. 263.

⁹ G. Boroi, D. Rădescu, *op.cit.*, p.96: „Mijloacele procedurale care intră în conținutul acțiunii civile au și ele o cauză specifică. Astfel, cauza cererii de chemare în judecată este fundamentul pretenției formulate, deci cauza raportului juridic dedus judecării (cauza debendi).

¹⁰ Codul civil, art. 2 alin.2. „Prezentul cod este alcătuit dintr-un ansamblu de reguli care constituie dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale”.

¹¹ Codul civil art.26 „Drepturile și libertățile civile ale persoanelor fizice, precum și drepturile și libertățile civile ale persoanelor juridice sunt ocrotite și garantate de lege”.

¹² Codul civil art.1164 „Obligația este o legătură de drept în virtutea căreia debitorul este ținut să procure o prestație creditorului, iar acesta are dreptul să obțină prestația datorată”.

¹³ Codul civil art.2500 alin.1 : „Dreptul material la acțiune, denumit în continuare drept la acțiune, se stinge prin prescripție, dacă nu a fost exercitat în termenul stabilit de lege”; alin.2: „În sensul prezentului titlu, prin drept la acțiune se înțelege dreptul de a constrânge o persoană, cu ajutorul forței publice, să execute o anumită prestație, să respecte o anumită situație juridică sau să suporte orice altă sancțiune civilă, după caz”.

¹⁴ Codul civil art.2545 alin.2: „Neexercitarea dreptului subiectiv înăuntrul termenului stabilit atrage pierderea lui, iar în cazul actelor unilaterale, împiedicarea, în condițiile legii, a săvârșirii lor”.

¹⁵ Cod procedură civilă art.1 : „Codul de procedură civilă, denumit în continuare codul, stabilește regulile de competență și de judecare a cauzelor civil, precum și cele de executare a hotărârilor instanțelor și a altor titluri executorii, în scopul îndeplinirii justiției în materie civilă”.

¹⁶ Cod procedură civilă art. 29: „Acțiunea civilă este ansamblul mijloacelor procesuale prevăzute de lege pentru protecția dreptului subiectiv pretins de către una dintre părți sau a unei alte situații juridice, precum și pentru asigurarea apărării părților în proces”.

¹⁷ Cod procedură Civilă art.30 alin.1 : Oricine are o pretenție împotriva unei alte persoane ori urmărește soluționarea în justiție a unei situații juridice are dreptul să facă o cerere înaintea instanței competente.

¹⁸ C. pr. civilă art.: Sunt părți reclamantul și pârâtul, precum și, în condițiile legii, terțele persoane care intervin voluntar sau forțat în proces.

¹⁹ G. Boroi, C. A. Angheliescu, *Curs de Drept civil, Partea generală*, Ed. Hamangiu, ediția 2, București 2012, p. 2.

Credem că, includerea în definiția doctrinară a expresiei „aflată pe poziții de egalitate” nu corespunde concepției Codului civil, pentru că principiul egalității reglementat de art.30 din Codul civil nu privește egalitatea în raportul juridic patrimonial sau nepatrimonial ci, egalitatea din perspectiva capacității civile, respectiv a capacității de a dobândi drepturi subiective și obligații corelative, a capacității de a-și exercita drepturile și obligațiile civile prin încheierea de acte juridice.

Dacă anterior constituirii unui raport juridic patrimonial sau nepatrimonial se poate vorbi de existența unei poziții de egalitate juridică, din momentul nașterii raportului juridic poziția de egalitate a părților poate să nu existe, pentru că valoarea obiectului prestației la care s-a obligat fiecare parte poate fi diferită.

Apoi, în raporturile juridice patrimoniale și nepatrimoniale un subiect este titularul dreptului subiectiv iar celălalt titularul unei obligații, corelative dreptului subiectiv. Această poziție a părților raportului juridic exclude existența poziției de egalitate și demonstrează existența unei poziții de subordonare a titularului obligației față de titularul dreptului subiectiv. În virtutea acestei subordonări juridice titularul dreptului subiectiv poate apela la dreptul material la acțiune.

Codul civil și Codul de procedură civilă nu definesc expres noțiunea de drept obiectiv. Totuși, din dispozițiile art.2 alin.2 din Codul civil și dispozițiile art. 1 din Codul de procedură civilă rezultă că prin noțiunea de drept obiectiv se desemnează un ansamblu de reguli care guvernează constituirea, desfășurarea și stingerea raporturilor juridice patrimoniale și nepatrimoniale, stabilirea competenței instanțelor de judecare a cauzelor civile, executarea hotărârilor pronunțate de instanțe și a altor titluri executorii.

Regulile stabilite prin Codul civil și prin Codul de procedură civilă, odată instituite, dobândesc o existență independentă față de persoanele la care se referă, motiv pentru care au primit denumirea de drept obiectiv²⁰.

Despre dreptul subiectiv civil, despre obligația subiectivă civilă și despre corelativitatea dintre dreptul subiectiv civil și obligația subiectivă civilă

Codul civil, deși folosește noțiunea de drept subiectiv, nu are o definiție legală a acestei noțiuni.

În literatura de specialitate juridică există formulate mai multe definiții ale dreptului subiectiv civil, din care reluăm câteva²¹.

Definiția dreptului subiectiv formulată de profesorul I. Deleanu are la bază teoria conjuncției dintre voință și interes.

Celelalte două definiții ale dreptului subiectiv par a avea la bază doar teoria voinței.

Se observă, din ultimele două definiții ale dreptului subiectiv, prezența elementului de coerciție, prezență specifică definiției dreptului subiectiv formulată anterior adoptării noul Cod civil.

Credem că, în condițiile reglementării distincte a dreptului material la acțiune, apelarea la forța de constrângere a statului se face prin exercitarea dreptului material la acțiune și nu prin apelarea directă la forța de constrângere a statului, care nici nu ar fi posibilă. Din acest motiv apreciem că în locul expresiei „de a solicita concursul forței coercitive a statului” ar fi mai adecvat a se menționa expresia „de a apela la dreptul material la acțiune”.

Codul civil definește noțiunea de obligație dar, în opinia noastră, este deficitar formulată.

Astfel, din cercetarea art.1164 din Codul civil rezultă că ceea ce este desemnat prin vocabula „obligație”, ar fi „o legătură de drept”, „Obligația este o legătură de drept”, spune legiuitorul.

În această exprimare se pune semnul de egalitate între ceea ce este desemnat prin vocabula „obligație”, și ceea ce este desemnat prin sintagma „legătură de drept”.

Apoi legiuitorul spune că în virtutea legăturii de drept, „debitorul este ținut să procure o prestație creditorului iar acesta din urmă are dreptul să obțină prestația datorată”.

În această parte a textului se regăsește ceea ce este desemnat prin termenul obligație, respectiv în expresia „debitorul este ținut să procure o prestație creditorului” și ceea ce este desemnat prin termenul drept, în expresia „iar acesta din urmă (creditorul s.n.) are dreptul să obțină prestația datorată”.

²⁰ I. Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988, p.8: „Dreptul nu este o obiectivitate în sine. El reprezintă esența obiectivă a intereselor agregate aparținând unor grupuri sociale sau întregii colectivități. În sens larg vorbind, legea socială, care implică și necesitatea reglementării comportamentale, deși obiectivă, este produsul activității oamenilor și acționează numai prin intermediul lor”.

²¹ I. Deleanu, *op.cit.*, p.49 : „Dreptul subiectiv ar putea fi definit ca prerogativă conferită de lege în temeiul căreia titularul dreptului poate sau trebuie să desfășoare o anumită conduită ori să ceară altora desfășurarea unei conduite adecvate dreptului său, în scopul valorificării unui interes personal, direct, născut și actual, legitim și juridic protejat, în acord cu interesul obștesc și cu normele de conviețuire socială”; A. Pop; Gh. Beleiu, *Drept civil, Teoria generală a dreptului civil*, Universitatea București, 1980, p.137 : Dreptul subiectiv constă în „posibilitatea, recunoscută de normele dreptului civil, subiectului activ-persoană fizică sau persoană juridică - în virtutea căreia aceasta poate avea el însuși o anumită conduită - în limitele determinate de dreptul obiectiv - sau poate pretinde subiectului pasiv să aibă o conduită corespunzătoare - să dea să facă sau să nu facă ceva - în caz de nevoie, putând face apel la forța coercitivă a statului”; G. Boroș, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil, Partea generală*, Ed. Hamangiu, 2012, p.56 : Dreptul subiectiv constă în „posibilitatea subiectului activ, în limitele determinate de normele juridice civile, de a avea o conduită, de a pretinde subiectului pasiv o conduită corespunzătoare, iar în caz de nevoie, de a solicita concursul forței coercitive a statului”.

Examinând denumirea marginală a textului art. 1164 din Codul civil, care are următorul conținut „Conținutul raportului obligațional” se observă că ceea ce s-a dorit a se defini în art. 1164 din Codul civil a fost raportul obligațional și nu obligația ca element al raportului obligațional. Dacă în locul vocabulei „obligația,” s-ar folosi expresia „raportul obligațional”, atunci întregul text al articolului ar avea sens.

Textul art. 1164 din Codul civil reglementează un raport juridic abstract.

Dreptul subiectiv, obligația subiectivă civilă și raportul de corelativitate sunt elementele componente al unui raport obligațional concret.

Drepturile și obligațiile sunt „Subiective nu în sensul că ele ar fi opuse obiectivului, nu în sensul existenței lor exclusiv în conștiința subiectului și depinzând numai de el, ci ca atribute care, aparțin subiecților de drept, derivă din normele juridice, care sunt creații ale voinței clasei sau întregii colectivități ...”²²

Drepturile subiective „desemnează prerogativele care, derivând din normele juridice și fondându-se pe ele aparțin persoanelor, subiecților de drept determinați”²³.

Credem că această înțelegere a drepturilor și a obligațiilor subiective corespunde înțelesului celor două noțiuni.

Ideea de drept subiectiv derivă din dispozițiile art. 1164 din Codul civil și constă în atributul/prerogativa creditorului de a obține prestația datorată de către debitor, iar ideea de obligație subiectivă constă în prestația de care este ținut debitorul.

Ideea de corelativitate derivă din același text de lege și constă în aceea că atât dreptul subiectiv cât și obligația subiectivă poartă asupra aceluiași obiect.

În doctrina civilă s-a făcut distincția între drepturi subiective propriu zise, numite și drepturi dobândite sau individuale, și drepturi-facultăți, „care garantează drepturile dobândite în mod valabil prin exercițiul acestor facultăți”²⁴.

În Codul civil vocabula „facultate,” este înlocuită cu sinonimul „aptitudine”. Drepturile-facultăți/aptitudini se circumscriu noțiunii de „capacitate juridică a persoanei,”.

Potrivit art. 34 din Codul civil, „Capacitatea de folosință este aptitudinea (facultatea) persoanei de a avea drepturi și obligații civile”.

Potrivit art. 56 alin. 1 Cod procedura civilă „Poate fi parte în judecată orice persoană care are folosința drepturilor civile”.

Textul art. 34 din Codul civil permite distincția între facultatea/aptitudinea de a avea drepturi și obligații și drepturile și obligațiile, ca elemente ale capacității de folosință.

Expresia „facultatea de a avea drepturi și obligații” ar desemna categoria de drepturi/facultăți, iar expresia „drepturi și obligații” ar desemna ceea ce s-au numit drepturi subiective și obligații subiective, propriu zise.

Drepturile-facultăți se caracterizează prin trăsăturile: a) nu pot fi evaluate pecuniar, b) nu pot fi elemente componente ale patrimoniului unei persoane și c) nu pot fi transmise prin acte juridice.

Drepturile și obligațiile subiective patrimoniale propriu-zise se caracterizează prin trăsăturile: a) pot fi evaluate pecuniar prin bunul asupra cărora se exercită prerogativele sale, b) pot fi elemente componente ale patrimoniului unei persoane și c) pot fi transmise prin acte juridice.

De exemplu, aptitudinea unei persoane de a cumpăra un drept de proprietate asupra unui imobil constituie un drept/facultate. Dreptul de proprietate asupra imobilului dobândit în urma unei operațiuni de vânzare-cumpărare este un drept subiectiv propriu zis.

La fel, dreptul de creanță pe care un subiect îl deține este un drept subiectiv-propriu zis.

Drepturile și obligațiile nepatrimoniale subiective propriu-zise se caracterizează prin trăsăturile: a) fie este interzisă evaluarea pecuniară prin bunul asupra cărora se exercită prerogativele sale, cum ar fi în cazul drepturilor care privesc, viața, sănătatea și integritatea fizică și psihică a persoanei, fie nu este posibilă evaluarea pecuniară, cum este cazul atributelor de identificare a persoanei (art. 59 din Codul civil), b) este interzisă transmiterea prin acte juridice, cum ar fi în cazul drepturilor personalității (art. 58 din Codul civil) și c) nu pot fi elemente componente ale patrimoniului unei persoane, însăși termenul „nepatrimoniale” arată că nu pot fi elemente de patrimoniu.

Textul art. 2545 alin. 2 din Codul civil reglementează sancțiunea decăderii dreptului subiectiv propriu-zis dacă nu a fost exercitat înăuntrul termenului stabilit. Din text transpare ideea exercitării dreptului subiectiv în afara unui proces civil, dar sancțiunea decăderii nu este la îndemâna debitorului, fiind de competența instanțelor de judecată. Totuși, debitorul poate refuza îndeplinirea obligației corelative prin invocare pierderii dreptului subiectiv propriu-zis ca urmare a operării decăderii.

De principiu, termenul de decădere nu poate fi suspendat și nici întrerupt.

Termenul de decădere curge de la data la care se consideră îndeplinit termenul stabilit pentru exercitarea dreptului subiectiv propriu-zis. Termenul curge de decădere curge și pentru cumpărătorul dreptului subiectiv propriu-zis de la data stabilită de fostul titular al dreptului.

²²I. Deleanu, *op.cit.*, p.15.

²³I. Deleanu, *op.cit.*, p.14.

²⁴M. Djuvara, *Ceva despre ideea de drept subiectiv și de obligația*, Ed. Institutul de Arte Grafice Marvan S.A.R. București, 1939, p.9.

Refuzul expres sau tacit de îndeplinire a obligației corelative sau încălcarea dreptului subiectiv transformă raportul obligațional concret într-un raport juridic litigios și astfel este posibil să se apeleze la dreptul material la acțiune și la acțiunea în justiție.

Raportul juridic litigios este prezentat în partea din cererea de chemare în care se arată motivele de fapt și de drept.

Raportul juridic litigios, și nu simplul raport juridic, stă la baza arhitecturii procesului civil.

Opinii exprimate în literatura de specialitate juridică cu privire la înțelesul noțiunii de acțiune civilă

Într-o opinie s-a susținut că „Acțiunea este mijlocul legal prin care o persoană cere instanței judecătorești fie recunoașterea dreptului său, fie realizarea acestui drept, prin încetarea piedicilor puse în exercitarea sa de o altă persoană sau printr-o despăgubire corespunzătoare. În rezumat, acțiunea constă în dreptul de a urmări în justiție ceea ce ți se datorează (jus persequendi iudicio quod sibi debetur)²⁵”.

Cei doi autori arată că noțiunea de acțiune a fost și este folosită în două accepțiuni.

Într-o primă accepțiune, în care acțiunea ar avea un sens procesual, se arată că ”ar reprezenta posibilitatea titularului dreptului subiectiv de a sesiza instanța de judecată, solicitându-i să hotărască asupra cererii sale, indiferent dacă această cerere este sau nu justificată în drept²⁶”. În această accepțiune „acțiunea ar fi însăși cererea adresată instanței de judecată pentru apărarea unui drept subiectiv²⁷”.

Despre acțiunea în sens procesual autorii arată că s-ar putea perima ori partea ar putea renunța la acțiune și că, în aceste cazuri, titularul dreptului subiectiv continuă să aibă posibilitatea de a sesiza din nou instanța de judecată.

Într-o a doua accepțiune, considerată mai largă, în care acțiunea ar avea un sens material, aceasta ar cuprinde, „pe lângă posibilitatea sesizării instanței de judecată, dreptul de a obține ca ea să acorde protecție dreptului dedus judecării²⁸”. În această accepțiune „acțiunea ar fi cererea adresată, prin intermediul instanței, pârâtului pentru ca acesta să-și execute obligația corelativă dreptului subiectiv²⁹”.

Se arată de autori, ca în această a doua accepțiune, „acțiunea apare ca o manifestare a dreptului subiectiv, a cărui existență o implică, în sensul că fiind titularul unui drept, reclamantul are acțiune iar dacă dreptul său este iluzoriu, acțiunea nu există³⁰”.

Autorii citați arată că acțiunea în sens material poate fi respinsă de instanța de judecată pentru că a constatat întemeiată excepția de prescripție ori partea ar putea renunța la însăși dreptul subiectiv pretins.

În aceste cazuri, partea nu va mai avea în viitor o acțiune în sens material și că acțiunea cu privire la acest drept subiectiv va fi respinsă pe fond.

În raport de aceste accepțiuni ale noțiunii de acțiune civilă s-a făcut și distincția între dreptul la acțiune în sens procesual, care ar desemna „dreptul de a te adresa instanței (dreptul la intentarea acțiunii)³¹, și dreptul la acțiune în sens material, care ar desemna „dreptul reclamantului de a cere de la pârât, prin intermediul instanței, executarea obligațiilor sale (dreptul la satisfacerea ori admiterea acțiunii)³²”.

Opinia a fost criticată în sensul că „Această divizare, cu care nu suntem de acord, se face pentru a explica mecanismul prescripției³³. (...) Pentru că „ceea ce se stinge prin prescripție nu este dreptul la acțiune în întregul său, ci numai anumite componente ale acestuia, anume posibilitatea de a obține condamnarea pârâtului și posibilitatea de a obține executarea silită³⁴”.

În această opinie se susține că trebuie să se vorbească de drept la acțiune și nu, simplu, de acțiune civilă pentru că „acțiunea civilă fiind o noțiune abstractă, uniformă, în momentul la care se apelează la ea, (...) se individualizează, devine proces, iar această transformare se realizează prin intermediul dreptului la acțiune...”. Autorii definesc dreptul la acțiune ca „posibilitatea de a pune în mișcare mijloacele procesuale ce alcătuiesc acțiunea civilă, în scopul realizării protecției judiciare a unui drept sau interes civil pretins (afirmat). El duce la transformarea unei noțiuni abstracte, aceea de acțiune civilă, într-o acțiune concretă, aceea de proces civil”.

Autorii susțin că obiectul acțiunii este protecția unui drept subiectiv sau a unui interes protejat. Cauza acțiunii (cauza petendi) este scopul către care se îndreaptă voința celui care reclamă sau se apără și nu temeiul juridic al cererii (fundamentul legal al dreptului) sau neînțelegerea conflictului existent între reclamant și pârât.

O definiție asemănătoare dată acțiunii civile o găsim și la profesorul Viorel Mihai Ciobanu.

²⁵ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Tratat de drept procesual civil*, Ed. Universitatea din București Facultatea de drept, București, 1975, vol. I, p. 208.

²⁶ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *op.cit.*, p. 209.

²⁷ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *op.cit.*, p. 210.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă, comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p. 95.

³⁴ *Idem.*

Potrivit acestuia, acțiunea civilă constă din „ansamblul mijloacelor procesuale prin care, în cadrul procesului civil, se asigură protecția dreptului subiectiv civil –prin recunoașterea sau realizarea lui, în cazul în care este încălcat sau contestat - ori a unor situații juridice ocrotite de lege³⁵”

Profesorul V. M. Ciobanu arată că noțiunile de drept subiectiv și de acțiune civilă aparțin unor domenii diferite de reglementare, noțiunea de drept subiectiv aparține domeniului reprezentat de dreptul civil, iar noțiunea de acțiune civilă aparține domeniului reprezentat de dreptul procesual civil, ambele existând mai înainte de cererea de chemare în judecată.

El mai arată că, deși noțiunea de acțiune civilă este folosită, uneori, ca sinonimă cu cererea de chemare în judecată cele două noțiuni sunt distincte și cu funcții diferite. În timp ce acțiunea civilă desemnează un ansamblu de mijloace procesuale organizate de lege, cererea de chemare în judecată este numai una din formele de manifestare a acțiunii aceea prin care se declanșează procesul civil.

Despre dreptul material la acțiune

Ideea de drept material la acțiune își are izvorul în literatura de specialitate juridică.

Dreptul material la acțiune a cunoscut consacrare legislativă prin în art.2500 din noul Cod civil. Până la reglementarea sa expresă dreptul material la acțiune a fost considerat că: a) este unul și același cu dreptul la acțiune, caz în care ar intra în conținutul capacității de folosință a persoanei, b) este însăși acțiunea civilă, c) este o parte componentă a dreptului subiectiv civil și ar consta în posibilitatea de a apela la forța de constrângere a statului. În această ultimă accepțiune dreptul material la acțiune ar fi un drept complex, cuprinzând dreptul de a sesiza instanța de judecată, dreptul de a propune probe, dreptul de a exercita căile de atac, dreptul de a cere executarea hotărârii, etc.³⁶.

Examinând dispozițiile art.2500 din Codul civil, constatăm utilizarea unei terminologii diferite pentru denumirea dreptului material la acțiune. Astfel, același drept este numit, inițial, drept material la acțiune pentru ca apoi să fie numit, mai simplu, drept la acțiune.

Folosirea unei terminologii diferite poate crea confuzii, în condițiile în care noțiunea „drept la acțiune”, a fost folosită, atât în sens material – ca facultate a titularului dreptului subiectiv de a se adresa organului de jurisdicție pentru a obține recunoașterea și valorificarea acelui drept(...),cât și în sens procesual –ca fiind îndreptățirea și, totodată posibilitatea de a sesiza organul de jurisdicție și de a pune în mișcare activitatea pentru îndeplinirea justiției într-un raport juridic concret³⁷.

Posibilitatea de confuzie poate apărea și din definirea, în literatura de specialitate juridică, a dreptului la acțiune, considerat că își are izvorul în lege, ca posibilitate de a pune în mișcare mijloacele procesuale ce alcătuiesc acțiunea civilă.

Până la folosirea unei terminologii identice, ori de câte ori în Codul civil sau în Codul de procedura civilă, se va folosi noțiunea „drept la acțiune,, trebuie văzut, din context, dacă este vorba de dreptul material la acțiune ca prerogativă de a cere aplicarea forței publice de constrângere sau de dreptul la acțiune ca prerogativă de a pune în mișcare mijloacele procesuale ale acțiunii civile sau de sesizare a instanței de judecată.

Prin natura sa dreptul material la acțiune se încadrează în categoria de drepturi facultăți, pentru că: a) nu poate fi evaluat pecuniar, b) nu este element component al patrimoniului unei persoane și c) nu poate fi transmis prin acte juridice.

Credem că aceste trăsături au determinat, doctrina constituită în raport de vechiul Cod de procedură civilă, să înțeleagă „dreptul la acțiune” în sens procesual și în sens material.

Specificul dreptului material la acțiune face specifică și obligația sa corelativă care este o obligație –facultate și care: a)nu poate fi evaluată pecuniar, b)nu poate fi element al vreunui patrimoniu și c) nu poate fi transmisă prin acte juridice.

Din examinarea dispozițiilor art. 2500 alin. 2 din Codul civil rezultă că obligația corelativă dreptului material la acțiune este o prestație a instanței, care constă în aplicarea unei sancțiuni civile debitorului.

Ideea de corelativitate constă în aceea că atât dreptul material la acțiune cât și obligația instanței poartă asupra aceluiasi obiect, respectiv ceea ce este desemnat prin obiectul cererii de chemare în judecată și care ar putea consta în obligația debitorului, obligația debitorului împreună cu obiectul acestei obligații după caz, actul juridic civil.

La fel ca și dreptul material la acțiune obligația corelativă este o obligație-facultate pentru că: a) nu poate fi evaluată pecuniar, b) nu este element component al patrimoniului unei persoane și c) nu poate fi transmisă prin acte juridice.

Dreptul material la acțiune se diferențiază de dreptul subiectiv civil propriu-zis și prin sancțiunea aplicabilă, pentru cazul neexercitării în termenul stabilit. Astfel, dacă dreptul subiectiv civil propriu-zis poate fi sancționat cu sancțiunea decăderii, pentru că nu a fost exercitat în termenul stabilit, în cazul dreptului material la acțiune sancțiunea aplicabilă este prescripția, pentru cazul în care nu a fost exercitat în termenul stabilit.

³⁵V. M. Ciobanu, *Tratat Teoretic și Practic de Procedură Civilă*, Ed. Național, București, 1996, p.250

³⁶A se vedea G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p. 94.

³⁷M. N. Costin, M. C. Costin, *Dicționar de drept civil*, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 204.

De regulă, termenul de prescripție al dreptului material la acțiune începe să curgă, potrivit art.2523³⁸ din Codul civil de la data când titularul dreptului material la acțiune a cunoscut sau după împrejurări, trebuia să cunoască, apariția raportului juridic litigios.

Textul art. 2523 din actualul Cod civil pare o prelucrare deficitară a dispozițiilor art.7 alin.1³⁹ și art. 8 alin.1⁴⁰ din Decretul nr.167 din 21.04.1958 privitor la prescripția extinctivă, pentru că nu este vorba de nașterea dreptului material la acțiune.

„Expresia „trebuia să cunoască nașterea lui” credem că este deficitară, în contextul în care dreptul material la acțiune există, în primul rând, ca drept obiectiv, independent de orice persoană, în al doilea rând, dreptul material la acțiune exercitat este un drept derivat din dreptul obiectiv.

Credem că legiuitorul ar fi trebuit să prelucreze, mai degrabă, dispozițiile art. 7 alin.2 din Decretul nr.167/1958 privitor la prescripția extinctivă, în sensul că, de regulă, termenul de prescripției curge de la momentul apariției raportului juridic litigios, moment pe care titularul dreptului subiectiv sau al interesului protejat l-a cunoscut sau trebuia să-l cunoască.

În cazul transmiterii, prin acte juridice, a dreptului subiectiv propriu-zis vătămat, termenul de prescripție curge, pentru cumpărător, tot de la data apariției raportului juridic litigios, vânzătorul având obligația să-l informeze pe cumpărător de momentul apariției raportului juridic litigios.

Dreptul material la acțiune, obligația corelativă acestui drept și obiectul acestora fac parte din arhitectura procesului civil.

Dreptul material la acțiune este un drept principal. El poate fi însoțit de drepturi accesorii cum ar fi dreptul de a pretinde cheltuielile de judecată.

Dreptul material la acțiune însoțit de drepturile accesorii, obligația corelativă a instanței și obiectul acestei obligații se asociază cu obiectul cererii de chemare în judecată.

Despre dreptul la sesizare a instanței

Ideea de drept la sesizarea instanței își are izvorul în literatura de specialitate juridică.

Spre deosebire de opiniile exprimate în literatura de specialitate juridică, constituită pe temeiul vechiului Cod de procedură civilă, potrivit căruia dreptul de sesizare a instanței ar face parte din conținutul dreptului material la acțiune, în actualul Cod de procedură civilă dreptul la sesizarea instanței este reglementat distinct în art.30 alin. 1 ca un drept cu un conținut propriu (dreptul să facă o cerere înaintea instanței competente) și independent de orice alt drept.

Corelativ dreptului de sesizare a instanței este obligația reglementată în art.5 alin.1 din Codul de procedură civilă, potrivit căreia „Judecătorii au îndatorirea să primească și să soluționeze orice cerere de competența instanțelor judecătorești”.

Ideea de corelativitate se explică prin aceea că atât dreptul de sesizare a instanței cât și obligația de a primi și soluționa cererea de chemare în judecată poartă asupra aceluiași obiect, care constă în sancțiunea solicitată.

Dreptul la sesizarea instanței face parte din categoria drepturilor facultăți, pentru că nu poate fi evaluat pecuniar, nu poate fi element constitutiv al unui patrimoniu și nu poate fi transmisibil prin acte juridice. La fel ideea de obligație corelativă dreptului de sesizare a instanței este o obligație/facultate.

Cercetând dispozițiile Codului de procedură civilă se poate constata că nu există reglementat un termen de sesizare a instanței de judecată, caz în care acest drept poate fi exercitat oricând.

Procedând la examinarea comparativă a conținutului obligației corelative a dreptului material la acțiune cu conținutului obligației corelative a dreptului de sesizare a instanței se constată că, în cazul dreptului material la acțiune, obligația constă în aplicarea forței publice de constrângere sub forma unei sancțiuni, în timp ce în cazul dreptului de sesizare a instanței, obligația corelativă este complexă și constă în primirea și soluționarea cererii.

Dreptul de sesizare a instanței se leagă atât de dreptul material la acțiune cât și de dreptul subiectiv civil, propriu-zis.

Legătura dintre dreptul de sesizare a instanței și dreptul material la acțiune se realizează prin obligațiile lor corelative. Astfel, aplicarea forței de constrângere publice sub forma sancțiunii reprezintă un mod de „soluționare a cererii”. Sancțiunea solicitată apare în acest fel ca obiect al obligației de soluționare a cererii.

Soluționarea cererii se poate realiza în două moduri: fie în sensul aplicării sancțiunii solicitate, fie în sensul respingerii sancțiunii solicitate.

Legătura dintre obligația de a soluționa cererea de chemare în judecată și obligația de a aplica sancțiunea solicitată se înfăptuiește numai în ipoteza în care se aplica sancțiunea solicitată.

³⁸Codul civil, art.2523 Prescripția începe să curgă de la data când titularul *dreptului la acțiune* a cunoscut sau, după împrejurări, trebuia să cunoască nașterea lui”.

³⁹Decretul 167/1958 art. 7 alin.1 „Prescripția începe să curgă de la data când se naște dreptul la acțiune sau dreptul de a cere executarea silită”.

⁴⁰Decretul 167/1958 art. 7 alin.1 „Prescripția dreptului la acțiune în repararea pagubei pricinuită prin fapta ilicită, începe să curgă de la data când păgubitul a cunoscut sau trebuia să cunoască, atât paguba cât și pe cel care răspunde de ea”.

Legătura dintre dreptul de sesizare a instanței și dreptul material la acțiune, pe de-o parte, și dreptul subiectiv civil propriu zis, pe de altă parte, se înfăptuiește prin ceea ce este denumit obiectul⁴¹ cererii de chemare în judecată, care se constituie în obiect al sancțiunii.

Din modul de precizare a obiectului cererii de chemare în judecată, pare că s-a avut în vedere ceea ce în literatura de specialitate juridică s-a numit obiect derivat al raportului juridic civil.

Prin expresia „obiectul cererii și valoarea lui” susținem că trebuie avut în vedere atât obligația corelativă dreptului subiectiv civil propriu zis cât și obiectul obligației, ceea ce în literatura de specialitate juridică s-a numit obiectul derivat al raportului juridic civil. Când sancțiunea solicitată este îndreptată împotriva unui act juridic civil, obligația corelativă dreptului subiectiv civil este obligația încălcată iar obiectul derivat este actul juridic civil.

Este improprie soluția instanțelor de judecată atunci când se menționează, în minută sau în dispozitivul hotărârii pronunțate, că s-a admis acțiunea ori s-a respins acțiunea pentru că, printr-o asemenea mențiune se afirmă, fie că se mai admit încă odată toate mijloacele procesuale ce fuseseră deja încuviințate, fie că se resping mijloacele procesuale care deja fuseseră încuviințate.

Ceea ce se admite, prin minută și prin dispozitivul hotărârii, este cererea de chemare în judecată prin care se pretinde soluționarea cererii prin aplicarea sancțiunii solicitate la obiectul asupra căruia se aplică sancțiunea.

Respingerea cererii de chemare în judecată se poate dispune atunci când s-a admis excepția prescripției dreptului material la acțiune, excepție care se constituie în motivul de respingere a cererii.

De asemenea se poate dispune respingerea cererii, atunci când dreptul subiectiv s-a pierdut, fie prin admiterea excepției decăderii, fie în orice alt mod stabilit de lege, cum ar fi prescripția achizitivă. În acest caz, cererea de chemare în judecată se respinge ca nefondată pentru că lipsește raportul juridic litigios, care reprezintă fondul procesului.

Dreptul la sesizarea instanței se poate perima (stinge), dacă cererea de chemare în judecată a rămas în nelucrare timp de 6 luni (art.416). Titularul dreptului poate renunța la sesizarea instanței (art.406).

Titularul dreptului material la acțiune care este și titular al dreptului subiectiv vătămat are însă posibilitatea de a sesiza din nou instanța de judecată.

Despre acțiunea civilă

Noțiunea de acțiune civilă a primit o definiție legală în art. 29 din noul Cod de procedură civilă⁴².

Definiția legală a acțiunii civile este o prelucrare a definiției date de literatura de specialitate juridică, din domeniul dreptului procesual civil. Definiția legală a acțiunii civile cunoaște o îmbunătățire pentru că are în vedere atât acțiunea reclamantului cât și reacțiunea pârâtului. Într-un proces civil pot exista una sau mai multe acțiuni civile (reclamant, intervenient principal) dar și reacțiuni civile, corespunzător părților din proces.

Deși există una sau mai multe acțiuni în justiție, precum și reacțiuni, despre un proces simplu se poate vorbi atunci când că la baza sa se află un singur raport juridic litigios.

Despre un proces complex se poate vorbi atunci când la baza sa se află mai multe raporturi juridice litigioase dar care se leagă prin același obiect derivat al raporturilor juridice litigioase.

Specificul fiecărui raport juridic litigios determină un ansamblu specific de mijloace procesuale. De exemplu, când raportul juridic litigios privește un drept de proprietate imobiliar proba dreptului subiectiv se face cu înregistrări și extrase de carte funciara. În schimb fapta cu care a fost vătămat dreptul de proprietate imobiliară se face cu orice mijloc de probă.

Despre scopul procesului civil

Ideea de scop în procesul civil se leagă de obligația corelativă a dreptului de sesizare a instanței, de obligația corelativă dreptului material la acțiune și de obiectul cererii de chemare în judecată.

Vorbim de un scop imediat care constă în prefigurarea mentală a soluționării cererii de chemare în judecată prin obținerea sancțiunii solicitate și de un scop mediat care ar consta în prefigurarea mentală de obținerea a ceea ce este desemnat prin obiectul cererii de chemare în judecată, ca urmare a obținerii sancțiunii solicitate.

Scopul procesului civil nu trebuie confundat cu scopul unei părți la încheierea unui act juridic civil.

Despre părți în procesul civil

Potrivit art.55 din Codul de procedură civilă sunt părți în proces reclamantul și pârâtul, precum și în condițiile legii, terțele persoane care intervin voluntar sau forțat în proces.

Aparent, potrivit art.55 din Codul de procedură civilă, parte poate fi orice persoană care a exercitat dreptul de sesizare prin formularea unei cereri de chemare în judecată.

⁴¹C. pr. civilă, art.194 alin.1 lit. c : „Cererea de chemare în judecată va cuprinde: lit. c. obiectul cererii și valoarea lui(...)”.

⁴²C. pr. civilă art. 29 : „Acțiunea civilă este ansamblul mijloacelor procesuale prevăzute de lege pentru protecția dreptului subiectiv pretins de către una dintre părți sau a unei situații juridice, precum și pentru asigurarea apărării părților din proces”.

În realitate părți în procesul civil, potrivit art.56 Cod procedură civilă, pot fi persoanele care au folosit drepturile civile. Drepturi civile sunt drepturile subiective propriu-zise dar și drepturi-facultăți.

Potrivit art.35 din Codul civil, capacitatea de folosință (a persoanelor fizice s.n.) începe la nașterea persoanei și încetează odată cu moartea acesteia, iar potrivit art.205 și 206 din Codul civil persoanele juridice au capacitatea de a avea drepturi și obligații (de folosință) de la data înregistrării sau de la data actului de înființare.

De regulă generală, parte în proces pot fi persoanele fizice în viață, inclusiv persoana concepută atunci când este vorba de drepturile sale, și persoanele juridice recunoscute, conform normelor legale, care au folosit drepturilor subiective propriu-zise și a drepturilor facultăți.

De la această regulă există excepția prevăzută în dispozițiile din art.37 din Codul de procedură civilă, potrivit căreia, în cazurile și condițiile prevăzute exclusiv de lege pot avea calitatea de parte, persoane, organizații, instituții și autorități care deși nu justifică un interes propriu acționează pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale unor persoane aflate în situații speciale sau în scopul ocrotirii unui interes de grup sau general.

Calitatea de parte se transmite legal ori convențional doar de la transmitătorul dreptului subiectiv civil propriu-zis sau a interesului ocrotit către dobânditorul dreptului subiectiv civil propriu-zis sau a interesului protejat.

Importanța cunoașterii elementelor din arhitectura procesului civil

Cunoașterea arhitecturii procesului civil reprezintă o garanție a cuprinderii, într-o cerere de chemare în judecată, a tuturor elementelor cu care se sesizează o instanța de judecată, a rolului pe care aceste elemente îl au în procesul civil, precum și o folosire corectă și eficientă a instrumentelor juridice puse la dispoziția părților de Codul de procedură civilă, pentru realizarea drepturilor și intereselor lor.

Sunt necesare câteva observații.

În art.196 din Codul de procedură civilă se arată, sub sancțiunea nulității cererii de chemare în judecată, care sunt elementele obligatorii din arhitectura procesului civil ce trebuie menționate într-o cerere de chemare în judecată și anume: subiectele/părțile, obiectul cererii, motivele de fapt și semnătura titularului cererii.

Textul omite însă să vorbească despre raportul juridic litigios sau a situației juridice litigioase, omite, de asemenea, să vorbească despre dreptul material la acțiune, despre sancțiunea raportului juridic sau a situației juridice litigioase.

Un exemplu care face dovada importanței cunoașterii arhitecturii procesului civil îl reprezintă folosirea corectă și eficientă a instrumentelor juridice, cum ar fi invocarea excepției lipsei calității active, după caz, pasive. Pentru invocarea excepției lipsei calității procesual active, după caz, a excepției lipsei calității procesual pasive, se au în vedere subiectele menționate în cererea de chemare în judecată și subiectele din raportul juridic litigios. Numai atunci când nu există o relație de identitate între persoana titulară a cererii de chemare în judecată și titularul dreptului subiectiv ori a interesului dedus judecării se poate vorbi de lipsa calității procesuale active. La fel, numai atunci când nu există o relație de identitate între persoana chemată în judecată în calitate de pârât și persoană ținută în raportul juridic litigios se poate vorbi de lipsa calității procesuale pasive.

Când cele două relații de identitate există invocarea excepției vreuneia dintre cele două excepții va fi ineficientă.

Un alt exemplu îl reprezintă alegerea mijloacele procesuale care să ducă la realizarea scopurilor procesului civil.

Alegerea mijloacelor procesuale este un proces complex pentru că implică, în prealabil, stabilirea raportului juridic litigios, faptele/motivele ce trebuie dovedite, alegerea sancțiunii.

Alegerea sancțiunii este un proces rațional care presupune stabilirea unei relații adecvate cu raportul juridic litigios de natură să ducă la soluționarea acestuia. Alegerea unei sancțiuni neadecvate raportului juridic litigios va genera o lipsă de eficiență a sancțiunii.

De asemenea, presupune, o relație de cauzalitate cu motivele ce au generat raportul juridic litigios. Sub acest aspect, este de observat că nu orice motiv/fapt generează efectul/sancțiune și că specificitatea motivelor determină specificitatea sancțiunii ce se aplică unui raport juridic litigios.

Cunoașterea arhitecturii procesului civil permite identificarea elementelor din structura procesului civil care trebuie dovedite cu ajutorul mijloacelor procesuale dar și rolului pe care îl îndeplinește fiecare în dinamica procesului civil.

De exemplu, elementul sancțiune din arhitectura procesului civil este doar obiect al acțiunii de alegere nu și obiect al acțiunii de a dovedi existența sa.

Cu ajutorul mijloacelor procesuale se face dovada raportului juridic litigios după caz a situației juridice litigioase și dovada motivelor raportului juridic litigios.

Fiind realizată dovada raportului juridic litigios și a motivelor care au determinat apariția raportului juridic litigios, prin operații logice, se ajunge la aplicarea sancțiunii și la soluționarea raportului juridic litigios sau a situației juridice litigioase deduse judecării.

COMPLETAREA HOTĂRĂRII JUDECĂTOREȘTI CIVILE. ÎNCĂLCAREA DREPTULUI LA UN PROCES ECHITABIL

Dumitru DINU*, Mariana STAN**

Abstract: *The article analyses the stage of the deliberation and the pronouncement of the court decision, the divergences appeared, the clarifications and completions of the pronounced decision, the contradictions occurred and the subsequent completion of the decision.*

Key words: *court decision; deliberation; completion of the court decision; disinvestment of the court; the right to a fair trial.*

În cadrul procesului civil un loc important îl ocupă etapa deliberării și pronunțării hotărârii judecătorești, acesta fiind momentul în care judecătorii stabilesc situația de fapt la care aplică normele juridice corespunzătoare, această etapă reprezentând însăși esența actului jurisdicțional¹, fiind elaborat cel mai important act procedural care duce la finalizarea dosarului civil prin pronunțarea unei hotărâri judecătorești.

Deliberarea reprezintă operațiunea care intervine după administrarea tuturor probelor și soluționarea excepțiilor de procedură, în cadrul căreia judecătorii se pronunță cu privire la litigiu și stabilesc soluția ce urmează să fie pronunțată cu privire la cauza dintre părți.

La deliberare iau parte numai membrii completului care au luat parte la dezbaterile finale, care se retrag în camera de consiliu, unde își exprimă, pe rând, opinia, începând cu cel mai nou în funcție.

Deliberarea are loc imediat după închiderea dezbaterilor, însă judecătorii pot amâna pronunțarea pentru 15 zile, iar în funcție de obiectul cererii pronunțarea poate fi amânată de exemplu și 24 de ore în cazul ordonanței președințiale.

În situația în care completul este compus dintr-un singur judecător, acesta va lua singur decizia, însă atunci când din complet fac parte mai mulți judecători întâlnim mai multe situații, ca de exemplu înlocuirea unui membru al completului, sau existența unor opinii diferite cu privire la cauză.

Înlocuirea unui membru al completului care a luat parte la dezbateri nu este posibilă, însă Codul de procedură civilă stabilește că dacă există situații în care un judecător este împiedicat să participe la soluționarea cauzei după ce s-a dat cuvântul în fond părților, cauza se repune pe rol.²

De asemenea, judecătorul care a luat parte la judecată trebuie să se pronunțe chiar dacă nu mai este judecător al instanței respective, cu excepția cazului în care, în condițiile legii, i-a încetat calitatea de judecător sau este suspendat din funcție³.

Dacă există această situație, atunci dosarul se repune pe rol, se vor cita părților, pentru ca acestea să pună din nou concluzii în fața completului nou de judecată legal constituit.

Hotărârea se ia cu majoritatea membrilor completului de judecată, atunci când există mai multe opinii, iar unanimitatea nu poate fi realizată așa cum prevede art.398 din Codul de procedură civilă.

În situația unor opinii diferite în cadrul unui complet format din doi sau mai mulți judecători, cu privire la luarea hotărârii în cauză, cauza va fi repusă pe rol și se va judeca în complet de divergență, prin includerea în completul inițial și a președintelui instanței sau a vicepreședintelui, a președintelui de secție ori a unui judecător desemnat de președinte⁴.

Dezbaterile se vor relua de la punctele rămase în divergență, care sunt anunțate părților în ședință, fapt nou în noul Cod de procedură civilă, întrucât în vechea reglementare părerile diferite se motivau anterior judecării divergențe, iar dacă după judecarea divergenței, vor exista mai mult de două păreri, pentru a se constitui o majoritate și pentru a se lua hotărârea finală, judecătorii ale căror păreri se apropie mai mult, sunt datori să se reunească într-o singură opinie.

De asemenea, completul poate administra noi dovezi sau să ordone orice alte măsuri legale, dar acestea trebuie să fie în legătură cu obiectul divergenței, pentru lămurirea situației care a condus la opinii diferite.

După deliberare, se întocmește minuta, care va cuprinde soluția scrisă de judecător cu privire la toate cererile formulate, dar și opinia separată a judecătorului aflat în minoritate, care va fi semnată pe fiecare pagină de către judecători și, după caz, de magistratul-asistent, după care se va consemna într-un registru special, ținut la grefa instanței.

* jurist

** avocat, Baroul București, e-mail: av.marianastan @gmail.com

¹ Gabriel Boroș, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, vol. I, Editura All Beck, București, 2001

² Art. 214, Codul de procedură civilă

³ Art.395 alin.3, Codul de procedură civilă.

⁴ Art.398 alin.3, Codul de procedură civilă.

Lipsa semnăturii judecătorului atrage nulitatea hotărârii, neputându-se acoperii prin semnarea sa ulterioară, iar dacă minuta are mai multe pagini, este necesară semnarea tuturor, în caz contrar aceasta este nulă.

Minuta va alcătui dispozitivul hotărârii care va fi redactată, dispozitivul, fiind reproducerea fidelă a minutei, în cadrul căreia se răspunde pentru fiecare capăt de cerere ale pretențiilor formulate. Dacă apar contradicții între dispozitiv și minută, acestea vor fi remediate prin confruntarea minutei care este de fapt deliberarea.

Instanța se va pronunța doar în limitele cererii formulate, fiind datoare să nu acorde mai mult decât s-a solicitat, în funcție de obiectul cererii. De exemplu, în cazul unui divorț cu copii minori, chiar dacă nu este formulată cerere pentru contribuția părinților la cheltuielile copiilor minori, instanța este obligată să se pronunțe asupra acestui lucru, așa cum trebuie să se pronunțe și asupra numelui purtat de soți.

Hotărârea judecătorească, fie ea sentință, decizie sau încheiere, reprezintă actul de dispoziție al instanței de judecată cu privire la pretențiile părților și actul final al judecății⁵, care consfințește drepturile părților, care soluționează litigiul dintre părți și cuprinde trei părți: partea introductivă, denumită și practica, considerentele denumită și motivarea și dispozitivul.

Hotărârea se redactează de judecător, când din complet face parte un singur judecător, sau de către unul dintre judecătorii care au soluționat dosarul, potrivit desemnării președintelui.

În practică, dacă există anumite contradicții între minută și dispozitiv, au fost exprimate mai multe opinii. Unii susțin că hotărârea este lovită de nulitate, alții susțin că nulitatea ar putea fi evitată, întrucât minuta cuprinde soluția, iar dispozitivul doar o reproduce, de aici și necesitatea ca dispozitivul să fie pus în acord cu minuta⁶.

Există de asemenea, situații, în practică, în care hotărârea judecătorească conține anumite greșeli, care pot fi îndreptate, fie din oficiu de către instanță, dacă se autosesizează instanța cu privire la acestea, fie prin cerere de îndreptare de eroare materială formulate de către una din părți. Legiuitorul la art.442 din Cod folosește sintagma de “eroare materială” pentru a exprima și ulterior a îndrepta greșelile apărute în redactarea hotărârii de natură să nu afecteze legalitatea și temeinicia acesteia.

Astfel, instanța, care judecă în aceeași componență de complet care s-a pronunțat inițial, se va pronunța prin încheiere, în camera de consiliu cu privire la erorile privind numele, calitatea și susținerile părților sau cele de calcul, dar și orice alte erori materiale⁷ pentru care părțile pot fi citate dacă instanța socotește că este necesar ca ele să dea anumite lămuriri. Practic, instanța va corecta erorile materiale apărute în redactarea minutei, practicei, considerentelor sau a dispozitivului.

Această încheiere de îndreptare din primă instanță, în situația în care hotărârea inițială a fost dată cu drept de apel, recurs, sau contestație, va putea fi atacată, după comunicarea sa părților, cu aceeași cale de atac ca și hotărârea inițială. De asemenea cererea de îndreptare poate fi formulată oricând, legiuitorul neprecizând un termen pentru aceasta, deși în practică au existat mai multe păreri cu privire la prescripția dreptului de a solicita acest lucru.

Totuși prin procedura de îndreptare de eroare materială nu pot fi avute în vedere unele omisiuni vădite prin care nu au fost rezolvate unele capete de cerere principale sau accesorii și care pot fi remediate doar prin calea de atac și nu prin procedura instituită prin art.442 din Codul de procedură civilă.

În ceea ce privește necesitatea unor lămuriri cu privire la înțelesul, întinderea sau aplicarea dispozitivului hotărârii sau dacă aceasta cuprinde dispoziții contradictorii, părțile pot cere instanței care a pronunțat hotărârea să lămurească dispozitivul sau să înlăture dispozițiile potrivnice⁸, însă cererea privește doar caracterul neclar sau dispoziții contrare, fiind lipsită de suport formularea unei astfel de cereri pentru neconcordanțe dintre considerente sau dispozitiv, aceste probleme putând fi rezolvate doar prin calea de atac. Tot pentru aceleași considerente, nu se poate formula o cerere de lămurire al cărui scop să fie modificarea hotărârii.

Cererea de lămurire poate fi formulată oricând, neexistând un termen, în principiu, însă doar de către părțile dosarului și nu de către instanță din oficiu. Instanța va soluționa cererea prin încheiere în camera de consiliu, cu citarea părților, de urgență.

Articolul 444 din Codul de procedură civilă stipulează că după pronunțarea și comunicarea hotărârii se poate cere de către părți, completarea acesteia în situația în care instanța, prin hotărârea pronunțată, a omis să se pronunțe asupra unui capăt de cerere principal sau accesoriu sau asupra unei cereri conexe sau incidentale.

Acest lucru este posibil, conform textului de lege menționat și când este vorba despre situația în care instanța a omis să se pronunțe asupra cererilor martorilor, experților, traducătorilor, interpreților sau apărătorilor, cu privire la drepturile lor.

Chiar dacă exercitarea prevederilor noului Cod de procedură civilă cu privire la completare apare utilă, întrucât prin aplicarea ei s-ar înlătura exercitarea unei căi de atac pentru repararea omisiuni efectuate de instanță la momentul pronunțării hotărârii, totuși aceeași lege stabilește prin dispozițiile art.429 că “după pronunțarea hotărârii, instanța se dezinvestește”.

⁵ Gabriel Boroș, Octavia Spineanu-Matei, *Codul de procedură civilă adnotat*, Editura Hamangiu, București, 2011.

⁶ Mihaela Tăbărcă, *Drept procesual civil*, vol I, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p.688.

⁷ Art.442, Codul de procedură civilă.

⁸ Art. 443, Codul de procedură civilă.

Dezinvestirea este modul legal prin care încetează activitatea judiciară într-o cauză, iar judecata a fost terminată prin pronunțarea unei soluții.

Întâlnim mai multe situații în care continuarea activității judiciare în acea cauză nu mai este posibilă din mai multe motive ca de exemplu: instanța a dispus declinarea competenței, existența conflictului de competență și judecarea cauzei de o altă instanță, strămutarea cauzei sau terminarea judecății și soluționarea cauzei, urmată de întocmirea minutei, pronunțarea hotărârii și comunicarea acesteia.

În urma terminării judecării unei cauze, judecătorii nu mai pot reveni asupra hotărârilor prin efectul dezinvestirii, situație care este antagonică celor expuse în prevederile art.444 C.pr.civ, prin care se permite aceluiși judecător să completeze hotărârea prin care s-a pronunțat deja.

Astfel, considerăm că s-ar ajunge la situația în care judecătorul ar putea să completeze orice sentință sau decizie, situație care ar încălca, în contextul expus mai-sus, dreptul la un proces echitabil și principiul imparțialității justiției, întrucât instanța este chemată să se pronunțe asupra cauzei, iar în situația completării hotărârii s-ar ajunge la situația ca instanța să se pronunțe de două ori, ingorând dispozițiile privind dezinvestirea, chiar dacă avem la îndemână exercitarea unor căi de atac, în unele situații.

Practic, prin completarea hotărârii, judecătorul care s-a pronunțat, care a întocmit minuta și apoi a redactat hotărârea, reia dosarul și se mai pronunță asupra unor chestiuni care vizează fondul problemei sau chestiuni accesorii, pe care le-a omis sau pe care, pur și simplu, a uitat să se pronunțe.

În acest context se pune problema încălcării drepturilor civile, a libertăților fundamentale care constituie chiar temelia justitiei conferite prin art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, și dar și a prevederilor art. 20-21 și a art. 53 din Constituția României.

DESPRE POSIBILITATEA TRIBUNALELOR ARBITRALE DE A ADRESA ÎNTREBĂRI PRELIMINARE CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE – IPOTEZA ROMÂNIEI PRIN RAPORTARE LA ULTIMELE TENDINȚE

Maria-Magdalena CARDIȘ*

Abstract: *At a national and international level, the arbitral tribunals are acknowledged and accepted as being judicial bodies having a similar activity with the one of a national court or tribunal. In spite of this, at the level of the European Union, these are not seen as being very similar, given their conventional nature.*

At first, the point of view of the CJEU was that an arbitral tribunal cannot be seen as a 'court or tribunal of a Member State', today the rule seems to also know some exceptions in several specific cases. In this manner, it can be observed that in a few situations an arbitral tribunal has been considered as being a 'court', as for in other situations this quality has been denied.

In the present context, the CJUE analyses in deciding whether an arbitral tribunal can make a referral for a preliminary ruling, among other factors, the domestic law of the Member State of the specific arbitral tribunal. Taking into consideration the provisions of Art. 146, d) of the Romanian Constitution, it would be interesting to see if a request for a preliminary ruling coming from a Romanian arbitral tribunal would be solved by the CJEU, or it would be rejected, for the arbitral tribunals are not "courts or tribunals of a Member-State".

Keywords: *arbitral tribunals; preliminary rulings; "courts or tribunals of a Member-State"; Romanian arbitral tribunals.*

1. Considerații introductive

Interacțiunea dintre ordinea juridică de drept intern și ordinea juridică de drept internațional nu reprezintă o chestiune de noutate pentru entitățile care acționează în comunitatea internațională. Astfel, atât la nivel internațional, cât și la nivel național, tribunalele arbitrale sunt recunoscute și acceptate ca fiind organisme cu atribuții jurisdicționale, similare (dar nu identice) cu instanțele de judecată.

În ceea ce privește statele aparținând Uniunii Europene apare o a treia ordine juridică, anume aceea de drept european, ordine juridică în cadrul căreia s-a avut în vedere multă vreme la sublinierea diferențelor care există între o instanță de judecată și un tribunal arbitral, acestea din urmă fiind, ca regulă, excluse din cadrul activităților pe care o instanță națională le poate desfășura la nivelul Uniunii Europene. Aceeași este și situația în care un tribunal arbitral aflat pe teritoriul unui stat-membru al Uniunii Europene și aplicând legea statului pe teritoriul căruia se află s-ar găsi în situația de a avea nevoie de interpretarea unei norme de drept european, căci acesta ar trebui să se adreseze Curții de Justiție a Uniunii Europene (în continuare, CJUE), posibilitate care nu îi este recunoscută, după cum reiese din jurisprudența acesteia. Totuși, dată fiind frecvența tot mai mare a diferendelor soluționate pe cale arbitrală, o modificare a poziției CJUE ar putea aduce numeroase beneficii.

2. Scopul articolului 267 al Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene

În primul rând, trebuie amintit faptul că, de-a lungul ultimei jumătăți de secol, a fost încercată unificarea legislativă a statelor membre a fostei Comunități Europene prin crearea unei Constituții Europene ori prin crearea unui Cod civil european. Cum din diverse considerente, unele de natură istorică, altele de natură politică, statele europene nu au dorit să renunțe la suveranitatea proprie în favoarea unei legislații comune, a fost găsită soluția conferirii autorității de lucru interpretat anumitor tipuri de hotărâri, pentru ca cel puțin anumite acte normative suprastatale să fie interpretate și ulterior aplicate în mod unitar.

În al doilea rând, sistemul trimiterilor întrebărilor preliminare către Curtea de Justiție a Uniunii Europene reprezintă „un mecanism fundamental al dreptului Uniunii Europene, mecanism menit să confere instanțelor naționale mijloace de a asigura o interpretare și o aplicare uniforme a acestui drept în toate statele-membre”¹. În acest sens sunt și prevederile art. 267 ale Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (în continuare, TFUE), potrivit cărora „Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la: (a) interpretarea tratatelor; (b) validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii”. În continuare, în cadrul aceluiași articol este făcută distincție între situația în care o instanță a unui stat

* Intern, Cabinet avocat Loredana Ioana Bucur; e-mail: cardis.magda@yahoo.com

¹ Zafir, G., *Curtea Constituțională a României și procedura întrebărilor preliminare. De ce nu?*, Revista Română de Drept European nr. 5/2011, Editura Wolters Kluwer, București, p. 83.

membru are posibilitatea² de a se adresa CJUE și situația în care instanța are obligația³ de a se adresa CJUE. Astfel, se poate observa faptul că CJUE este autoritatea competentă pentru a interpreta dreptul Uniunii Europene, iar instanțele naționale (în sens larg, s.n.) sunt subiectele de drept care au competența de a adresa întrebări preliminare. Totuși, trebuie subliniat că prin intermediul dispozițiilor art. 267 nu s-a urmărit interzicerea interpretării dreptului european de către instanțele naționale, ci doar evidențierea competenței exclusive a CJUE de a oferi o interpretare oficială, general valabilă și obligatorie pentru toate statele Uniunii Europene.

Cu referire la tribunalele arbitrale, după cum a fost arătat și în cauza Nordsee, „dacă apar neclarități legate de interpretarea dreptului comunitar într-o procedură arbitrală care se desfășoară pe baza unei convenții a părților, instanțele naționale se pot pronunța asupra acestora în contextul colaborării lor cu tribunalele arbitrale, cu precădere pentru a le asista referitor la anumite chestiuni procedurale, în vederea interpretării legii aplicabile sau a punerii în executare a hotărârii arbitrale”⁴. Totuși, trebuie subliniat că „activitatea instanțelor naționale în situația în care acordă asistență unui tribunal arbitral este de obicei limitată doar la tribunalele arbitrale aflate în jurisdicția respectivei instanțe”⁵. Pe baza acestor considerente, CJUE a dat practic dreptul tribunalelor arbitrale de a adresa întrebări preliminare pe cale indirectă. Totuși, chiar dacă acestea ar proceda în acest sens, instanțele naționale nu au o obligație în a transmite CJUE întrebarea preliminară ce se vrea a fi lămurită. Mai mult, în ipoteza în care dispozițiile legii naționale ale unui stat nu reglementează un asemenea mecanism de cooperare între instanțele naționale și tribunalele arbitrale, soluția avută în vedere de CJUE rămâne doar una cu caracter teoretic.

Totuși, acest aspect nu diminuează importanța interpretării făcute de CJUE în baza dispozițiilor art. 267 al TFUE, căci aceasta constă în asigurarea stabilității sistemului dreptului Uniunii Europene și a asigurării independenței ordinii juridice de drept european, după cum aceasta a fost stabilită prin cele două Tratat⁶.

Dat fiind faptul că pe teritoriul Uniunii Europene anumiți termeni juridici au înțelesuri diferite în dreptul intern al statelor-membre ale acesteia sau că o anumită instituție de drept are anumite particularități în cadrul unui sistem legal național, scopul interpretării oferite de CJUE prin intermediul mecanismului chestiunilor preliminare este acela de a se asigura că dreptul Uniunii Europene este înțeles și aplicat într-o manieră unitară, fără a se crea diferențe de la stat la stat. Pe această cale se creează un set de definiții, concepte și principii care trebuie avute în vedere de toate statele-membre.

Totuși, chiar dacă jurisprudența CJUE este obligatorie pentru instanțele statelor-membre, aceasta nu este obligatorie pentru CJUE însăși. În mod evident, este de preferat ca practica judiciară a acesteia să aibă un parcurs unitar și un anumit grad de previzibilitate, dar trebuie avut în vedere și faptul că o anumită dispoziție legală poate fi interpretată diferit de la caz la caz sau că schimbările care apar la nivelul societății pot influența modalitatea de a înțelege sau de a aplica acea dispoziție. Din aceste motive, jurisprudența CJUE trebuie să rămână flexibilă, fără a-și pierde autoritatea.

3. Înțelesul noțiunii de „instanță a unui stat-membru”

Formularea utilizată în cadrul art. 267 al TFUE pentru a determina sfera subiectelor de drept care pot utiliza sistemul trimiterii preliminare, anume „instanță a unui stat-membru”, este una generală și largă, astfel încât colaborarea între CJUE și aceste instanțe la care norma citată face trimitere să poată fi cât mai eficientă. Totuși, indiferent de limba în care este examinată dispoziția amintită, tribunalele arbitrale nu sunt excluse în mod expres, dar nici acceptate în mod implicit. În acest context, dat fiind faptul că au existat unele situații în care au fost trimise CJUE întrebări preliminare de către tribunalele arbitrale, CJUE a creat pe bază jurisprudențială anumite condiții prin raportare la care un organism cu atribuții jurisdicționale poate fi (sau nu poate fi) o „instanță a unui stat-membru”.

Prin raportare la tribunalele arbitrale, condițiile au fost stabilite printr-o hotărâre deja istorică a CJUE, pronunțată în cauza Nordsee. Deliberând în respectiva cauză și având în vedere poziția Comisiei de la data respectivă, Curtea de Justiție a Comunităților Europene nu a putut să nu observe asemănările existente între instanțele de drept comun și tribunalele arbitrale; astfel aceasta a statuat că „atâta timp cât procedura arbitrală este prevăzută de către lege (pentru situația respectivă), arbitrul trebuie să soluționeze cauza potrivit legii, hotărârea lui are, pentru părți, autoritate de lucru judecat și poate fi pusă în executare”⁷, tribunalul arbitral este considerat a fi „instanță a unui stat-membru”. Totuși, în respectiva cauză, dat fiind faptul că tribunalul arbitral fusese stabilit exclusiv pe baza convenției părților, Curtea de

² Art. 267, parag. 2 - În cazul în care o asemenea chestiune se invocă în fața unei instanțe dintr-un stat membru, această instanță poate, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre, să ceară Curții să se pronunțe cu privire la această chestiune.

³ Art. 267, parag. 3 - În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe naționale ale cărei decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern, această instanță este obligată să sesizeze Curtea.

⁴ C-102/81, *Nordsee v. Reederei Mond*, ECLI:EU:C:1982:107, parag. 14

⁵ Basedow, J., *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*. *Journal of International Arbitration* (J.Int'l Arb.), Vol. 32, No. 4, p. 375, 2015; Max Planck Private Law Research Paper No. 15/16, disponibil la SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2642805>, consultat la 20.02.2018.

⁶ Este vorba despre Tratatul Uniunii Europene și Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene.

⁷ C-102/81, *Nordsee v. Reederei Mond*, ECLI:EU:C:1982:107, parag. 10.

Justiție a Comunităților Europene a considerat că trimiterea preliminară nu provine de la un organ competent să o formuleze.

În jurisprudența mai recentă, analizând dacă organul care a formulat trimiterea preliminară este sau nu „instanță a unui stat-membru” potrivit dispozițiilor art. 267 ale TFUE, CJUE a avut în vedere criterii similare, „precum originea legală a organului, caracterul său permanent, caracterul obligatoriu al jurisdicției sale, natura contradictorie a procedurii, aplicarea de către organ a normelor de drept, precum și independența acestuia”⁸. Aceste condiții, astfel cum au fost stabilite de către CJUE trebuie îndeplinite în mod cumulativ.

După cum se poate observa, primul criteriu avut în vedere este originea legală a organului investit cu soluționarea unui litigiu, origine în baza căreia tribunalul arbitral face trimiterea preliminară. În acest sens, CJUE trebuie să constate că „originea tribunalelor arbitrale care au soluționat cauza nu este convenția părților, ci este legea națională”⁹. Referitor la această observație, trebuie avut în vedere faptul că nu este făcută distincție între arbitrajul ad-hoc și arbitrajul instituționalizat. Totuși, o lege națională poate să prevadă soluționarea unui anumit tip de litigiu de către un tribunal arbitral fără indicarea expresă a acestuia. O astfel de prevedere regăsim, de exemplu, în legislația românească; astfel, potrivit dispozițiilor art. 57 al Legii nr. 101/2016¹⁰, „părțile pot conveni ca litigiile în legătură cu interpretarea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor să fie soluționate prin arbitraj”.

În continuare, pentru a putea fi o „instanță a unui stat-membru”, un tribunal arbitral trebuie să aibă un caracter permanent. Aceasta înseamnă că arbitrii nu trebuie să fie numiți în exclusivitate de către părți, fără nicio implicare din partea unei autorități publice, pentru că „această condiție este menită să excludă posibilitatea părților de a alege în mod discreționar arbitrii, fără nicio influență din partea statului”¹¹.

În al treilea rând, jurisdicția tribunalului arbitral trebuie să fie obligatorie. Cu toate acestea, luând în considerare jurisprudența recentă a CJUE, aprecierea jurisdicției ca obligatorie prezintă anumite dificultăți, căci în unele situații CJUE a interpretat condiția obligativității ca fiind îndeplinită când jurisdicția tribunalului arbitral este expres prevăzută de lege și este o jurisdicție exclusivă (de exemplu, în cauza Merck Canada). În alte situații, CJUE a considerat condiția ca îndeplinită atunci când legea prevede arbitrajul ca pe o alternativă la instanțele naționale, fără a exista însă o jurisdicție exclusivă (de exemplu, în cauza Ascendi).

Având în vedere cele menționate mai sus, „criteriile pentru determinarea caracterului obligatoriu și permanent al jurisdicției (tribunalului arbitral, s.n.) ar fi trebuit să fie formulate și dezvoltate într-o manieră mai clară”¹². Totuși, ca regulă generală, „este important să nu se insiste pe modalitatea de stabilire a acestuia (tribunalului arbitral, s.n.) în legătură cu un anumit litigiu, ci mai degrabă să se rețină că tribunalele arbitrale au o competență generală referitoare la anumite tipuri de litigii”¹³.

Analizând caracterul contradictoriu al procedurii, CJUE nu a putut identifica situații în care procedura desfășurată în fața tribunalului arbitral să nu fi fost contradictorie.

Ca o altă condiție, tribunalul arbitral trebuie să soluționeze litigiul în baza legii, fie că aceasta este stabilită de către părți, fie că este stabilită de către tribunal. Noțiunea de lege trebuie interpretată însă în sens larg, în cadrul acesteia fiind cuprinse și tratatele internaționale. Din acest punct de vedere, problematică rămâne situația în care tribunalul arbitral trebuie să soluționeze cauza ex aequo et bono ori acționând ca amiable compositeur, căci astfel condiția nu poate fi considerată ca fiind îndeplinită.

Ca un ultim aspect, CJUE analizează independența arbitrilor. Dat fiind faptul că aceștia trebuie să dea o declarație de independență și imparțialitate înaintea fiecărei proceduri arbitrale la care iau parte, trimiterile preliminare venind din partea tribunalelor arbitrale nu au fost respinse din acest motiv.

În continuare, „trebuie amintit faptul că trimiterile preliminare au autoritate de lucru judecat și sunt obligatorii nu numai pentru instanța care a efectuat trimiterea, ci pentru toate instanțele statelor-membre”¹⁴. Presupunând că un tribunal arbitral formulează o întrebare preliminară și aceasta este soluționată de către CJUE, ar avea această decizie același efect ca în cazul soluționării unei întrebări provenind de la o instanță națională, dat fiind faptul că tribunalele

⁸ C-394/11, *Belov*, ECLI:EU:C:2013:48, par. 38.

⁹ Paschalidis P., *Arbitral Tribunals and Preliminary References to the EU Court of Justice* (March 17, 2016). Arbitration International, 2016, 0, 1–23 doi: 10.1093/arbit/aaw026, p. 9, disponibil la SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2990241>, consultat la 25.02.2018.

¹⁰ Este vorba despre Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

¹¹ Von Papp, Konstanze, *Clash of 'Autonomous Legal Orders': Can EU Member-States Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? – A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ* (May 16, 2013). Common Market Law Review 50 (2013) 1039-1081 (pre-edited version), p. 21, disponibil la SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2267045>, consultat la 19.02.2018.

¹² Toma-Bianov, A., *ICSID Arbitral Tribunals And The Direct Referrals To The Court Of Justice Of The European Union*, available at <https://www.lexislegalnews.com/articles/12051/commentary-icsid-arbitral-tribunals-and-the-direct-referrals-to-the-court-of-justice-of-the-europe-an-union>, consultat la 27.02.2018.

¹³ C-109/88, *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383, Opinia Avocatului General Lenz, par. 21.

¹⁴ Toma-Bianov, A., *ICSID Arbitral Tribunals And The Direct Referrals To The Court Of Justice Of The European Union*, available at <https://www.lexislegalnews.com/articles/12051/commentary-icsid-arbitral-tribunals-and-the-direct-referrals-to-the-court-of-justice-of-the-europe-an-union>, consultat la 27.02.2018.

arbitrale nu sunt permanente, în timp ce instanțele naționale sunt? Apreciem că răspunsul la această întrebare ar trebui să fie unul afirmativ, dat fiind faptul că CJUE este singura autoritate care poate face o interpretare obligatorie și oficială a dispozițiilor de drept al Uniunii Europene. Deși arbitrul (sau tribunalul arbitral) nu este ținut de hotărârea CJUE, părțile sunt, căci aceasta este o hotărâre a unei instanțe și nu poate fi ignorată fără niciun motiv. De asemenea, considerăm că un tribunal arbitral nu ar face o trimitere preliminară în ipoteza în care nu ar dori să și țină seamă de soluția oferită de către CJUE, căci riscul ca hotărârea arbitrală să fie anulată ulterior, pe motivul nerespectării ordinii publice a Uniunii Europene, ar fi unul foarte mare.

4. Limitele articolului 267 al Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene

Condițiile menționate în secțiunea anterioară nu pot fi trecute cu vederea de la caz la caz, în funcție de trimiterea preliminară ce trebuie soluționată de către CJUE; astfel, un tribunal arbitral nu este considerat ca fiind „instanță a unui stat-membru” atâta vreme cât nu îndeplinește cele șase condiții menționate în secțiunea anterioară.

Păstrând o anumită poziție, CJUE nu a instituit doar limite cu privire la propria competență, ci a limitat și subiectele de drept care pot adresa o întrebare preliminară. Astfel, CJEU poate da o hotărâre doar atunci când trimiterea este făcută de către o „instanță”, aceasta aparține unui „stat-membru”, iar chestiunea de drept al Uniunii Europene a apărut într-o cauză pendinte în fața instanței care face trimiterea. Mai mult, instanța trebuie să funcționeze în baza unei legi naționale și să aplice dreptul Uniunii Europene.

Aceste limite funcționează însă și invers, căci nu toate organele cu atribuții jurisdicționale sunt „instanțe”, chiar dacă îndeplinesc criteriile CJUE. Ele trebuie să aparțină unui stat-membru al Uniunii Europene.

Stabilind aceste limite, CJUE nu a făcut distincție între diferite tipuri de tribunale arbitrale, nefiind important dacă trimiterea este efectuată de către un tribunal arbitral comercial, un tribunal arbitral pentru anumite taxe sau orice alt tip de tribunal arbitral.

De exemplu, posibilitatea de a face trimiteri preliminare nu este recunoscută tribunalelor arbitrale comerciale, în ciuda numărului tot mai mare de litigii ce sunt soluționate de către acestea, poziția CJUE fiind stabilă începând cu cauza Nordsee și până în prezent. Astfel, chiar dacă trimiterea ar fi făcută de un tribunal arbitral național, atâta timp cât el nu este stabilit prin lege, ci doar potrivit voinței părților, ea (trimiterea, s.n.) nu este acceptată. Dată fiind această situație, riscul ca o bună parte din dreptul Uniunii Europene să fie aplicat fără nicio indicație a CJUE este foarte mare, pentru că litigiile care apar în domeniul comercial între părți provenind din diferite state-membre pot afecta buna funcționare a pieței comune.

Un alt exemplu este reprezentat de cauza Denuit și Cordenier¹⁵, cauză în care Colegiul de arbitraj al Commission de Litiges Voyages (Belgia) nu a fost considerat ca fiind „instanță a unui stat-membru”; pe cale de consecință, pentru a putea cere CJUE interpretarea unor dispoziții de drept european, părțile au trebuit să reia întreaga procedură în fața unei instanțe naționale, chiar dacă clauza compromisorie existentă în contractul semnat de către acestea era parte a condițiilor generale impuse de agenția de turism și nu fusese negociată.

În două cauze mai recente, CJUE a acceptat și a soluționat două trimiteri preliminare venind de la tribunale arbitrale, fără a renunța la poziția generală arătată anterior, ci doar prin procedarea la reinterpretarea condițiilor stabilite.

Astfel, în cauza Merck Canada, CJUE a observat că Tribunal(ul) Arbitral necessário are o origine legală, nu este stabilit doar prin voința părților și că este competent să soluționeze, în primă instanță, litigiile din domeniul drepturilor de proprietate industrială. Mai mult, jurisdicția acestuia în materie este obligatorie. Cum arbitrii îndeplineau condiția de independență și imparțialitate, iar procedura era una contradictorie, singura chestiune problematică era aceea a caracterului permanent al tribunalului arbitral, căci arbitrii erau totuși aleși de către părți și, după soluționarea litigiului, tribunalul se dizolva. Totuși, CJUE a considerat că, „dat fiind că acest tribunal a fost instituit în baza legii, că dispune, în mod permanent, de competență obligatorie și că, în plus, legislația națională definește și reglementează normele procedurale pe care le aplică, trebuie să se considere că, în speță, condiția privind caracterul permanent este de asemenea îndeplinită”¹⁶.

Calificarea cauzei citate ca fiind o excepție de la regulă ar fi excesivă, dat fiind faptul că CJUE nu a renunțat la practica ei constantă; după cum ea însăși a explicat, interpretarea condiției referitoare la natura permanentă a tribunalului arbitral a fost efectuată dintr-o altă perspectivă, și anume, considerând că toate celelalte cinci condiții au fost îndeplinite în mod direct, a șasea a fost îndeplinită în mod indirect, prin efectul celorlalte.

Un mecanism similar de argumentare poate fi observat și în cauza Ascendi. Aici, originea Tribunal(ului) Arbitral Tributário a fost considerată ca fiind legală, cu mențiunea că, deși legea portugheză prevede posibilitatea și nu obligativitatea soluționării conflictului pe calea arbitrajului, tribunalul arbitral nu are o origine strict convențională. Tribunal(ul) Arbitral Tributário a fost considerat ca având caracter permanent, tot pe cale indirectă, ca și în cauza Merck Canada. CJUE a ținut astfel să sublinieze că „deși compunerea completelor de judecată ale Tribunal(ului)

¹⁵ C-125/04, *Denuit and Cordenier*, ECLI:EU:C:2005:69.

¹⁶ C-555/13, *Merck Canada*, ECLI:EU:C:2014:92, parag. 24.

Arbitral Tributário este efemeră, iar activitatea acestora se încheie după ce s-au pronunțat, nu este mai puțin adevărat că, în ansamblul său, Tribunal Arbitral Tributário are, ca element al sistemului menționat, un caracter permanent”¹⁷. Restul condițiilor impuse de CJUE fuseseră îndeplinite, iar trimiterea preliminară a fost acceptată.

Nici acest caz nu poate fi considerat ca fiind o excepție de la regulă, căci, ca și în cauza anterior menționată, CJUE nu s-a abătut de la propria jurisprudență, ci a ales să dea efect unei condiții pe cale indirectă.

5. Ipoteza unei trimiteri preliminare făcute de un tribunal arbitral comercial provenind din România

După cum am putut observa, pentru a decide dacă un tribunal arbitral este sau nu o „instanță a unui stat-membru”, CJUE analizează legislația națională a statului respectiv și modalitatea în care acesta este prevăzut de către lege. În cele două cauze amintite, Merck Canada și Ascendi, analiza CJUE a plecat de la prevederile Constituției Portugaliei, care, prin art. 209, include tribunalele arbitrale printre organismele cu activitate jurisdicțională care pot funcționa pe teritoriul Portugaliei.

O referire la tribunalele arbitrale comerciale este făcută și în Constituția României unde, în art. 146, lit. d) este statuat că „Curtea Constituțională are următoarele atribuții: (...)d) hotărăște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial;(...)”. Pe cale de interpretare, un tribunal arbitral comercial poate fi subiect de sezină atunci când în fața lui este ridicată o excepție de neconstituționalitate. În acest caz particular, se poate observa că legiuitorul român a plasat tribunalele arbitrale comerciale pe aceeași poziție cu instanțele naționale, în ciuda naturii lor convenționale și fără a face distincție între arbitrajul ad-hoc și cel instituționalizat.

Totuși, simpla prevedere în acest context nu înseamnă că o posibilă trimitere preliminară făcută de un tribunal arbitral comercial din România ar fi considerată ca venind din partea unei „instanțe a unui stat-membru”, aceasta trebuind coroborată cu alte dispoziții legale. Aceasta constituie însă un argument pozitiv, căci astfel tribunalele arbitrale sunt avute în vedere ca fiind parte componentă a sistemului de organisme cu activități jurisdicționale. Din jurisprudența CJUE analizată în cauzele citate, reglementarea generală a activității tribunalelor arbitrale ce poate fi regăsită în Codul de procedură civilă al fiecărui stat-membru în parte nu reprezintă nici ea un argument suficient potrivit căruia să se considere că tribunalul arbitral respectiv are o origine legală.

În ceea ce privește celelalte două condiții care sunt analizate cu precădere de către CJUE, și anume competența obligatorie și caracterul permanent al organului care soluționează cauza, trebuie amintită opinia Avocatului General Lenz în cauza Danfoss, în care acesta a explicat faptul că referitor la aceste două condiții nu este importantă legarea unei anumite proceduri de o anumită instituție, ci faptul că astfel de organe judiciare au o jurisdicție generală, care nu este întotdeauna strict definită în privința unui anumit tip de litigiu.

În plus, se poate susține că alți factori apreciați de CJUE, precum „independența tribunalului, luarea hotărârilor în conformitate cu normele de drept și caracterul contradictoriu al procedurii sunt cu siguranță caracteristici ale unui litigiu de natură judiciară”¹⁸. Apreciem, prin urmare, că, în ipoteza prezentată, CJUE nu a putut argumenta, ca în cauza Nordsee, faptul că o instanță de arbitraj comercial din România ar fi insuficient legată de sistemul de protecție judiciară din statul membru și în consecință, să respingă trimiterea preliminară exclusiv pe acest motiv.

Deși până în prezent nu au existat trimiteri preliminare făcute de către un tribunal arbitral provenind din România, considerăm că o trimitere preliminară venind din partea unui tribunal arbitral (comercial) din România ar fi acceptată de către CJUE, atunci când părțile unui litigiu au recurs la soluționarea pe cale arbitrală a acestuia în baza art. 57 al Legii nr. 101/2016. Situația rezultată ar fi similară cu cea din cauza Ascendi, căci dispoziția legală anterior citată, prevăzând posibilitatea și nu obligativitatea soluționării conflictului pe calea arbitrajului conferă tribunalului arbitral o origine legală, în mod indirect. Atâta timp cât tribunalul arbitral ar soluționa cauza în baza legii, procedura ar fi contradictorie iar arbitrii ar îndeplini cerința de independență și imparțialitate, în lumina jurisprudenței recente a CJUE tribunalul arbitral nu ar putea să nu fie asimilat pe bază de interpretare unei „instanțe a unui stat-membru”. În toate cazurile însă, decizia finală este realizată de către CJUE.

6. Concluzii

Soluționarea litigiilor pe calea arbitrajului este într-o continuă creștere. După cum se poate observa chiar și din jurisprudența CJUE, tribunalele arbitrale au reușit, în anumite condiții, să formuleze direct o trimitere preliminară, atâta timp cât acestea aveau o origine legală și nu doar convențională. Cu toate acestea, cea mai mare parte a tribunalelor arbitrale (în special cele comerciale) rămân în afara noțiunii de „instanță a unui stat-membru”, ceea ce cauzează dificultăți în aplicarea corectă a dispozițiilor legale ale dreptului Uniunii Europene sau în ceea ce privește executarea sau executarea arbitraj.

¹⁷ C-377/13, *Ascendi*, ECLI:EU:C:2014:1754, par. 26.

¹⁸ Basedow, J., *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*. *Journal of International Arbitration* (J.Int'l Arb.), Vol. 32, No. 4, p. 375, 2015; Max Planck Private Law Research Paper No. 15/16, disponibil la SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2642805>, consultat la 20.02.2018.

În plus, trebuie remarcat că, deși posibilitatea de a formula o întrebare preliminară pe cale indirectă, prin intermediul unei instanțe naționale este recunoscută tribunalelor arbitrale, instanțele naționale nu au nicio obligație de a transmite o astfel de întrebare CJUE și nici de a face ele însele interpretarea unei dispoziții de drept european, atâta timp cât cauza nu este pendinte în fața lor.

Prin urmare, considerăm că, atâta timp cât tribunalele arbitrale nu sunt „instanțe ale unui stat-membru”, dezvoltarea unui mecanism similar pe care acestea ar putea să îl utilizeze ar fi foarte util, pentru a avea hotărâri arbitrale care pot fi executate pe teritoriul unui stat-membru și care să nu poată fi foarte ușor anulate pe motiv că ar fi contrare ordinii publice de drept al Uniunii Europene.

Totuși, dat fiind faptul că nu există certitudinea că un astfel de mecanism va exista la nivel european, ar fi de dorit ca legiuitorul român, ținând cont de ultimele tendințe, să introducă un mecanism prin care tribunalele arbitrale să se poată adresa instanțelor naționale atunci când se impune efectuarea unei trimiteri preliminare către CJUE.

TENDINȚE DE EFICIENTIZARE ÎN LUMINA NOILOR REGULI ROMÂNE DE PROCEDURĂ ARBITRALĂ

*Cristina Ioana FLORESCU**

Abstract : *Arbitration is the preferred method of settling disputes for the majority of professionals in the field of commerce, for whom celerity and resolving their dispute in flexible, confidential conditions and by specialists chosen by them constitute a priority.*

Even though the arbitration increased with the support of the courts and the state, however, over time it became more autonomous and thus developed its own procedural rules. The Court of International Commercial Arbitration attached to the Chamber of Commerce and Industry of Romania has adopted new Arbitration Rules developed from good practices and international rules in the field.

The paper presents the methods of efficiency proposed by the New Rules to be applied by arbitrators assigned with intensified powers and with an increasingly active role to control case management.

The rules, and especially the efficiency tools, are designed to correct the parties' attitudes and to respond to their needs and the latest trends in order to make the procedure more efficient and to ensure the most favourable climate for optimal resolution of disputes in high professional conditions.

Keywords: *arbitration; new arbitral procedural Rules, efficiency tools*

Introducere

Realitatea actuală înfruntă o dezvoltare progresivă, o evoluție și revoluție continuă, care îndeamnă la străduința tuturor instituțiilor arbitrale de a promova un sistem arbitral sustenabil pentru viitor. În ultimele două decade s-a putut observa o dezvoltare și reformare a arbitrajului internațional care se confruntă din ce în ce mai acut cu noi domenii de interes pentru a ține pasul cu cerințele potențialilor utilizatori de arbitraj care și-au diversificat nevoile. Deci instituțiile arbitrale sunt chemate să reflecte și să îmbrățișeze situația actuală pentru a fi receptivă la nevoile ce derivă din asemenea idei în tendințe din domenii de interes diverse, interconectate și care devin din ce în ce mai adaptate la revoluția tehnologiei și informaticii, mai liberale, flexibile și totodată care tind spre atenuarea preconcepțiilor formalistice.

Arbitrajul, ca o alternativă la instanțele naționale pentru soluționarea litigiilor, este utilizat în întreaga lume în prezent și a încurajat armonizarea dreptului internațional, în special în ceea ce privește comerțul internațional. Din nefericire, utilizatorii se plâng că, în ultima perioadă, arbitrajul a devenit o procedură din ce în ce mai complexă, prelungită și mai costisitoare pentru statutul său de metodă preferențială de soluționare a litigiilor comerciale internaționale, deoarece este deja necontestat faptul că arbitrajul reprezintă una dintre formele preferate de soluționare a litigiilor dintre comercianți de naționalități diferite, datorită unor aspecte precum rolul neutru al arbitrului, al sediului arbitrajului și dorința de a evita instanțele judecătorești cu judecători care au aceeași cetățenie ca a părților.

Provocările esențiale ale epocii moderne au condus la o creștere fără precedent în număr și diversitate a reformelor la nivel instituțional, pentru fiecare din acestea fiind o oportunitate de a se promova ca loc al arbitrajului prin implementarea inovațiilor celor mai semnificative și râvnite de utilizatori.

Tendențele de reformare la nivel internațional

Este oricum de remarcat reforma masivă care a avut loc în ultimii doi ani la nivel internațional în actualizarea și remodelarea regulilor arbitrale de către instituțiile arbitrale cele mai cunoscute, lideri ai momentului. Mai multe instituții, cum ar fi ACICA (Australia), SIAC (Singapore) și KCAB (Coreea), și-au actualizat regulile de arbitraj în 2016, în timp ce ICC (Paris), SCC (Stockholm) și ICAC (Rusia) au introdus noi reguli pentru 2017, urmate deja și de alte organizații. SIAC a lansat, de asemenea, regulile de arbitraj privind investițiile, urmate de consultare publică, pentru a fi apoi introduse în regulile noi. Mai multe instituții au publicat note practice și statistici detaliate: HKIAC (Hong Kong), SIAC, LCIA (Londra), SCC, iar ICC și-au actualizat nota ghid privind desfășurarea arbitrajului care se dovedește extrem de utilă pentru toți cei implicați în derularea și finalizarea procedurii arbitrale.

Așadar, trebuie înțeleasă năzuința fiecărei instituții de a introduce strategii și noi creații juridice impuse de piața internațională spre a se menține în topul de atractivitate a alegerii de către utilizatori a respectivului loc ca fiind potrivit pentru arbitraj, sub auspiciile utilării instituției cu cele mai actuale inovații în materie. Este prin urmare o tactică, un obiectiv și un efort continuu al instituțiilor arbitrale de a rămâne viabile pe piață în competiția din ce în ce mai acerbă care s-a instaurat, pentru a veni în întâmpinarea părților mai sofisticate care ar putea dori și vor avea astfel

* Conf.univ.dr. , Facultate de Științe Juridice, Politice și Administrative, Universitatea „Spiru Haret”, București: e_mail: crisflorescu@gmail.com

posibilitatea de a recurge la respectiva instituție pentru soluționarea prin arbitraj a disputelor, beneficiind astfel de cele mai inovative practici în cadrul procesului lor.

Reforma pe plan național

În M. Of. nr. 1025 din 27 decembrie 2017 a fost publicată Decizia CCIR nr. 27/2017 din 17 noiembrie 2017 privind adoptarea Regulilor de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României (Regulile CACCIR). Noile reguli au un puternic accent modern, internațional, suplu și flexibil, fiind elaborate după cele mai bune practici existente în materie. Ele propun îmbunătățirea funcționării arbitrajului comercial din România prin facilitarea soluționării litigiilor în mediul de afaceri prin acest mecanism al arbitrajului, oferind o procedură eficientă, flexibilă, mai rapidă, propunând și o variantă accelerată, fără a fi sacrificată calitatea.

Deși cu pronunțat caracter internațional, în acord cu regulile principalelor instituții arbitrale din Uniunea Europeană, UNCITRAL și nu numai, Regulile adoptate nu s-au putut depărta de dispozițiile legale aplicabile ale noilor Coduri Civil și de Procedură Civilă, fiind în acord cu cele mai prestigioase opinii doctrinare din România și din mediul arbitrajului. Dar se distinge în mod deosebit faptul că Regulile au devenit într-adevăr internaționale, pentru a evita stilul pur adaptat numai după legislația națională, fiind nevoie de o deschidere și accentuarea a utilizării instrumentelor mai noi, flexibile și ușor de adaptat la spațiul virtual, la mijloacele moderne de comunicare.

Desigur, Regulile arbitrale din 2014 au constituit o bază bună de plecare, dar cele în vigoare de la începutul acestui an vin să aducă noi elemente în atenția utilizatorilor. Principalele noutăți aduse de Regulile vizează sublinierea principiului autonomiei procedurale a părților și a arbitrilor, cu accentuare a rolului pro-activ al celor din urmă, introducerea unei delimitări clare între faza scrisă și cea orală a procesului arbitral, cu accentuarea importanței fazei scrise, îmbunătățirea conducerii și gestiunii cauzei de către tribunalul arbitral, prin fixarea cerinței de stabilire a unui calendar procedural provizoriu sau complet, posibilitatea bifurcării procedurii, facilitarea administrării probelor și numirii experților, reglementarea unei proceduri accelerate simplificate, introducerea instituției arbitralului de urgență, dar mai ales estomparea diferenței de tratament dintre arbitrajul internațional și cel național. Astfel, utilizatorii sunt confrunțați cu noi terminologii, instrumente și proceduri care sunt mai mult decât binevenite și utile în desfășurarea procedurii arbitrale într-un mod cât mai apropiat de nevoile fiecărui caz și în acord cu practica internațională cunoscută deja de utilizatorii mai experimentați. S-a urmărit ca noul pachet de reguli arbitrale să se transpună într-un instrument suplu, simplu și eficient de soluționare a disputelor comerciale.

Noutățile aduse de noile Regulile arbitrale pentru eficientizarea procedurii

Important de remarcat este că se păstrează esența convenției părților pentru alegerea instanței arbitrale și a procedurii. Regulile se aplică în virtutea convenției arbitrale, păstrându-se caracterul contractual și încurajând atitudinea de cooperare și înțelegerea părților în promovarea și conducerea arbitrajului (a se vedea de exp. art. 3 alin. ultim sau art. 26 alin. 2 și 6, prevederi piatră de temelie în acest sens). Deci principiul autonomiei de voință a fost o preocupare constantă pentru menținerea acestui principiu, recunoscut în arbitraj dintotdeauna. Astfel abordarea se dorește mai liberală, dinamizând înțelegerea și alegerea propriilor reguli de către părți.

Totodată, este util de precizat că redactarea noilor Regulile nu s-a realizat fără investigații, cerându-se părerea asupra tuturor chestiunilor mai sensibile mediului de afaceri, avocaților, arbitrilor, practicienilor și specialiștilor din mediul academic în domeniu, pentru a se afla părerile profesioniștilor, dezideratele diversilor utilizatori și a răspunde cerințelor acestora de întărire a avantajelor arbitrajului, cum ar fi confidențialitatea, flexibilizarea, confirmarea și consolidarea autorității tribunalului arbitral și, în genere, satisfacerea intereselor părților. Se observă astfel că principalele principii ale arbitrajului au constituit spiritul și esența Regulilor.

Vom încerca în continuare să conturăm numai câteva aspecte mai relevante privind noile Regulile, fără a avea posibilitatea aici de a le epuiza pe toate.

Așadar, cel mai important de subliniat din nou, a fost reafirmarea principiului autonomiei procedurale a părților și a arbitrilor. Drept urmare, este posibilă adoptarea oricărei proceduri se consideră potrivită în raport de specificul cauzei, chiar dacă aceasta este diferită față de procedura urmată de instanțele judecătorești sau cea stabilită de regulile de procedură arbitrală, câtă vreme nu se încalcă dreptul la apărare, ordinea de drept și normele imperative ale legii.

S-a optat pentru reglarea ritmului de soluționare a litigiului prin scindarea procedurii în două părți, similar procedurii internaționale, extrem de binevenită și întâlnită cu precădere în litigiile de o complexitate mai mare. Există și posibilitatea de a depune memorii dezvoltătoare, un element lăsat la latitudinea părților care aleg dacă consideră potrivit să depună o cerere de arbitrare completă, de la început, sau doresc să o dezvolte ulterior. În contractele mai complexe (cum sunt cele de construcție, de tip FIDIC) este nevoie de o investigație suplimentară, o pregătire și colectare a informației de administrat în dosar pentru probatoriu, martori, expertize, care nu se poate realiza dintr-un început. Desigur că se pot pune și probleme de jurisdicție (competența tribunalului arbitral) sau de considerarea inițial

a stabilirii unor proceduri de urgență sau stabilirea întinderii răspunderii pentru ca ulterior să se clarifice întinderea prejudiciului. Deci, în general, această problemă a determinării în etape este utilă când este necesar să se statueze cu precădere anumite aspecte într-un termen relativ scurt, fără administrarea întregului probatoriu pentru cauza care se dovedește mai complexă.

Se observă că întâmpinarea se numește de acum răspuns, pentru a se evita conotațiile, efectele și înțelesul procedural din Codul de procedură civilă care îl are pentru participanții la viața juridică.

Astfel sensul și consecințele sunt diferite, se evită să se depindă de decăderi conform legii și, în general, momentele procedurale devin mai permissive în arbitraj pentru flexibilizarea procedurii, respectându-se însă limitele normelor imperative ale legii. Deci se evidențiază cererea completă de cea sumară, răspunsul devine o formă mai simplificată de apărare sumară la cerere.

Astfel devine un beneficiu scindarea procedurii, căci memoriile dezvoltătoare (art. 32) nu sunt o obligație pentru pârât ci o tactică optimă de la caz la caz, în funcție de poziția reclamantului, care poate face o cerere completă și renunța la memoriul dezvoltător sau dimpotrivă, alege să formuleze o cerere sumară și apoi să adopte dezvoltarea sa. Aici este chemat și tribunalul arbitral să guverneze desfășurarea procedurii în mod optim, stabilind prin conferința privind administrarea cauzei (noutate terminologică, art. 31) cum este mai potrivit să se organizeze și programeze toate etapele care pot fi prevăzute în procedură, cu stabilirea acestora în mod optim și a unui calendar procedural circumstanțiat cauzei.

Notăm că Regulile sunt construite pe experiența internațională, care folosește demult această abordare. De data acesta s-a întreprins un pas mai departe, s-a intrat în rândul lumii în materie, propunându-se nu numai soluții adaptate legislației naționale, ci și unele care să reflecte practica internațională, pentru a permite aplicarea Regulilor și în cadrul arbitrajelor internaționale ce vor fi guvernate de aceste Reguli și gestionate de CACCIR. De aceea s-a adoptat termenul de conferință, similar noțiunii folosite internațional, și nu ședință, pentru a accentua posibilitatea utilizării tuturor mijloacelor moderne de comunicare, flexibile și ușor de adaptat la spațiul virtual. Termenul de ședință este tributar trecutului, Regulile doresc să înfrunte viitorul, cu deschidere internațională. Desigur, numai în timp se va demonstra utilitatea lor și modalitatea mai potrivită de administrare.

Și pe plan național exista înainte o încercare de planificare a pașilor de urmat în cadrul procedurii, dar utilizarea sa expresă nu era facilitată și îndemnată prin reguli pentru a se și produce efectiv efectele scontate. Acestea ar fi ca prin această conferință, pe baza cererii și respectiv a memoriilor, să se identifice principalele puncte în discuție și astfel să se poată alcătui un calendar procedural cât mai adecvat posibilităților reale a părților de a respecta datele stabilite în derularea procesului. Este o agendă de lucru pentru a se putea previziona etapele de urmat. Desigur că nu s-a putut reglementa complet orice metodă de eficientizare în acest sens, dar aici intervine rolul activ al arbitrilor.

De exemplu, în cauze complexe, din bune practici a reieșit că este mai eficient ca arbitrii să comunice de îndată după constituirea tribunalului cu părțile, înainte de conferință și tocmai pentru organizarea și buna desfășurare și pentru a se putea găsi cea mai bună formulă de urmat, pentru a se putea percepe punctele sensibile și astfel a putea propune tribunalului o agendă de lucru a discuțiilor astfel încât toți participanții la conferință să fie cât mai pregătiți. Se poate crea un cadru optim pentru audierea conferinței și fără întâlnirea fizică efectivă, întrucât se pot utiliza mijloace moderne de comunicare la distanță, tele sau videoconferință, eficiente mai ales pentru distanțe mai mari, când este util să se evite pierderea de timp și cheltuieli adiționale.

Este important de precizat importanța juridică a acestei conferințe, deoarece constituie primul termen de arbitrare, cu toate consecințele legale ce derivă din acest aspect. Se întărește marja de apreciere a tribunalului comparativ cu procedura clasică în fața instanțelor statale, prin introducerea unei text supapă (art. 33) care dă ocazia tribunalului arbitral să aprecieze decăderea. Lăudăm din nou desprinderea de formalismul excesiv ce guvernează procedura statală, dar toată această flexibilizare să nu uităm că se află sub umbrela unor principii existente în arbitraj, cum ar fi buna-credință, celeritatea, eficiența, flexibilitatea procedurală, posibilitatea alegerii arbitrului, autonomia de voință a părților etc. Acest articol, are menirea, ca toate cele care se referă la eficientizarea procedurilor (aici incluzându-se nu numai anexa nr. 4 ci toate prevederile noi care consacră și contribuie la stabilirea unor metode de eficientizare a procedurii arbitrale) să evite potențialele incidente procedurale legate de manevre dilatorii (denumite internațional guerrilla tactics) și să creeze instrumente operaționale la îndemâna arbitrilor care astfel să poată judeca eficient și să găsească o soluție care să intervină și să corecteze atitudinea părților în funcție de circumstanțele cauzei.

Articolul 27 alin. 3 se referă la încheierile care pot fi date între termenele procedurale, cu consultarea prealabilă a părților, și prin mijloace electronice (acele ordine procedurale cum sunt cunoscute la nivel internațional) fără întâlnirea fizică a părților și a tribunalului arbitral. S-a procedat astfel pentru eliminarea termenelor în general (și noul Cod de procedură civilă a încercat dar nu a reușit pe deplin) și mai ales a acelor luate numai pentru amânare, pentru a lua cunoștință de acte, de probatoriu și pentru asemenea momente când deplasarea cu costurile aferente, desigur, poate fi evitată și deciziile intermediare de conducere a procedurii pot fi luate fără a fi necesară defel prezența fizică, fiind suficiente schimburile de corespondență electronică (prin email). Desigur că implementarea eficientă va depinde de

felul în care va reuși tribunalul arbitral să se impună în procedură, să fie determinat să aplice toate acele practici care conduc la eficientizarea procedurii, deoarece Regulile creează de acum premisele evitării acestei practici și eliminarea prezenței fizice, cu eliminarea întregului deficit de timp și costuri suplimentare de deplasare aferente.

Alte prevederi ale Regulilor arbitrale care reflectă tendințele de eficientizare

Întrucât redactarea proiectului de reguli a durat aproximativ doi ani de zile, pe parcurs corpul de arbitrii s-a întrunit de mai multe ori și a fost invitat în nenumărate rânduri să își spună opiniile și să revizuiască prin propuneri de clarificare versiunile care s-au discutat. Opiniile tuturor celor care au considerat util să intervină și să contribuie au fost luate în considerare și s-a ținut seama de cele mai potrivite și pertinente amendamente care au fost astfel adoptate. S-a accentuat mult nevoia de internaționalizare, uniformizare și armonizare cu tendințele actuale și mai ales nevoia aceasta de creare și implementare a unor instrumente suplimentare de disciplinare și suport al părților, astfel încât s-au adoptat sub forma de anexe câteva mecanisme care să contribuie în plus la eficientizare.

Anexa nr. 2 conține o noutate legată de instituirea arbitrilor de urgență și a procedurii respective. Necesitatea unor măsuri provizorii de urgență apare adesea înaintea sau simultan cu litigiul, poate chiar până când cererea arbitrală este redactată și transmisă instituției arbitrale pentru ca aceasta să poată începe organizarea cazului, inclusiv numirea și constituirea tribunalului arbitral. Acest lucru se datorează faptului că, în practică, poate dura săptămâni sau luni pentru a desemna un tribunal arbitral. În cazul în care o parte are nevoie de ajutor de urgență în această perioadă, ea poate solicita instanțelor locale numai măsuri provizorii, cu excepția cazului în care convenția arbitrală a părților include dispoziții pentru numirea unei astfel de arbitru de urgență. Acest lucru a fost depășit și realizat prin încorporarea de către instituții a regulilor arbitrilor de urgență în procedura lor arbitrală, specificând în mod expres modul în care trebuie să se desfășoare o astfel de procedură.

Prin urmare, convenția arbitrală a părților menționează reguli specifice de arbitraj, care de acum includ și permit ca cererile de măsuri provizorii să fie acordate de un arbitru de urgență desemnat cu celeritate în mod neutru de către Președintele Curții (autoritate de nominare în general în cuprinsul Regulilor pentru orice incidente procedurale sau când această atribuție îi revine expres) pentru a se ocupa de o cerere de urgență înainte de constituirea unui tribunal regulat constituit. Competența unui arbitru de urgență se limitează la deciziile privind măsurile provizorii și nu se extinde la nicio decizie cu privire la fondul cauzei. În plus, decizia unui arbitru de urgență nu leagă arbitrii obișnuiți și aceștia pot modifica, suspenda sau denunța orice încheiere acordată de arbitrul de urgență, care are efect temporar până la pronunțarea hotărârii finale de către tribunalul ce va fi constituit. Normele acestei instituții speciale a arbitrilor de urgență se aplică automat odată ce convenția părților se referă la Regulile, astfel că derogarea de la ele are regim de opt-out (renunțare), adică se aplică în cazul în care părțile specifică în mod expres că nu doresc aplicarea lor și convin altfel. Urgența este evidentă, având în vedere că el este propus în maxim 48 ore de către instituție și este chemat să se pronunțe în 10 zile de la numirea sa. Și pe plan internațional se derulează rapid, statisticile arătând un interval între 10-18 zile.

Anexa nr. 4 este dedicată procedurilor de eficientizare la care ne-am referit în mod deosebit pe parcursul acestei lucrări, iar anexa nr. 5 introduce un nou tip de procedură simplificată, accelerată, prin care părțile pot soluționa litigii mai puțin complexe, de o valoare mai redusă printr-o procedură la rândul ei redusă, în care să nu fie nevoie de toți pașii din procedura standard, pentru a diminua astfel costurile și timpul până la pronunțarea hotărârii. Se poate observa că și în fața instanțelor statale noul Cod de procedură civilă a încercat să construiască o asemenea procedură scrisă, cea privind cererile de valoare redusă, care se desfășoară în întregul ei în camera de consiliu, cu termene scurte și într-o formulă cât se poate de eficientă.

Procedura simplificată instituită de Regulile are tot regim de opt-out, dar ea se aplică nu odată cu intrarea în vigoare a Regulilor, ci numai pentru litigiile ce au drept temei convenții arbitrale încheiate după intrarea în vigoare a Regulilor. Dar dreptul de opțiune nu este limitat, procedura se poate utiliza oricând ambele părți agreează să o aplice, indiferent de îndeplinirea condițiilor și suma în discuție, în măsura în care doresc să accelereze procedura pentru litigiul lor. S-a considerat că este mai nimerit să se stabilească anumite condiții prag pentru evitarea abuzurilor și astfel regulile speciale se aplică atunci când valoarea litigiului arbitral este până în 50.000 lei și complexitatea este mai redusă, deoarece se judecă de către un arbitru care va pronunța o hotărâre în maxim 3 luni de la data primului termen de arbitrare (conferința). Desigur că există și reversul medaliei, chiar dacă prima facie procedura simplificată este aplicabilă, există o supapă de siguranță (art. 3 alin. 4 din Anexa nr. 5) prin care să se revină la procedura standard în măsura în care se constată că deși valoarea este redusă și se încadrează în prag, litigiul se dovedește a fi mai complex decât se estima (de exp. este nevoie de un probatoriu mai cuprinzător, care să includă expertize sau în general cheltuieli disproporționate). Și aceasta deoarece, mai ales sub auspiciile arbitrajului, principiul aflării adevărului trebuie să primeze și atunci este necesară o investigație mai amănunțită care nu se poate efectua în cadrul procedurii simplificate și se revine la procedura standard.

Tot pentru eficientizarea în general a procedurii arbitrale s-au instituit prevederi mai clare privind posibilitatea participării terților (art. 16), precum și a alegerii arbitrilor în cazul arbitrajului multi-partit (art. 19 alin 4 și 6), nelipsind reglementarea pentru conexarea procedurilor (art. 17).

În final, revenind la noutățile impuse de nevoia de eficientizare a procedurii arbitrale, îndreptându-ne mai atent atenția asupra anexei nr. 4, alături de aspectele deja prezentate mai sus ca metode de eficientizare și care sunt cuprinse în anexă, mai distingem încă câteva demne de evidențiat. Printre acestea este posibilitatea ca tribunalul să emită hotărâri parțiale, în măsura în care este posibil din punct de vedere legal și se justifică, în general pentru a decide asupra unor probleme de fond asupra cărora situația s-a lămurit și nu mai sunt supuse discuției ulterioare, pentru a se putea continua judecata asupra restului de probleme. Acestea pot fi hotărâri legate de competență, lege aplicabilă, alte chestiuni prealabile, determinare definitivă asupra unei chestiuni de fond cum ar fi stabilirea răspunderii pentru ca mai apoi să se decidă și asupra cuantumului despăgubirilor, de obicei ca urmare a bifurcării. Hotărârile parțiale se pot dovedi utile în cazul în care arbitrii ar putea dori să 'blocheze' în mod ireversibil (final) o decizie specială privind o creanță sau altă problemă ce urmează a fi stabilită. Acest lucru poate avea avantajul de a simplifica și reduce etapele ulterioare ale arbitrajului, economisind astfel timp și bani, precum și evitând repetarea argumentelor deja invocate. De asemenea, procedurile nu trebuie să mai fie reluate în cazul în care un arbitru trebuie înlocuit în timpul unui arbitraj care se întinde de lungă durată și există acest pericol. Mai se poate dovedi utilă o astfel de hotărâre și pentru a bloca eventual accesul la proceduri paralele în fața instanțelor statale.

Alte aspecte în sensul eficientizării procedurii se referă în mod expres la diverse pârghii care erau adesea folosite de arbitrii în practică, dar care acum sunt reliefate pentru a sublinia rolul lor de eficientizare a procedurii: identificarea problemelor ce pot fi soluționate prin acordul părților sau al experților-parte; identificarea problemelor asupra cărora se poate decide numai pe bază de materiale scrise, fără a fi necesare audierea orală de martori sau experți sau prezentarea de pledoarii orale din partea avocaților, iar la prezentarea înscrisurilor sunt prevăzute diverse posibilități de gestionare cât mai eficientă (cum ar fi: părțile să fie invitate să depună odată cu memoriile înscrisurile probatorii pe care se întemeiază; evitarea cererilor de prezentare a înscrisurilor, dacă aceasta se justifică pentru controlarea duratei și a costurilor procedurii; în acele cazuri în care cererile de prezentare a înscrisurilor sunt considerate justificate, limitarea întinderii unor astfel de cereri la acele înscrisuri sau categorii de înscrisuri care sunt pertinente și utile pentru rezolvarea litigiului arbitral; stabilirea de termene rezonabile pentru prezentarea înscrisurilor; utilizarea unui calendar de prezentare a înscrisurilor în scopul de a facilita soluționarea divergențelor cu privire la prezentarea înscrisurilor).

O altă abordare interesantă preluată din practica internațională și care s-a dovedit a da roade în cazul avocaților și consilierilor părților extrem de prolifici în transmiterea unor materiale, expertize, probatorii sau alte documente, mai ales memorii extrem de lungi și voluminoase, a fost posibilitatea restricționării numărului de pagini și a întinderii problematicilor abordate mai ales în concluziile finale post audiere; utilizarea mijloacelor de comunicare la distanță de câte ori se dovedesc eficiente; alegerea experților cu adevărat potriviți pentru problemele dezbătute; soluționarea amiabilă, în tot sau în parte, a litigiului; stabilirea în genere de termene rezonabile prin utilizarea bifurcării, a conferințelor și a calendarului procedural.

Așadar, pe lângă încurajarea arbitrilor (și nu numai, ci a tuturor participanților la procedură) de a recurge la tehnici de eficientizare a procedurii arbitrale, enumerate cu titlu exemplificativ în anexa nr. 4, se mai remarcă introducerea unei delimitări clare între faza scrisă și cea orală a procesului arbitral, cu accentuarea importanței fazei scrise; responsabilizarea suplimentară a membrilor tribunalului arbitral prin renunțarea la instituția arbitrului supleant și întărirea rolului de administrare a procedurii deținute de supraarbitru; facilitarea administrării probelor, cu precădere în domeniul probei cu martori și a celei cu expertiză, care pricinuiau mari întârzieri; în cazul neplății taxelor arbitrale, înainte cauza era lăsată în nelucrare, acum s-a revenit la restituirea cauzei reclamantului.

Concluzii

Considerăm că, pentru a produce efectele dorite, noutățile survenite prin adoptarea și intrarea în vigoare a noilor Reguli arbitrale vor avea nevoie de timp pentru a fi corect, efectiv asumate și aplicate de participanții la procesul arbitral.

Probabil că implementarea în practică nu se va putea realiza imediat, ci doar treptat, va exista recul și inerție în aplicarea noilor Reguli, așa se întâmplă întotdeauna în orice domeniu în care se adoptă noutăți, dar aici devine important rolul instituției de a promova și face înțelese intențiile de eficientizare ale procedurii care vin de fapt exact în întâmpinarea părților. Alături de instituție și arbitrii vor trebui să informeze și să educe atât părțile cât mai ales reprezentanții săi convenționali (avocați, consilieri juridici). Iată de ce devine un pas de o strategie semnificativă alegerea unor arbitrii care să fie în cunoștință de cauză. Sfătuim deci părțile să se îndrepte spre acei care nu rămân tributari vechilor obiceiuri, care sunt deschiși și pregătiți să-și asume rolul activ, să se informeze la rândul lor continuu în materie și să se perfecționeze printr-o formare profesională continuă. Desigur că și avocații este nevoie să

întreprindă aceste eforturi și să aplice aceleași diligențe prin perseverență, pentru a putea asigura clienților lor cele mai competente și eficiente sfaturi profesionale în materie.

Toate aceste nu sunt suficiente și nu se vor putea efectiv aplica dacă părțile nu se vor instrui în a înțelege și deprinde rostul și totodată a aprecia avantajele arbitrajului. Este de dorit ca părțile și avocații lor să accepte că formalismul excesiv trebuie depășit, să respecte, să aprecieze și să încurajeze rolul activ al arbitrilor, să dea dovadă de cooperare și disciplinare, să cunoască organizarea și reglementarea arbitrajului, ceea ce înseamnă realmente acest mecanism alternativ, pentru a putea folosi optim beneficiile sale.

Aplicarea Regulilor în timp va constitui un efort susținut de către toți jucătorii implicați în procedura arbitrală, cu speranța și convingerea că se vor dovedi mai adaptate realității economice, sociale și tehnologice actuale. Tendința accentuată internațională de remodelare a regulilor instituționale a fost preluată și de CACCIR în vederea optimizării și armonizării cu inovațiile existente în materie, pentru a asigura mediului de afaceri o mai bună relație comercială, chiar cu facilitarea înțelegerii între părți și astfel a continuării colaborării și drept urmare pentru soluționarea optimă a litigiilor ce pot apărea din raporturile lor comerciale.

O PRIVIRE COMPARATIVĂ ASUPRA CAUZELOR DE DESFIINȚARE A CONTRACTULUI DE VÂNZARE ÎN LEGIUIREA CARAGEA ȘI CODUL CIVIL ROMÂN

Andra-Ioana ALEXE*

Abstract : *The drafting of this study started from the finding that the regulations in the Caragea Code and the current Romanian Civil Code in the matter of the causes of the dissolution of the sale are strikingly similar.*

The present study aims to analyze cases from both regulations in order to better understand the tradition of our civil law, which has been largely preserved since 1818 to the present. Of course, the current Romanian Civil Code regulates the cases of abolition of the sale in an evolved way to Caragea Law, being adapted to the social reality of our day.

Key words: *the nonexistence of legal acts; the rescission of the contract; the nullity of the contract; the Romanian Civil Code; the Law of Caragea.*

1. Introducere

Legiuirea Caragea, intrată în vigoare în anul 1819, a reprezentat primul cod de legi al Țării Românești și a urmărit eliminarea insuficiențelor dreptului nescris de la acea vreme. Aceasta a reglementat în mod amplu contractul de vânzare în Partea a III-a, capitolul 2. În tot cuprinsul codului este folosit cuvântul ”strică” pentru a desemna desființarea oricărui act juridic, iar art. 44 care reglementează cazurile de desființare a vânzării nu face excepție. Acest lucru a dat naștere unei dezbateri doctrinare cu privire la înțelesul acestui cuvânt. Pe de-o parte, s-a afirmat că ”strică” semnifică nulitatea convenției¹, iar pe de altă parte s-a susținut că acesta desemnează inexistența² contractului. De asemenea, legiuitorul de la 1818 nu deosebea între nulitate și rezoluțiune și folosea aceeași expresie ”se strică” pentru a denumi ambele sancțiuni.

2. Comparație între dispozițiile din materia desființării vânzării din Codul Caragea și actualul Cod civil român

În continuare voi face o prezentare a cazurilor în care vânzarea astfel cum era reglementată în Legiuirea Caragea „să strică” și le voi compara cu cazurile de încetare a contractului de vânzare din actualul Cod civil pentru a stabili dacă există asemănări între cele două reglementări. Astfel, ”se strică vânzarea și cumpărătoarea”³:

1. Cînd se vor tocmi vânzătorul și cumpărătorul să o strice. Expresia ”se vor tocmi” semnifică ”au convenit”⁴ și consider că reprezintă echivalentul încetării contractului de vânzare prin acordul părților din actualul Cod civil. În materie de vânzare se aplică regula generală prevăzută de art. 1178 din Codul civil. Astfel este suficient simplul acord de voințe al părților pentru încheierea contractului. Prin excepție de la principiul consensualismului, potrivit art. 1244 C.Civ. ”trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute, convențiile care strămută sau constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară”. În doctrină, este consacrat principiul mutui consensus-mutui dissenus conform căruia actele juridice bilaterale sau plurilaterale pot fi revocate de comun acord de către părți printr-un act simetric celui de constituire. Prin urmare, în prezent, contractul de vânzare poate fi desființat prin simplul acord de voințe al părților sau prin înscris autentic dacă are ca obiect strămutarea sau constituirea de drepturi reale ce urmează a fi înscrise în cartea funciară.

2. Cînd vor vinde sau cumpăra cei ce nu sunt slobozi să vînză ori să cumpere. Acest punct reglementează desființarea vânzării în cazul în care una dintre părți nu a avea capacitatea de a încheia contractul. Potrivit Cap. 3 pct. 1 și pct. 2 din Partea I, atât femeile, cât și bărbații dobândeau capacitate deplină de exercițiu la vârsta de 25 de ani și puteau de la această vîrstă să își administreze averea cum doreau cu respectarea dispozițiilor legale. Până la 25 de ani, averea le era administrată de către tată⁵ sau tutore. Cu toate acestea, ”după legiuirea Caragea minorii pot accepta donațiuni, chiar fără autorizarea părinților și tutorilor, întrucît acele donațiuni le sunt spre folos – Cas. Civ., dec. III, 8 martie 1877, Bul. Cas., 1877, p.116”⁶. În continuare, legiuirea prevede că cei ”fără minte”, adică ”cei ce sunt într-un adevăr nebuni sau lipsiți de minte, și smintiți”⁷ nu au capacitatea de a încheia contracte, iar în cazul în care nu respectă

* Doctorand – Drept civil, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova, e-mail: andra_lexe@yahoo.com

¹ A se vedea Filip P., *Nulitatea actului juridic civil prin prisma interesului ocrotit*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 58.

² A se vedea Filip P., *op. cit.*, p. 58.

³ Stoenescu D., *Legiuirea Caragea (După ediția de la 1818)*, Tipografia Fane Constantinescu, Craiova, 1903, p. 64.

⁴ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *Legiuirea Caragea Ediție critică*, Editura Academiei Republicii Populare Romîne, 1955, p. 36, nota rând 15.

⁵ A se vedea Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 8, nota rând 12.

⁶ A se vedea Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 249.

⁷ Stoenescu D. *op. cit.*, p. 32.

dispozițiile legii, convenția ”se socotește drept nimic și se strică”⁸. De asemenea, conform Cap. 5 din Partea I, ”risipitorii sunt cîți își prăpădesc fără cuvânt averea lor”⁹. Expresia ”fără cuvânt” semnifica în chip nesocotit¹⁰, iar actul juridic încheiat de astfel de persoane, fără încuviințarea epitropilor lor, ”drept nimic se socotește și să strică”¹¹. În ceea ce privește statutul juridic al femeilor, acesta era unul special. Potrivit Cap. 1 pct. 3 Partea I, ”femeile sunt depărtate de la toate cinurile politicești, stăpîniri și sujbe publice”¹². Aceasta însemna că femeile aveau interdicția de a avea ”cin politicesc, împuternicire sau slujbă publică”¹³. Femeile măritate puteau avea bunuri proprii, diferite de cele ale soților, iar ansamblul acestor bunuri se numea ”exoprică”. Cu privire la aceste bunuri proprii, Legiuirea Caragea acorda în Cap. 16 din Partea a III-a, secțiunea ”Pentru exoprica”, dreptul femeii de a dispune de ele după cum dorește, ”adică să o vînză, să o închirieze, să o zălojească, să o împrumute și să o dăruiască”¹⁴. O categorie de persoane reglementată în mod distinct de Legiuirea Caragea în Cap. 7 Partea I era reprezentată de țigani. Potrivit pct. 1 din acest capitol, țiganii din Țara Românească erau robi. Țiganii puteau aparține domnului Țării Românești, mănăstirilor sau boierilor. Țiganii domnești, adică aceia care nu aveau ”stăpîn cu dovadă”¹⁵ erau liberi să circule pe teritoriul țării și principala lor activitate era aceea de comerț cu diferite bunuri. Situația juridico-fiscală a țăganilor domnești era reglementată, fiindu-le stabilit un bir ”separat de acela al locuitorilor romîni cu îndeletniciri similare”¹⁶. Țiganii boierilor și cei ai mănăstirilor aparțineau stăpînilor lor și nu aveau capacitate juridică, spre deosebire de cei domnești care puteau încheia acte juridice precum vânzarea, schimbul etc, cu condiția de a plăti bir statului. În prezent, din coroborarea art. 1180 C.Civ. și a art. 43 C.Civ. rezultă că pentru a încheia un contract de vânzare trebuie ca părțile să fie majore și să nu facă parte din categoria interzișilor judecătorești. Persoanele cu vârstele cuprinse între 14 și 18 ani sau mai mici de 14 ani pot încheia singure acte de dispoziție precum vânzarea doar dacă acestea au o valoare mică, caracter curent și se execută la data încheierii lor¹⁷. De asemenea, articolele 1653 și 1654 din Codul civil inserează incapacități speciale de a cumpăra.

3. Cînd se vor vinde lucruri oprite de pravilă a nu se vinde. Expresia ”oprite de pravilă a nu se vinde” se referă la lucrurile pe care legea le oprește a se vinde¹⁸. Așadar, acest punct instituie condiția ca obiectul vânzării să fi fost în circuitul civil¹⁹. Această condiție se regăsește în prezent în art. 1657 C. Civ care prevede că ”orice bun poate fi vîndut în mod liber, dacă vânzarea nu este interzisă ori limitată prin lege sau prin convenție ori tertament”. Vânzarea unui bun care nu este în circuitul civil este sancționată cu nulitatea absolută.

4. Cînd nu se va plăti prețul la soroc sau la locul unde s'a tocmit și va vrea vînzătorul să strice vînzarea. Acest alineat reglementează dreptul vînzătorului de a solicita desființarea vânzării pentru neplata prețului la termenul și locul ”hotărât”²⁰ în contract. În prezent, art. 1720 C. Civ. stipulează obligația cumpărătorului de a plăti prețul la locul în care bunul se află la momentul încheierii contractului și de îndată ce proprietatea a fost transmisă. În cazul în care prețul nu este plătit în aceste condiții, art. 1724 C. Civ. acordă printre altele vînzătorului dreptul de a solicita rezoluțiunea vânzării.

5. Cînd nu se va da lucrul la soroc și la locul unde s-a sorocit și va vrea cumpărătorul să strice cumpărătoarea. Acest punct normează obligația vînzătorului de a preda²¹ bunul la locul indicat în contract și stabilește totodată dreptul cumpărătorului de a solicita desființarea vânzării în cazul în care vînzătorul nu își îndeplinește obligația. Actualul Cod civil reglementează în articolele 1687 și 1688 obligația vînzătorului de a preda bunul imobil prin punerea acestuia liber de orice alte bunuri la dispoziția cumpărătorului, iar bunul mobil prin remiterea titlului reprezentativ sau a oricărui alt document care îi permite cumpărătorului preluarea în orice moment. Referitor la locul predării, art. 1689 stabilește că predarea lucrului individual determinat trebuie făcută la locul unde bunul se afla în momentul încheierii contractului. Bunul trebuie predat în momentul încheierii contractului sau la un alt termen convenit de părți, iar potrivit art. 1693 C. Civ. ”în lipsa unui termen, cumpărătorul poate cere predarea bunului de îndată ce prețul este plătit”. În caz de neexecutare a obligației de predare, cumpărătorul poate invoca excepția de

⁸ Stoenescu D. *op. cit.*, p. 32.

⁹ Stoenescu D. *op. cit.*, p. 32.

¹⁰ A se vedea Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 10, nota rând 3.

¹¹ Stoenescu D. *op. cit.*, p. 32.

¹² Stoenescu D. *op. cit.*, p. 30.

¹³ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. , nota rânduri 13-14.

¹⁴ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 84 .

¹⁵ Stoenescu D. *op. cit.*, p. 34.

¹⁶ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 207.

¹⁷ A se vedea art. 41 alin. 3 C.Civ. și art. 43 alin. 3 C.Civ.

¹⁸ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 36, nota rând 18.

¹⁹ A se vedea Alexandrescu D., *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al V-lea, tipografia Națională, Iași, 1898, p. 118, nota de subsol nr. 2

²⁰ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 36, nota rând 19.

²¹ A se vedea Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 36, nota rând 21.

neexecutare sau are posibilitatea de a solicita executarea în natură a contractului ori rezoluțiunea acestuia²². Prin urmare, și în caz de neexecutare a obligației de predare a bunului de către vânzător, dispozițiile din cele două acte normative sunt similare și indică faptul că expresia ”strică” din legiuirea mai veche semnifică rezoluțiunea contractului.

6. Cînd nu se va păzi legătura ce se coprinde în vânzare. În acest alineat este reglementată obligația de conservare a bunului până la predare și statuează desființarea vânzării în caz de nerespectare. Spre deosebire de aceasta, în actualul Cod civil, obligația de conservare este cuprinsă în obligația de predare a bunului și are același regim juridic ca aceasta în caz de nerespectare. Aceasta înseamnă că persoana care cumpără va avea dreptul de a solicita executarea în natură a contractului ori rezoluțiunea acestuia.

7. Cînd se va găsi că are sminteală lucrul cel cumpărat, și nu o va spune vânzătorul, și va vrea cumpărătorul să strice vânzarea. Obiectul de reglementare al acestui punct pare a fi obligația de garanție a vânzătorului contra viciilor bunului. Se remarcă faptul că viciul trebuia să fie ascuns, adică să nu fie cunoscut de către cumpărător la momentul încheierii contractului. De asemenea, viciul trebuia să existe când convenția a luat naștere. Pe lângă aceste două condiții ale garanției contra viciilor, pare să existe și o a treia condiție, aceea ca vânzătorul să cunoască existența viciului și să nu îl aducă la cunoștința cumpărătorului. În situația în care viciul îndeplinea aceste condiții, cumpărătorul putea solicita desființarea contractului. În prezent, din interpretarea art. 1707 C. Civ. rezultă că nu orice viciu al lucrului vândut atrage răspunderea vânzătorului, ci doar acela care îndeplinește următoarele trei condiții. Viciul trebuie să fie ascuns, adică să nu poată fi descoperit, la momentul predării, fără asistență de specialitate de către un cumpărător prudent și diligent. De asemenea, viciul nu trebuie să fie adus la cunoștința cumpărătorului de către vânzător. A doua condiție este ca viciul să fi existat la momentul predării lucrului sau dacă viciul apare ulterior, cauza acestuia să fi existat anterior acestui moment. Ultima condiție este ca viciul să fie grav, adică să afecteze bunul vândut în asemenea măsură încât să îl facă impropriu a fi utilizat scopului pentru care a fost cumpărat. Mai mult, se cere ca persoana care cumpără să nu mai fi făcut acest demers în cazul în care ar fi cunoscut viciul²³. Dacă aceste trei condiții sunt îndeplinite, conform art. 1710 alin. 1 C. Civ., cumpărătorul poate solicita instanței: înlăturarea viciilor de către vânzător sau pe cheltuiala acestuia, înlocuirea bunului vândut cu un bun de același fel lipsit de vicii, reducerea corespunzătoare a prețului sau rezoluțiunea vânzării. Se observă că ambele coduri acordă posibilitatea încetării contractului pentru vicii ascunse, însă actualul Cod civil oferă mai multe variante de sancționarea a contractului de vânzare ce are ca obiect un bun afectat de vicii ascunse, fiind în concordanță cu realitatea juridică și economică actuală.

8. Cînd se va găsi că are robire lucrul cel nemișcător vîndut, și nu o va spune vânzătorul, iar cumpărătorul va vrea să strice cumpărătura. Acest punct reglementează situația în care vânzătorul nu aduce la cunoștința cumpărătorului faptul că bunul imobil este grevat de sarcini. Acesta pare a institui o formă incipientă a ceea ce astăzi numim obligație de garanție contra evicțiunii rezultând din fapta unui terț. Astfel cum reiese din aceste dispoziții, pentru a se putea cere rezoluțiunea de către cumpărător, trebuiau îndeplinite mai multe condiții. În primul rând, era necesar ca lucrul vândut să fie imobil. În al doilea rând, la momentul încheierii vânzării, bunul trebuia să fie grevat de cel puțin o sarcină, indiferent dacă această sarcină afecta cumpărătorul în stăpânirea netulburată a bunului vândut. În al treilea rând, vânzătorul trebuia să cunoască existența sarcinii și să nu o aducă la cunoștința cumpărătorului. În prezent, Codul civil nu mai păstrează condiția ca bunul vândut să fie imobil pentru a opera obligația contra evicțiunii, ci se cere a fi întrunite următoarele trei condiții. Potrivit art. 1695 C. Civ., trebuie să fie vorba despre o tulburare de drept, cauza evicțiunii să fie anterioară vânzării și să nu fi fost cunoscută de către cumpărător. Se remarcă similitudinea condițiilor prevăzute de cele două coduri pentru obligația de garanție contra evicțiunii rezultând din fapta unui terț. Pe lângă aceasta, Codul civil actual reglementează și garanția contra evicțiunii din partea vânzătorului ce operează dacă ”provine din fapte imputabile vânzătorului, chiar dacă acestea s-au ivit ulterior vânzării”²⁴. Conform art. 1700 C. Civ., în caz de evicțiune totală cumpărătorul poate solicita rezoluțiunea vânzării nu doar în cazul în care a fost evins de întregul bun, ci și dacă a fost evins de o parte îndeajuns de însemnată a acestuia încât nu ar fi cumpărat dacă ar fi cunoscut evicțiunea.

9. Cînd lucrul ce se vinde, străin fiind, se va cere prin judecată și se va lua. Acest punct reglementează situația în care se vinde un bun de către o persoană care nu este proprietarul acestuia. Din aceste dispoziții reiese că o astfel de vânzare desființată de instanță ca urmare a cererii adevăratului proprietar de a i se înapoia bunul. Într-o speță din anul 1865, Înalta Curte de Casație și Justiție afirma că ”articolul acesta se poate invoca numai cînd se va pune în discuțiune actul de cumpărătoare, iar nu cînd instanța de fond statuează asupra altor împrejurări”²⁵. Articolul 1683 din

²² A se vedea art. 1549 alin. 1 C. Civ.

²³ A se vedea Boroi G., Stănculescu L., *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, pp. 383-384.

²⁴ Art. 1695 alin. 3 C. Civ.

²⁵ Palade I., *Codul Caragea reproduc după manuscrisul original Românesc: adnotat cu jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție de la 1862-1905, îmbogățit cu un apendicecompus din XVI anexe: legi, regulamente, decrete și circulari; un tablou de termeni juridici vechi și uzuali, cu accepțiunea lor în limba modernă; un index alfabetic; un studiu istoric (introducere asupra legiurii)*, Editura Leon Alcalay, București, 1907, p. 28, nota de subsol nr. 3.

actualul Cod civil consideră valabilă vânzarea bunului altuia sub condiția ca vânzătorul să asigure transmiterea dreptului de proprietate de la titularul său către cumpărător. Această transmitere poate fi executată prin dobândirea de către vânzător a bunului sau prin ratificarea vânzării de către proprietar, caz în care proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul dobândirii bunului de către vânzător sau al ratificării contractului de vânzare de către proprietar. De asemenea, transmiterea mai poate fi asigurată prin orice alt mijloc direct sau indirect, care procură cumpărătorului proprietatea asupra bunului. Dacă vânzătorul nu asigură transmiterea dreptului de proprietate asupra bunului, cumpărătorul are dreptul de a solicita rezoluțiunea vânzării, restituirea prețului și, dacă este cazul, daune-interese.

10. Cînd se va face vânzare spre stricăciunea împrumutătorilor și împrumutătorii vor da jalbă. Acest punct reglementează situația în care vânzarea bunului este făcută în "paguba"²⁶ creditorilor. Vânzarea nu se desființează la cererea cumpărătorului, ci dacă împrumutătorii o reclamau²⁷ în instanță. Prezentele dispoziții reglementează acțiunea revocatorie (pauliană)²⁸ din Codul civil actual și Codul civil Cuza. Spre deosebire de acțiunea din Legiuirea Caragea care avea ca efect desființarea vânzării, admiterea acțiunii revocatorii conduce la declararea ca inopozabilă a vânzării față de creditor. Pentru ca vânzarea să îi fie declarată inopozabilă, creditorul trebuie să dovedească faptul că aceasta s-a încheiat în fraudă drepturilor sale și i s-a creat un prejudiciu, iar cumpărătorul a cunoscut că vânzătorul își creează sau își mărește o stare de insolvabilitate²⁹.

11. Cînd vânzătorul va vinde silit de altul mai cu putere. Acest punct sugerează situația în care vânzătorul încheie contractul împotriva voinței sale și prin urmare avea consimțământul viciat prin violență, fapt ce conducea la desființarea vânzării. În prezent, potrivit art. 1216 alin. 1 C.Civ. "poate cere anularea contractului partea care a contractat sub imperiul unei temeri justificate induse, fără drept, de cealaltă parte sau de un terț". Se observă că în cazul în care una din părți are consimțământul viciat prin violență, vânzarea va fi lovită de nulitate relativă.

12. Cînd prin neștiință va vinde vânzătorul lucrul cu preț mai jos de jumătate de cît se obișnuiește. Această reglementare are în vedere consimțământul vânzătorului afectat de viciul numit în prezent "leziune"³⁰ deoarece prețul vânzării este "mai jos de jumătate din prețul obișnuit oficial, în mod public"³¹. Și în această situație, contractul de vânzare era desființat. În prezent, din coroborarea art. 1221 alin. 1 C. Civ și a art. 1222 alin. 2 C. Civ. se observă că există leziune și atunci când una dintre părți, profitând de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți, stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație care depășește jumătate din valoarea pe care o avea propria prestație la data încheierii contractului. Existența leziunii determină anularea contractului la cererea persoanei cu consimțământul viciat. Având în vedere nivelul de dezvoltare al societății în anul 1818, Legiuirea Caragea nu a instituit și condiția ca o parte să profite de lipsa de cunoștințe, ci era necesară numai dovada valorii reale a bunului și a neștiinței vânzătorului. Cu privire la acest aspect, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că "prețul eșit la o vânzare silită, fie oricât de minim nu se poate invalida. Numai vânzările de bună voie, făcute cu preț mai puțin de jumătate se strică"³². De asemenea, instanța supremă considera că "un contract aleatoriu nu se poate ataca pentru vilitatea prețului cu care s'a cumpărat speranța"³³.

13. Cînd vânzătorul și cumpărătorul se vor ului, unul gîndind că vinde alta, iar celălalt că cumpără alta. Aceste dispoziții evocă viciul de consimțământ al erorii³⁴ deoarece ambele părți greșesc³⁵ asupra identității obiectului vândut. Actualul Cod civil stabilește că nulitatea relativă este sancțiunea unui contract în care o parte are consimțământul afectat de o eroare esențială. Reamintesc că sunt considerate erori esențiale cele care poartă asupra naturii sau obiectului contractului, cele asupra identității obiectului prestației sau asupra unei calități a acestuia considerată de părți esențială și cele care poartă asupra identității persoanei sau asupra unei calități a acesteia în absența căreia contractul nu s-ar fi încheiat.

Față de cele expuse mai sus, trebuie precizat că intrarea în vigoare în anul 1865 a Codului civil Cuza, care a abrogat de altfel Legiuirea Caragea, a marcat individualizarea sancțiunilor de drept civil. Astfel, s-a eliminat expresia "se strică" pentru a denumi generic desființarea contractului, indiferent de cauza ce stătea la baza oricărei ineficacități. Codul civil Cuza prevedea în art. 961 că dacă într-o convenție consimțământul uneia dintre părți a fost viciat prin eroare, dol sau violență, aceasta poate solicita nulitatea relativă a respectivei convenții. De asemenea, potrivit art. 1310

²⁶ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 36, nota rând 29.

²⁷ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 36, nota rând 30.

²⁸ A se vedea Alexandrescu D., *op. cit.*, p. 219

²⁹ A se vedea art. 1562-1565 C.Civ.

³⁰ A se vedea Alexandrescu D., *op. cit.*, p. 94, nota de subsol nr. 4.

³¹ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 36, nota de subsol nr. 2.

³² Palade I., *op. cit.*, p. 28, nota de subsol nr. 4a).

³³ Palade I., *op. cit.*, p. 29, nota de subsol nr. 4c).

³⁴ A se vedea Alexandrescu D., *op. cit.*, p. 47.

³⁵ Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P.R. condus de academician Andrei Rădulescu, *op. cit.*, p. 38, nota rând 1.

C. Civ. Cuza, bunul trebuia să fie în circuitul civil, iar în cazul în care obiectul contractului nu respecta această condiție, vânzarea era lovită de nulitate absolută. În ceea ce privește sancțiunea pentru nepredarea bunului la termenul stabilit, art. 1320 C. Civ. Cuza acordă posibilitatea cumpărătorului de a cere rezoluțiunea contractului sau punerea sa în posesia bunului. Sancțiunea pentru neplata prețului era rezoluțiunea contractului la cererea vânzătorului, fiind prevăzută în art. 1365 C. Civ. Cuza. În cazul în care cumpărătorul era evins de bun, vânzătorul în temeiul obligației de garanție contra evicțiunii putea fi obligat la restituirea către cumpărător a prețului, a fructelor pe care acesta din urmă a fost obligat să le dea proprietarului care l-a evins și a cheltuielilor de judecată în procesul cu acesta, precum și daune-interese și spezele contractului de vânzare³⁶. Dacă se descoperea că bunul era afectat de vicii, vânzătorul în temeiul obligației de garanție contra viciilor putea fi obligat la restituirea prețului și a cheltuielilor făcute cu ocazia încheierii contractului, iar în cazul în care cunoștea viciile la momentul vânzării, putea fi obligat la achitarea de daune-interese³⁷.

3. Concluzie

Din această comparație efectuată între dispozițiile Legiurii Caragea și ale actualului Cod civil român cu privire la cauzele de desființare a contractului de vânzare se poate trage concluzia că există similaritate între cazurile reglementate de ambele legislații. Cu toate acestea, există și deosebiri între cele două deoarece Legiuirea Caragea, intrată în vigoare în anul 1819, nu deosebea între nulitatea și rezoluțiunea contractului și folosea pentru ambele sancțiuni cuvântul "strică". Astfel cum este normal, Codul civil a înglobat aspectele evolute ale dreptului civil, a diferențiat cazurile de nulitate față de cele de rezoluțiune și a continuat tradiția începută sub imperiul Codului civil Cuza.

³⁶ A se vedea art. 1341 C. Civ. Cuza.

³⁷ A se vedea art. 1356 și art. 1357 C. Civ. Cuza.

MANIFESTĂRI ALE AUTONOMIEI DE VOINȚA ÎN CAZUL CONTRACTELOR ALEATORII*

Andreea Mariana SIMA*

Abstract: *The essence of private Romanian law itself, the autonomy of the will was elevated to the standard of a principle, transposing abstract legal relations into the plan of social reality. The theory of autonomy of will, closely related to freedom of contract, knows, as any other right or freedom, boundaries and fencing, not being absolute. These occur, however, due to its need to adapt to the new economic and social realities and manifests through the supremacy of law or a part, who imposes certain conditions, detrimental to contractual equality.*

Key words: *autonomy of will; random contracts; constraints.*

1. Precizări cu caracter general

În încercarea unei prezentări cronologice, trebuie menționat ca vechea codificare, în cuprinsul art. 947 alin. 1 prevedea cu titlu de definiție ca un „contract cu titlu oneros este comutativ atunci când obligația unei părți este echivalentul obligației celeilalte”, în timp ce alineatul 2 al aceluiași text legal definea contractul aleatoriu ca fiind atunci „când echivalentul depinde, pentru una sau toate părțile, de un eveniment incert”.

Cu toate că este cunoscut ca reglementarea anterioară a preluat și pe alocuri chiar a redat fidel dispozițiile codului civil francez, în cazul reglementării contractelor aleatorii asistăm la o îndepărtare de legislația franceză, acesta materializându-se în faptul că spre deosebire de aceasta, unde caracterul aleatoriu al unui contract presupunea o repartizare egală a șanselor de câștig/pierdere între co-contractanți, legiuitorul român a validat ipoteza unui contract aleatoriu unde șansele de câștig sau cele de pierdere priveau doar una dintre părți¹.

În același sens, art. 1635 din Codul civil de la 1964 statua că ne aflăm în prezența unui contract aleatoriu atunci când producerea efectelor „în privința beneficiilor și a pierderilor pentru toate părțile, sau pentru una sau mai multe din ele, depinde de un eveniment necert.”

Noul Cod civil nu a reformat această materie, ducând mai departe vechiul concept, în cuprinsul art. 1173, alin. 1 prevăzându-se că „este comutativ contractul în care, la momentul încheierii sale, existența drepturilor și obligațiilor părților este certă, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă”, în timp ce alineatul 2 definește contractul aleatoriu ca fiind „contractul care, prin natura lui sau prin voința părților, oferă cel puțin uneia dintre părți șansa unui câștig și o expune totodată la riscul unei pierderi, ce depind de un eveniment viitor și incert”.

Reglementând astfel, legiuitorul părea a se fi inspirat din dispozițiile art. 1382 alin. 1 din Codul civil Quebec, conform căruia „contractul este comutativ dacă, în momentul când este încheiat, întinderea obligațiilor părților și avantajelor primite în schimb este certă și determinată”, cu mica deosebire că a renunțat la sintagma „primite în schimb”.

La nivel semantic, în literatura de specialitate s-a precizat că noțiunea de alea înseamnă zar, joc cu zaruri, ludus tesserarum, șansă, risc (substantiv feminin în acuzativ) și, mai larg, sfera semantică include aleatoriul, aleatoris, care desemnează jucătorul de zaruri, precum și aleatorius, cu semnificația de joc (de noroc)².

Această clasificare a contractelor în aleatorii sau comutative, departe de a fi una caracterizată de formalism, prezintă importanță îndeosebi practică, întrucât poate determina o serie de efecte ale contractelor, aplicabilitatea sau nu a anumitor sancțiuni ca urmare a reținerii incidenței unor vicii de consimțământ și chiar posibilitatea de a fi afectate sau nu de anumite vicii de consimțământ, toate acestea fiind aspecte ce urmează a fi dezvoltate în cele de urmează.

Astfel, art. 1224 NCC stipulează în mod clar că „nu pot fi atacate pentru leziune contractele aleatorii”, făcând deci inaplicabile sancțiunile ce pot interveni în cazul existenței acestui viciu de consimțământ, soluția legislativă evidentă și corelată, având în vedere că aceasta sancționează tocmai dezechilibrul prestațiilor, or în cazul contractelor

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul “Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

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

¹ Deși prevederea legală era previzibilă, în literatura de specialitate au apărut controverse în ceea ce privește împărțirea șanselor de risc/câștig, conturându-se pe de o parte opinia potrivit căreia acestea nu trebuie așie repartizate egal (a se vedea D. Alexandresco, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, t. X, Atelierele grafice Socec, București, 1911, p. 76.) și de pe altă parte opinia contrară (a se vedea Fr. Deak, Tratat de drept civil. Contracte speciale, Universul Juridic, București, 2001, p. 444, nr.1).

² M.M. Pivniceru, Efectele juridice ale contractelor aleatorii, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 7.

aleatorii, ab initio, părțile contractează acceptând riscul sau șansa unui câștig și deci supunându-se intenționat șansei de câștig și riscului de pierdere³.

Dacă în privința leziunii lucrurile sunt clare, devine discutabilă compatibilitatea contractelor aleatorii cu instituția impreviziunii astfel cum este reglementată de Noul Cod civil, mai cu seamă cu cât art. 1271 alin. 3 lit. c Cod civil, enumeră printre alte condiții și aceea ca debitorul obligației excesiv de oneroase să nu își fi asumat riscul schimbării împrejurărilor sau să nu poată fi considerat, în mod rezonabil, că și-ar fi asumat acest risc.

Aparent, condiția mai sus redată pare să se suprapună peste chiar definiția contractelor aleatorii, însă considerăm că în mod judicios s-a apreciat că trebuie făcută distincția între, pe de o parte riscul schimbării împrejurărilor și pe de altă parte, riscul unei pierderi, sau șansa unui câștig care sunt de esența contractelor aleatorii.

De ajutor în acest sens sunt considerentele deciziei CCR nr. 623/2016 (publicată în Monitorul Oficial nr. 53 din 18 ianuarie 2017), care amintesc că „contractul în sine presupune un risc inerent asumat în mod voluntar de cele două părți ale contractului, în baza autonomiei lor de voință, principiu care caracterizează materia încheierii contractului, și unul supra-adaugat, care nu a putut face obiectul în concreto al unei previzionări de către niciuna dintre acestea, risc care trece dincolo de puterea de prevedere a cocontractanților și care ține de intervenirea unor elemente ce nu puteau fi avute în vedere la momentul a quo; impreviziunea vizează numai riscul supra-adaugat și, în condițiile intervenirii acestuia, este menită să reamenajeze prestațiile la care părțile s-au obligat în condițiile noii realități economice/juridice”⁴.

Cum în mod judicios s-a arătat că în cazul impreviziunii interesează nu riscul inerent al contractului, ci cel supra-adaugat, provenit dintr-o schimbare excepțională „a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației”⁵, ne raliem opiniei conform căreia teoria impreviziunii este aplicabilă și în cazul contractelor aleatorii⁶.

De altfel, această soluție este prefigurată chiar în legea de punere în aplicare a Codului Civil, unde se prevede că nu este împiedicată „aplicarea în cazul contractului de rentă viageră a art. 1271 NCC în privința împrejurărilor survenite pe parcursul executării contractului, care nu sunt determinate de durata vieții până la decesul căreia a fost constituită renta”⁷.

Acest text de lege conferă legitimitate opiniei conform căreia teoria impreviziunii este aplicabilă și în cazul contractelor aleatorii, punând accent încă o dată asupra faptului că împrejurările excepționale nu trebuie să „cadă” asupra elementului alea, ci asupra unor împrejurări ivite în timpul executării contractului, ce nu puteau fi în mod rezonabil prevăzute de părți.

2. Autonomia de voință și contractul de rentă viageră

Definiția contractului de rentă viageră pretabilă atât reglementării din vechiul, cât și din actualul Cod civil se rezumă la faptul că „o parte, numită debirentier, se obligă să efectueze în folosul unei anumite persoane, numită credirentier, prestații periodice, constând în sume de bani sau alte bunuri frugifere”⁸.

De asemenea, Codul Civil instituie și durata contractului, astfel că, renta viageră se constituie pe durata vieții credirentierului dacă părțile nu au stipulat constituirea acesteia pe durata vieții debirentierului sau a unei terțe persoane determinate⁹.

Această prevedere se impune părților drept o restrângere a autonomiei de voință, întrucât presupunând că acestea au omis stipularea unei durate determinate, legiuitorul s-a substituit acestora, impunând un caracter viager contractului, trecând astfel peste voința părților.

Referitor la modurile de constituire, putem constata faptul că renta viageră poate fi constituită cu titlu oneros, în schimbul unui capital de orice natură, sau cu titlu gratuit, ca urmare a unei donații sau legat, părțile fiind libere să își manifeste autonomia de voință sub aspectul obiectului contractului, atât timp cât acesta rămâne licit și îndeplinește toate condițiile a căror încălcare a putea atrage sancțiunea nulității absolute.

Cu privire la situația terțului, Codul Civil¹⁰ a prevăzut faptul că atunci când renta viageră este stipulată în favoarea acestuia, chiar dacă acesta o primește cu titlu gratuit, contractul nu este supus formeii prevăzute pentru donație.

De remarcat, astfel, cu incidență asupra principiului autonomiei de voință, aspectul că legiuitorul nu a prevăzut în cazul contractului de rentă viageră un caracter solemn, ci a ales să nu deroge de la principiul consensualismului, acesta fiind una din cele mai importante garanții ale libertății contractuale.

³ Pop L., *Tratat de drept civil. Obligațiile - Vol. II Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pag. 109-110.

⁴ Decizia CCR nr. 623/2016 (publicată în Monitorul Oficial nr. 53 din 18 ianuarie 2017), paragraful 96.

⁵ Art. 1271 alin. 2 Noul Cod Civil.

⁶ A se vedea în acest sens Gheorghe Piperea, *Comutativ și aleatoriu în contractele comerciale*, disponibil pe https://juridice.ro/essentials/1124/comutativ-si-aleatoriu-in-contractele-comerciale#_ftn7, accesat ultima dată la 19.02.2018.

⁷ Art. 148 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

⁸ F. Motiu, *Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

⁹ Art. 2244 Noul Cod civil.

¹⁰ Art. 2243 alin. 2 Noul cod civil.

În situația în care contractul de rentă viageră este constituit pe durata vieții mai multor persoane, în lipsa de stipulație contrară, obligația de plată a rentei încetează la data la care intervine decesul ultimei persoane¹¹, soluție legislativă cu caracter preventiv, dar care oferă din nou posibilitatea legiuitorului de a interveni în contract, acesta dobândind noi valențe nu ca urmare a acordului comun al părților, ci prin efectul legii.

Noul Cod Civil este destul de restrictiv astfel că impune ca sancțiune nulitatea absolută a rentei viagere în cazul în care contractul este constituit pe durata vieții unui terț care era decedat în ziua încheierii contractului¹², întrucât în ciuda faptului că este un contract aleatoriu, într-un astfel de caz echilibrul șanselor ar fi disproporționat încă de la momentul încheierii contractului, urmărindu-se în fapt o îmbogățire fără justa cauză.

În mod similar, chiar și în situația în care constituirea rentei are loc pe durata vieții unei persoane afectate de o boală letală, de asemenea, nu produce niciun efect contractul prin care s-a constituit cu titlu oneros o rentă, dacă la data încheierii contractului, persoana suferea de o boală din cauza căreia a murit în interval de cel mult 30 de zile de la această dată¹³.

Cu privire la plata ratelor de rentă în lipsa de stipulație contrară, acestea se plătesc trimestrial în avans și indexate în funcție de rata inflației¹⁴.

De asemenea, atunci când credentierul decedează înainte de expirarea perioadei pentru care renta s-a plătit în avans, debientierul nu poate cere restituirea sumei plătite aferente perioadei în care creditorul nu a mai fost în viață¹⁵, soluție legislativă ce vine în dezacord cu principiul autonomiei de voință și care, spre deosebire de prevederea anterior menționată nu este una supletivă, părțile neputând deroga de la aceasta.

3. Autonomia de voință și contractul de întreținere

Spre diferență de vechea codificare, unde contractul de întreținere nu beneficia de reglementare, fiind un contract nenumit, Noul cod civil, adaptându-se cerințelor și dinamicii raporturilor juridice, dar și frecvenței din practică a astfel de contracte, a prevăzut o secțiune dedicată acestui tip de contract.

În acest fel, au fost eliminate dificultățile ivite anterior legate pe de o parte de calificarea contractelor ce conțineau clauze tipice contractelor de întreținere și pe de altă parte legate de efectele produse.

În ciuda impedimentelor legislative existente anterior Noului Cod Civil, când se aplicau „regulile generale aplicabile în materie de contracte, cu anumite particularități ce se desprind din caracteristicile acestuia¹⁶”, faptul că era un contract nenumit conferea părților contractante posibilitatea manifestării autonomiei de voință într-un grad mai ridicat, acestea nefiind constrânse de respectarea anumitor cerințe legal impuse.

Libertatea contractării era însă supusă anumitor limite ce exced principiilor generale de drept în situația des întâlnită în timpul existenței vechiului Cod civil, când contractele de întreținere erau „inseminate” în contracte numite, spre exemplu contractele de vânzare-cumpărare cu clauză de întreținere, fiind necesar a fi îndeplinite toate condițiile de fond și formă necesare pentru încheierea valabilă a unui contract de vânzare-cumpărare.

În această din urmă situație devenea dificilă în practică stabilirea voinței reale a părților, întregul probatoriu fiind concentrat asupra calificării convenției încheiate între părți.

Cu titlu de exemplu, practica judiciară conturată sub imperiul vechiului Cod civil a statuat că „dacă înstrăinarea bunului se face numai în schimbul întreținerii, cu toate că se folosește uneori noțiunea de vânzare-cumpărare cu clauză de întreținere, contractul nu poate fi confundat cu vânzarea-cumpărarea, din moment ce înstrăinarea bunului nu se face în schimbul unui preț în bani, convenția constituind eventual un contract nenumit, permis de lege, în virtutea principiului libertății convențiilor. Problema delimitării față de vânzare se pune însă în cazul în care bunul se înstrăinează în schimbul întreținerii și al unei sume de bani (...) Pentru rezolvarea problemei naturii juridice a contractului, trebuie să se stabilească obligația principală, scopul principal urmărit de către părți la încheierea contractului. Astfel, întrucât raportul dintre prețul în bani și cel în natură nu poate fi calculat, valoarea întreținerii fiind aleatorie, în lipsă de alte criterii, urmează că prestația în bani să fie raportată la valoarea bunului; contractul va fi de întreținere dacă prestația în bani reprezintă mai puțin de jumătate din valoarea bunului înstrăinat, iar în caz contrar va fi de vânzare-cumpărare. Dacă obligația principală a dobânditorului este prestarea întreținerii, contractul va fi de întreținere, chiar dacă în contract s-a stipulat prețul imobilului înstrăinat, această împrejurare fiind irelevantă și neputând modifica natura juridică a contractului¹⁷”.

¹¹ Art. 2244 alin. 2 Noul cod civil.

¹² Art. 2246 Noul cod civil.

¹³ Art. 2247, Noul cod civil.

¹⁴ Art. 2248, alin. 1, Noul cod civil.

¹⁵ Art. 2248, alin. 2, Noul cod civil.

¹⁶ C. Toader, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. All Beck, București, 2005.

¹⁷ Trib. București, s. a III-a civ., dec. nr. 370R din 11 februarie 2011, nepublicată. A se vedea în același sens și T.S., dec. nr. 1114/23.06.1976 publicată în Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Tribunalului Suprem și a altor instanțe judecătorești pe anii 1975-1980, Ed. Științifică și Enciclopedică, 1982, București, p. 920, potrivit căreia, contractul prin care o persoană înstrăinează un bun al său în schimbul obligației luate de către dobânditor de a o întreține este un contract nenumit.

Astfel, sub imperiul vechiului Cod civil, simpla intitulare a unui contract de întreținere așa cum acesta era configurat conform voinței reale, interne a părților, drept contract de vânzare-cumpărare, pe lângă dificultățile calificării, îndepărta părțile de la o autonomie de voință autentică în primul rând prin faptul că în cazul bunurilor imobile, acesta devenea brusc dintr-un contract nenumit, consensual, unul solemn.

Fiind în prezent un contract numit, acesta beneficiază de o definiție legală, art.2254 alin.1 Cod civil prevăzând că este acea convenție prin care „o parte se obligă să efectueze în folosul celeilalte părți sau al unui anumit terț prestațiile necesare întreținerii și îngrijirii pentru o anumită durată”.

Actualmente, contractul de întreținere se caracterizează prin aceea că este un contract solemn, legiuitorul reliefând prin aceasta importanța contractelor și alegând să deroge de la principiul consensualismului formelor, prevăzând că acordul de voință al părților trebuie în toate cazurile să îmbrace forma solemnă a înscrisului autentic¹⁸, cerința prevăzută de art.2255 Cod civil sub sancțiunea nulității absolute, aceasta fiind deci o condiție de validitate a actului juridic.

Așa cum în mod corect s-a arătat, „forma autentică se impune datorită importanței actului dată de efectele produse față de părți ducând la ieșirea din patrimoniul creditorului a unor bunuri de valoare mare și la grevarea patrimoniului debitorului pentru viitor cu o obligație ce poate depăși emolumentul cules”¹⁹.

Impunerea formei autentice, deși oferă un element de securitate și protecție părților, nu este singura restrângere a autonomiei de voință în cazul contractelor de întreținere, însă considerăm că acestea sunt minore comparativ cu beneficiul adus de reglementarea acestui tip de contract, ceea ce presupune că o dată stabilită voința reală a părților contractante și tipul de contract pe care acestea au dorit să îl încheie, devin automat aplicabile dispozițiile incidente în această materie.

Un exemplu în acest sens este prevederea legată de durata contractului, soluția legislativă propusă prin art.2254 alin.2 Cod civil stipulând că „dacă prin contract nu s-a prevăzut durata întreținerii ori s-a prevăzut numai caracterul viager al acesteia, atunci întreținerea se datorează pentru toată durata vieții creditorului întreținerii”, lipsa menționării de către părți a unui termen fiind asimilată în mod automat de către legiuitor drept o intenție de a contracta pentru toată durata vieții creditorului întreținerii.

Fiind de interes pentru aceasta analiză, se impune a fi făcută precizarea că în literatura de specialitate s-a vehiculat părerea conform căreia în cazul contractului de întreținere la încheierea căruia părțile au prevăzut o durată determinată, caracterul aleatoriu nu mai subzistă²⁰, apreciere justă dacă avem în vedere că, de regulă, caracterul aleatoriu provine pe de o parte, din necunoașterea la momentul contractării a duratei de viață a creditorului, iar pe de altă parte din faptul că nu pot fi în mod rezonabil preconizate nevoile creditorului întreținerii, acestea putând fluctua.

Aceeași prezumție legală că părțile au dorit să contracteze de o anumită manieră este reluată și de art.2256 alin.2 Cod civil, unde se prevede că „în lipsa unei stipulații contrare, obligația de întreținere este indivizibilă atât în privința creditorilor, cât și în privința debitorilor”.

Aceasta „adăugire” a legiuitorului la voința părților trebuie privită ambivalent, ca semnificând pe de o parte o înfrângere a principiului autonomiei de voință, iar pe de altă parte un avantaj adus părților prin aceea că oferă stabilitate circuitului civil prin previzibilitate și îndepărtarea arbitrariului.

Fără a mai aminti dispozițiile specifice contractului de rentă viageră ce sunt aplicabile și celui de întreținere și ce au fost analizate în secțiunea precedentă, se impune a fi menționat cazul special de revocare prevăzut de art.2260 Cod civil, care prevede posibilitatea persoanelor care sunt îndreptățite la întreținere din partea creditorului să solicite revocarea contractului prin care acesta s-a lipsit de mijloacele necesare îndeplinirii obligației de a asigura alimentele, chiar și în lipsa unei intenții de fraudă.

Trebuie precizat în primul rând, sub acest aspect, faptul că spre deosebire de obligația de întreținere specifică contractului analizat, ipoteza analizată mai sus are în vedere o obligație legală de întreținere, calitate procesuală putând avea doar persoanele prevăzute expres de dispozițiile art.516 Cod civil, respectiv (fostul) soțul/soția, rudele în linie dreaptă, frații și surorile.

Revocarea contractului pentru acet caz special poate fi evitată în situația în care debitorul este de acord în mod expres să ofere alimente persoanelor îndreptățite a solicita aceasta de la creditorul întreținerii, fără însă ca prestațiile sale să fie diminuate, caz în care asistăm la o adaptare judiciară a contractului.

În plus, este binevenită aplecarea legiuitorului de a prevedea în mod expres întinderea obligației de întreținere în cuprinsul art.2257 Cod civil, unde se menționează că aceasta va cuprinde „hrană, îmbrăcăminte, încălțăminte, menaj, precum și folosința unei locuințe corespunzătoare (...) îngrijirile și cheltuielile necesare în caz de boală”, iar în situația în care întreținerea are caracter viager, aceasta va cuprinde și cheltuielile de înmormântare.

¹⁸ C. Macovei/Dobrilă, în Noul Cod civil. Comentariu pe articole, (coordonatori F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei), Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 2201.

¹⁹ Mihaela Mihai, Ana-Maria Nistor, Contractul de întreținere - act numit în proiectul codului civil, publicat în Revista de științe juridice, 2006, nr.1, pp. 210-215, p.1.

²⁰ A se vedea F. Moțiu, Contracte speciale, ediția a VI-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 330; Ioana Nicolae, Scurte considerații asupra contractului de întreținere, în Revista Universul Juridic, nr. 6, iunie 2017, pp. 29-39, pag. 32.

4. Concluzii

Concluzionând, după o scurtă prezentare a celor mai uzuale contracte aleatorii, se poate afirma că acestea nu se deosebesc de alte categorii de contracte în ceea ce privește principiul autonomiei de voință, care este în continuare supus la restrângeri ce provin în special din prevederi legale ce impun părților să adopte o anumită conduită, de multe ori cu consecința încheierii nevalabilă a convenției, în cazul nerespectării prerogativelor.

Din nou, dorința legiuitorului de a asigura circuitului raporturilor juridice mai multă stabilitate, previzibilitate și siguranță a intrat în contradicție cu principiul autonomiei de voință și a fost tradus printr-o reglementare excesivă, greoaie și de multe ori împovărătoare pentru părți.

Ca atare, categoria contractelor aleatorii a fost considerată de legiuitor ca fiind una importantă, fapt ce a condus la îndepărtarea de la principii ce erau în strânsă legătură cu cel al autonomiei de voință, printre care cel al consensualismului, multă părți fiind descurajate de a mai contracta din cauza costurilor implicate.

NOI EVOLUȚII LEGISLATIVE PRIVIND ACȚIUNEA DIRECTĂ A LUCRĂTORILOR ÎMPOTRIVA BENEFICIARULUI, ÎN CONTRACTUL DE ANTREPRIZĂ (ART. 1.856 NCC)

Dumitru DOBREV*

Abstract: *The study presents recent developments in the direct action regulations in Romanian law under the impact of the transposition rules of the EU Directive no. 2014/24.*

Keywords: *EU Directive no. 2014/24; Law no. 98/2016; Government Decision no. 395/2016; construction service; contract; subcontractor.*

I. Istoria acțiunii directe. Noțiune. Clasificări. În ciuda venerabilei lor existențe, acțiunile directe¹, numite pentru prima dată astfel, în al doilea deceniu al secolului XIX, de către unul din întemeietorii școlii exegetice - Alexandre Duranton², reprezintă încă o inepuizabilă sursă de controverse pentru doctrinari. Această denumire împreună cu conceptul doctrinar a fost preluate în știința juridică din Principatele Unite odată Codul civil Cuza la 1865.

În afară de cele trei acțiuni directe „clasice” create de Codul Napoleon (art. 1994 alin. 2, art. 1799 și art. 1753 C. civ. fr.) legiuitorul francez a creat, nu foarte des și alte acțiuni directe cum ar fi acțiunea armatorului contra sub-navlositorului pentru plata navlului introdusă prin Legea n° 66-420 din 18 iunie 1966 precum și acțiunea directă a subcontractantului contra beneficiarului lucrării prin Legea n° 75-1334 din 31 decembrie 1975.

Considerând-o într-o accepțiune largă, acțiunea directă, reprezintă posibilitatea recunoscută unui creditor de a acționa în propriul său nume și beneficiu contra debitorului debitorului său, altfel spus contra unei persoane cu care nu are o relație contractuală. În acest mod creditorul titular al acțiunii directe are posibilitatea de a evita concursul celorlalți creditori ai debitorului intermediar (inclusiv în ipoteza extremă a unei proceduri de insolvență) și să obțină plata de la subdebitor care este la rândul său debitor al debitorului său. Acest mecanism triumfiar este asemănător cu cel al executării silite prin poprire, motiv pentru care acțiunea directă este mai rar utilizată în practică deoarece se preferă destul de des obținerea unui titlu executoriu împotriva debitorului principal după care se trece la poprirea terților debitori ai acestuia. Totuși instituția este extrem de utilă atunci când din cauza unei proceduri concursuale nu mai e posibilă obținerea unui titlu împotriva debitorului principal iar înscrierea la masa credală nu oferă perspective, mai ales în cazul chirografarilor.

În doctrina română există controverse cu privire la natura juridică a acțiunii directe, unii autori³ considerând-o excepție autentică de la principiul relativității efectelor contractului iar alții⁴, excepție aparentă, deoarece se naște direct din lege și nu din acordul de voință al părților. Alți autori⁵ evită să se pronunțe, mărginindu-se să enumere opiniile din literatura de specialitate.

Credem că Noul cod civil va pricinui o reasezare a pozițiilor doctrinarilor, unii dintre ei reconsiderându-și deja pozițiile anterioare în problema naturii juridice a acțiunii directe⁶.

În ceea ce ne privește, ne raliem opiniei profesorului Paul Vasilescu în sensul că acțiunea directă este o adevărată excepție de la principiul relativității raportului obligațional, fiind totodată un beneficiu legal acordat unor anumite

* Doctor în științe juridice; Cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice “Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

¹După cum rezultă din art. 162 a Cutumei din Paris (a doua redactare) acțiunea directă a proprietarului unui imobil contra sublocatarului este o creație jurisprudențială a vechiului drept francez din care s-au inspirat redactorii art. 1753 Cod civil francez. Pentru detalii a se vedea Ambroise Colin, Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, Librairie Dalloz, Paris, 1921, p.35.

²Alexandre Duranton cu al său *Commentaire du Code Napoléon* a fost alături de Désiré Dalloz (1795-1869), Dupin aîné (1783-1865) și Pierre Antoine Berryer (1790-1868) unul dintre pionierii curentului exegetic, predominant în doctrina civilistă franceză din prima jumătate a secolului al XIX-lea. Duranton a propus textele art. 1753, 1798 și 1992 din Codul civil francez și a conceptualizat doctrinara mecanismul acțiunii directe “dans certains cas d’exceptions le créancier peut agir en son nom contre le tiers, débiteur du son débiteur saisi, et son action a le même effet que si elle était née directement d’un contrat fait entre lui et le tiers saisi”, a se vedea și Ion Deleanu, *Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice*, Editura Rosetti, București, 2002, pag. 53 și doctrina citată la notele de subsol 3 și 4.

³C. Stănescu, C. Bîrsan, *Drept Civil. Teoria generală a obligațiilor*, ediția a VIII-a, Editura All-Beck, București, 2002, p. 83, în același sens a se vedea Florin Ciutacu, Cristian Jora, *Drept Civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura Themis Cart, București, 2003, p. 107.

⁴Liviu Pop, *Drept Civil Român. Teoria Generală a Obligațiilor*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p.106-107, pentru aceeași opinie a se vedea și Ion Dogaru, Pompil Drăghici *Drept Civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All-Beck, București, 2002, p. 142.

⁵Radu Motica și Ernest Lupan, *Teoria Generală a Obligațiilor Civile*, Editura Lumina Lex, București, 2005, p.107.

⁶Pentru opinia că acțiunea directă este o falsă excepție de la principiul relativității efectelor contractului a se vedea Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, Editura C.H. Beck, București, 2006, p. 416 iar pentru opinia că “acțiunile directe se înfățișează ca o excepție reală de la principiul relativității” a se vedea Liviu Pop, Ionuț Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 199.

categorii de creditori și care poate fi explicat nu doar printr-un capriciu al legiuitorului ci mai degrabă prin „recursul la echitate ca fundament al justiției comutative”⁷.

Cât privește dezbaterea din doctrina franceză între partizanii așa numitei teorii “legaliste” în sensul că acțiunile directe trebuie să fie în mod obligatoriu prevăzute de o normă de drept pozitiv datorită cunoscutului adagiu “pas de privilège sans texte” și cei ai teoriei “moderniste” care admit că acțiunea directă poate apărea și pe cale pretoriană, nu credem că ea are ecouri prea mari în doctrina românească⁸. Motiv pentru care și redactorii Noului cod civil au înțeles să legifereze acțiunea directă de o manieră explicită, folosind terminologia consacrată doar în cazul celor trei acțiuni directe “clasice” din Codul Napoleon și a acțiunii beneficiarului stipulației pentru altul (în baza art. 1284 alin 2 NCC). Pentru rațiuni doctrinare pe care le vom detalia în continuare, considerăm în continuare discutabilă calificarea acțiunii beneficiarului stipulației pentru altul drept o veritabilă acțiune directă⁹. Existența celorlalte acțiuni directe (în materie de leasing, asigurări și răspundere pentru produsele cu defect de fabricație) poate fi întradevăr dedusă pe cale de interpretare din legi speciale (anterioare Noului cod civil) și care nu au beneficiat de rigoarea și acribia acestui text. În Franța dintre toate proiectele de reformă doar ante-proiectul Catala¹⁰ propune o abordare radicală: să se insereze în Codul civil un articol (1168) cu următoarea redactare:

„Anumiți creditori sunt investiți de către lege cu dreptul de a acționa direct pentru plata creanței lor contra unui debitor al propriului lor debitor, în limita celei mai mici din cele două creanțe. Acțiunea directă este în mod egal permisă atunci când e singura cale de a evita sărăcirea injustă a creditorului, ținând cont de legătura ce unește contractele.”

Cu adevărat revoluționar este cel de-al doilea alineat care impune două condiții pentru promovarea acțiunii directe:

- să fie singura posibilitate de a evita sărăcirea injustă a creditorului;
- să se țină cont de legătura ce unește contractele;

Referința la sărăcirea injustă a creditorului trimite la teoria îmbogățirii fără justă cauză, deoarece Casația franceză (secția a III-a) a stabilit printr-o decizie din 9 decembrie 1992¹¹ că cel ce are la îndemână o acțiune directă nu are deschisă calea acțiunii în îmbogățire fără just temei. Ca urmare, am putem asista dacă legiuitorul francez își va însuși această propunere de lege ferenda la apariția unui text general al acțiunii directe e drept cu caracter subsidiar și dacă se demonstrează o „sărăcire injustă”.

Exemplul cel mai ilustrativ este dat de o decizie temerară a primei camere civile a Casației Franceze din 4 octombrie 1988¹²: Într-o speță Curtea de Apel Versailles a pronunțat rezoluțiunea unei vânzări de imobil și a obligat le vânzătorul la plata de daune-interese. Prin aceeași hotărâre, Curtea de apel s-a pronunțat și asupra chemării în garanție formulată de vânzător contra antreprenorului obligându-l pe acesta din urmă să garanteze pe vânzător. Neobținând de la vânzător daunele-interese datorate, cumpărătorul a decis să acționeze pe calea executării silite direct contra antreprenorului, pînă la concurența sumei datorată de acesta vânzătorului cu titlu de garanție. Demersul ar fi putut să pară temerar, deoarece antreprenorul a fost obligat să îl garanteze pe vânzător, ceea ce nu-l făcea pe acesta din urmă debitor al cumpărătorului, în absența unui text care să autorizeze acțiunea directă.

Cu toate acestea judecătorii fondului au admis cererea de plată contra antreprenorului iar Casația Franceză a menținut-o cu următoarea: « Les sommes étant dues par l'entrepreneur condamné à garantir le vendeur en vertu d'une

⁷Paul Vasilescu, *Drept Civil. Obligații*, Editura Hamagiu, București, 2012, p. 114.

⁸A se vedea Chr. Larroumet, *Droit civil*, tome 4, Les Obligations. Régime général, Economica, Paris, 2000, p. 276 și J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, p. 1180 *apud* Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, Editura C.H. Beck, București, 2006, p.416, notele de subsol 3 și 4.

⁹Calificarea acțiunii beneficiarului stipulației pentru altul drept o veritabilă sau o pseudo-acțiune directă este controversată în doctrină. În sensul că ar fi o pseudo acțiune directă a se vedea Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, Editura C.H. Beck, București, 2006, pag. 174-175 iar în sens contrar: - Gabriel Tița-Nicolescu, *Promisiunea faptei altuia și stipulația pentru altul în reglementarea noului Cod civil*, Pandectele Române nr. 10/2012, publicată pe site-ul internet www.idrept.ro; „Prin urmare, față de prevederile clare și exprese ale art. 1.284 noul C. civ., stipulația pentru altul creează o situație evidentă de acțiune directă, prin care beneficiarul stipulației are dreptul la acțiune împotriva stipulantului. Aceasta este o excepție veritabilă de la principiul relativității efectelor contractului, întrucât, privind raportul juridic complex astfel creat din perspectiva celui care își asumă obligația de a îndeplini o prestație.

¹⁰Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (ante-proiectul Catala) a fost publicat pe site-ul internet: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

O parte din acest proiect a devenit Legea nr. 2008-561 din 17 iunie 2008 asupra reformei prescripției în materie civilă, publicată în JORF nr. 0141 du 18 iunie 2008. Cu toate acestea, se pare că proiectul Fr. Terré (projet du groupe de travail de l'Académie des Sciences morales et Politiques) va avea o contribuție majoră la legea de reformă a dreptului obligațiilor. Ultimul document de lucru al Senatului Franței din 23 octombrie 2014, pare a fi tributar proiectului Terré întrucât conține doar o normă de trimitere (art. 234) ce permite legiuitorului ca în anumite cazuri strict determinate să legifereze acțiunea directă a creditorului împotriva sub-debitorului. A se vedea pentru detalii “avant-projet de réforme du droit des obligations – document de travail- 23 octobre 2013” publicat pe site-ul internet <http://www.lesechos.fr/economie-politique/france/document/0203242436733-document-avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-643031.php>

¹¹Cour de Cassation, 3^{ème} Chambre civile, Audience publique du 9 décembre 1992 N° de pourvoi: 91-12097, publié au Bulletin des arrêts des chambres civiles 1992 III, N° 321 p. 198.

¹² Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, Audience publique du 4 octobre 1988, N° de pourvoi: 86-16726, Bulletin des arrêts des chambres civiles 1988 I, N° 263, p. 181.

décision devenue irrévocable seulement à raison de la dette de celui-ci à l'égard de l'acheteur, ce dernier disposait d'un droit direct sur ces sommes. »

Cu toate că doctrina nu a remarcat în mod particular această decizie, Curtea a ținut să o sublinieze, consacându-i un articol în raportul anual al Casației.

Consilierul autor al raportului afirmă tranșant că acțiunea directă este justificată chiar și fără text expres « par le lien de connexité qui existe entre la créance du titulaire de l'action et celle du débiteur de son propre débiteur...Il importe de remarquer que dans cette affaire, il n'existe pas seulement un lien de connexité étroit entre la créance du titulaire de l'action et celle du débiteur, qui a le droit de se faire garantir, mais c'est la créance même du titulaire qui est garantie. »¹³.

Afirmația este plină de învățăminte – autorul raportului se focalizează pe o ipoteză ce apare în multe circumstanțe : cea în care sub-debitorul nu e ținut de o datorie oarecare ci de una calchiată după cea a debitorului principal ca și cum ar fi o garanție personală (fidejusiune). Afirmă raportorul că această circumstanță ar justifica existența unei acțiuni directe – pentru că sub-debitorul este ținut de aceeași obligație ca și debitorul principal.

Din motivele arătate mai sus, nu putem să fim de acord cu opinia¹⁴ exprimată în doctrina recentă „dacă legiuitorul s-ar fi rezumat la reglementarea excepțiilor „legale” de la principiul relativității efectelor contractului (adică la textul art. 1280 partea finală NCC), n-ar mai fi rămas loc decât pentru acțiunile directe reglementate expres. În afara unei asemenea acțiuni, expres reglementate (cazul mandatului, antreprizei, locațiunii și transportului), nicio acțiune directă nu ar mai fi fost posibilă. Din fericire există și o a doua soluție – art. 1282 alin. 2 NCC oferă calea unei excepții de anvergură. Textul reprezintă un temei suficient pentru acțiunile directe în răspundere în toate lanțurile de contracte translativ de proprietate asupra unui bun.” Comparând textul art. 1282 alin. 2 NCC cu cel al propunerii din anteproiectul Catala observăm că îi lipsește acestui alineat reglementarea subsidiarității cât și o anumită dimensiune procedurală, caracteristică normei ce ar reglementa acțiunea directă ca „gen proxim”. Deși reprezintă, incontestabil, o premisă din perspectiva dreptului material, totuși, credem că textele noastre nu au atins „masa critică” pentru a considera că Noul cod civil român conține o reglementare cu caracter general pentru acțiunile directe.

II. Clasificarea acțiunilor directe. La fel ca în doctrina franceză¹⁵ acțiunile directe se clasifică în acțiuni perfecte care permit blocarea creanței intermediare de la nașterea acesteia, astfel încât sub-debitorul nu poate plăti debitorului intermediar până când acesta nu l-a dezinteresat pe titularul acțiunii directe. Aceste acțiuni directe perfecte sunt rare: acțiunea victimei prejudiciate împotriva asiguratorului de răspundere civilă delictuală (RCA), acțiunea directă a creditorului cu garanție reală asupra unui bun asigurat împotriva societății de asigurări.

Acțiunea directă este imperfectă în ipoteza creanței unui sub-debitor ce nu e afectată exclusiv pentru plata titularului acțiunii directe. Sub-debitorul nu are nici o obligație față de titularul acțiunii directe până când acesta nu iese din pasivitate și nu intenționează acțiunea. Rezultă că în această ipoteză sub-debitorul se poate libera valabil plătind în mâinile debitorului intermediar. Exemplul clasic de acțiune directă imperfectă este cea prevăzută de art. 1.856 NCC (acțiunea introdusă de **subantreprenori împotriva beneficiarului construcției**).

În funcție de criteriul reglementării acțiunile directe se clasifică în acțiuni în plată și în răspundere sau garanție. Acțiunile directe în plată sunt acele acțiuni care odată exercitate sting două raporturi obligaționale. Plate pe care o face sub-debitorul stinge atât obligația sa către debitorul intermediar cât și obligația acestuia din urmă către creditorul titular al acțiunii directe.

Acțiunile directe în răspundere sau garanție sunt acordate, de regulă pentru ca subdobânditorii să obțină repararea prejudiciilor cauzate de fabricanți sau de vânzători originari prin neîndeplinirea obligațiilor de garanție pentru vicii ascunse sau de conformitate a lucrului fabricat/vândut. Aceste acțiuni se întâlnesc în cazurile grupurilor de contracte sau al contractelor succesive.

III. Condiții pentru introducerea acțiunii directe. Pentru a introduce o acțiune directă, creanța creditorului trebuie să fie exigibilă, fără a fi necesar să fie și lichidă sau să existe un titlu executor. De asemenea, este necesar ca debitorul principal să fie el însuși creditor al terțului urmărit. În principiu, nu este necesar ca debitorul să fie neglijent cu propriile afaceri și/sau insolubil.

Desigur, creditorul acționează în limita drepturilor debitorului său. Este însă relevant faptul că pârâtul va putea să-i opună excepțiile¹⁶, pe care le-ar fi putut opune propriului sau creditor dar în principiu, nu cele ivite după începerea urmăririi, cum ar fi, de exemplu, o compensație după introducerea acțiunii.

¹³A se vedea Phillipe Briand, *L'action directe*, p. 9 în lucrarea Lionel Andreu (coord.) *La réforme du régime général des obligations*, Dalloz, Paris, 2011.

¹⁴Ionuț Florin Popa, *Geometria grupurilor de contracte – Testul Codului civil*, Curierul Judiciar, nr. 6/2013, p. 315.

¹⁵Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck (trad. Diana Dănișor), *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 683.

¹⁶Jurisprudența franceză e împărțită în privința opozabilității clauzelor contractuale (inserate într-un contract dintre fabricantul de materiale și antreprenor) proprietarului unui imobil care exercită acțiunea directă contra fabricantului. Astfel clauzele limitative de garanție invocate de fabricant au fost considerate opozabile proprietarului construcției, iar clauza de alegere a instanței competente nu, a se vedea Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Cours de Droit Civil. Les Obligations*, tome IV, 7e édition, Éditions Cujas, Paris, 1996, p. 614.

Spre deosebire de acțiunea directă, în cazul acțiunii oblice, creditorul suferă concurența celorlalți creditori asupra valorii ce a fost introdusă în patrimoniul debitorului, în ipoteza admiterii acestei acțiuni. Se înțelege astfel interesul pe care l-ar avea creditorul de a introduce o acțiune directă împotriva unui terț debitor al debitorului sau, în temeiul căreia valoarea urmărită să treacă din patrimoniul terțului direct în patrimoniul creditorului următor, fără a suporta riscul concursului.

IV.Efectele acțiunii directe. Dacă analizăm mecanismul acțiunilor directe rezultă că le putem cataloga în mijloace de conservare a unui activ patrimonial al debitorului intermediar cu funcție de garanție. Astfel sunt acțiunile directe perfecte cum ar fi acțiunea directă a victimei contra asigurătorului de răspundere civilă delictuală. Ele imobilizează creanța astfel încât sub-debitorul nu se poate libera valabil decât plătind creditorului titular al acțiunii directe. Mecanismul e asemănător unui sechestrul simplificat sau unei popriri. Dimpotrivă acțiunile directe imperfecte sunt mai fragile deoarece sub-antreprenorul sau locatorul nu pot indisponibiliza creanța decât atunci când exercită acțiunea directă. Până în acel moment creanța contra sub-debitorului rămâne în patrimoniul debitorului principal, ea putând fi stinsă printr-o plată sau cesionată către un terț.

Analizată ca un mijloc de executare, exercitarea acțiunii directe are efect atributiv¹⁷, deoarece creditorul poate exercita dreptul debitorului principal împotriva subdebitorului cu toate accesoriile, garanțiile și privilegiile.

Un alt efect este că acțiunea directă nu are efecte novatoare în sensul că nu stinge vechiul raport obligațional pentru a da naștere unuia nou cu un alt debitor. Această acțiune îi mai dă creditorului un debitor fără al libera pe cel principal. Motiv pentru care subscriem la opinia că cei doi debitori sunt ținuți în solidum față de creditor¹⁸.

Acțiunea directă este prescriptibilă extinctiv cu specificitatea că termenul de prescripție este dat de natura creanței propriu-zise ce se plătește. De exemplu pentru serviciile prestate în baza unui contract de servicii de arhitectură, inginerie, geodezie, prescripția este de 1 an potrivit art. 2520 NCC și ne putem imagina situații în care aceștia să fie angajați de antreprenorul general și nu direct de către beneficiarul supraedificatului. Ca urmare, dacă nu există un termen special de prescripție, se aplică termenul de 3 ani prevăzut de art. 2517 NCC.

De asemenea, la fostul art. 1488 Cod civ. (Cuza) corespunzător art. 1799 Cod civ. fr. este prevăzut “dreptul zidarilor, lemnarilor și celorlalți lucrători folosiți la clădirea unui edificiu sau la o lucrare dată în întreprindere, de a introduce o acțiune directă împotriva aceluia pentru care a fost făcută lucrarea, pentru a obține plata ce li se datorează, dacă sumele respective nu au fost plătite antreprenorului”. În dreptul francez articolul 12 din **Legea¹⁹ nr. 75-1334 din 31 decembrie 1975 a extins această acțiune în favoarea oricăror subantreprenori, indiferent de specificul activității, îndreptată împotriva beneficiarului construcției dacă antreprenorul principal nu plătește o lună după ce a fost pus în întârziere, suma datorată în baza contractului de subantrepriză. O copie a notificării de punere în întârziere trebuie adresată și beneficiarului final. Aceeași extindere a câmpului de aplicare al acțiunii directe a avut loc și în dreptul belgian, articolul echivalent - 1798 din Codul civil Belgian fiind modificat printr-o lege din 19 februarie 1990, ce acordă oricărui subcontractant o acțiune directă contra beneficiarului construcției²⁰. Orice clauză de renunțare la acțiunea directă va fi considerată nescisă.**

Noul cod civil prevede în art. 1.856 acțiunea introdusă de **subantreprenori împotriva beneficiarului construcției:**

- în măsura în care nu au fost plătite de antreprenor, persoanele care, în baza unui contract încheiat cu acesta, au desfășurat o activitate pentru prestarea serviciilor sau executarea lucrării contractate au acțiune directă împotriva beneficiarului, până la concurența sumei pe care acesta din urmă o datorează antreprenorului la momentul introducerii acțiunii.

Deficiența textului rezultă tocmai din titlul marginal al articolului “Acțiunea directă a lucrătorilor”. Semnalăm că noua redactare ar putea avea însemnate avantaje deoarece, spre deosebire de vechiul art. 1844 din Codul civil Cuza, nu se mai poate interpreta că titularul acțiunii directe este doar salariatul unui antreprenor, în momentul de față fiind fără dubiu că acțiunea directă este pusă la îndemâna tuturor subantreprenorilor indiferent dacă sunt persoane fizice sau juridice, parte într-un contract individual de muncă sau unul comercial. Ca urmare, credem că Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă ar trebui să renunțe la orientarea conservatoare în această materie: - Decizia nr. 3741/25.11. 2014 pronunțată în dosarul nr. 10779/63/2013²¹ și care tinde la interpretarea literală a art. 1488 C. civ.

¹⁷Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, Editura C.H. Beck, București, 2006, p. 432.

¹⁸*Ibidem*

¹⁹Legea nr. 75-1334 din 31 decembrie 1975 a fost modificată prin Legea nr. 94-475 din 10 iunie 1994 și a intrat în vigoare la 1 octombrie 1994. Alineatul 4 al articolului 12 din Legea nr. 75-1334 conține o trimitere expresă la art. 1799 Cod civ. fr.

²⁰Cour d'arbitrage (Curtea Constituțională a Belgiei) l'arrêt n° 111/2006 du 28 juin 2006, numéros du rôle : 3788 et 3829, publicată pe site-ul <http://staatsbladclip.zita.be/moniteur/lois/2006/09/15/loi-2006202916.html>

²¹Redăm extras din considerentele deciziei Deciziei nr. 3741/25.11. 2014 pronunțată în dosarul nr. 10779/63/2013 de către Secția a II-a a ÎCCJ: “Raportat la cele de mai sus rezultă că subantreprenorul SC P. I. SRL și beneficiarul U.C. se găsesc în raporturi juridice diferite (una numai în raporturi de subantrepriză, iar cealaltă numai în raporturi de antrepriză), motiv pentru care contractul de subantrepriză nu produce efecte față de beneficiar în raport cu care apare ca fiind “*res inter alios acta*”.

(Cuza) în sensul că aria semantică a expresiei ”zidarii, lemnarii și ceilalți lucrători...” se referă la ”salariat” și nicidecum la ”subantreprenor”. Această interpretare restrictivă a ÎCCJ scotea din sfera de aplicare a art. 1488 C. civ. (Cuza) pe oricine nu era titularul unui contract individual de muncă. Or, realitatea economică ne arată că mulți din cei de contribuie la finalizarea unui contract de antrepriză de mare anvergură sunt specialiști: topografi-geodezi, arhitecți, urbanisti, ingineri proiectanți cu diferite specialități (instalații, inginerie seismică și structuri), specialiști în studii geotehnice, diriginți de șantier care preferă să colaboreze în baza unor contracte încheiate între profesioniști folosind diverse forme de organizare profesională (persoană fizică autorizată, societate comercială cu răspundere limitată cu asociat unic) care exclud calificarea activității ca dependentă. Ca urmare, există posibilitatea ca interpretarea restrictivă a textului să aibă în continuare adepți datorită denumirii marginale a art. 1856 NCC și practicii ÎCCJ. Cu toate acestea, tendința legiuitorului european este de a extinde aria de aplicare a acțiunii directe, cel puțin în sfera contractelor de achiziție publică. Dreptul subcontractanților de a fi plătiți direct de către autoritatea contractantă a fost reglementat de legiuitorul român prin art. 218 alin. 1-3 din Legea nr. 98/2016 a achizițiilor publice²² care reprezintă o transpunere a art. 71 alin. 7 din Directiva nr. 2014/24/UE - „Statele membre pot să prevadă în dreptul intern norme (...) sau să le aprofundeze pe cele referitoare la plățile directe către subcontractanți, stipulând, de exemplu, ca aceste plăți să fie efectuate fără ca subcontractanții să fie nevoiți să solicite o astfel de plată directă.”.

Reglementările cuprinse în Legea nr. 98/2016 au fost completate prin normele de aplicare a acesteia, respectiv art. 150 din HG nr. 395/2016 dar care nu clarifică neapărat art. 218 din Legea nr. 98/2016 deoarece se referă la ”clauze contractuale obligatorii privind cesiunea de creanță în favoarea subcontractanților²³”. Regretabila lipsă de consecvență a legiuitorului secundar face ca **art. 150 din HG nr. 395/2014 să vină cu o inovație ce se îndepărtează atât de textul art. 218 din Legea nr. 98/2016 cât și de scopul avut în vedere de Directiva nr. 2014/24/UE** ”statele membre ar trebui, de asemenea, să aibă libertatea de a pune la dispoziție mecanisme pentru plățile directe către subcontractori²⁴” întrucât se referă la mecanismul juridic al **cesiunii de creanță** (de la contractantul principal la subcontractant). Acest mecanism este străin de abordarea legiuitorului primar și comunitar, care s-a orientat spre dreptul la plată directă al subcontractanților văzut ca beneficiu legal acordat unor anumite categorii de creditori. Opțiunea legiuitorului secundar nu este doar o inconsecvență teoretică, ea are și consecințe practice. **Cesiunea de**

Acțiunea directă a lucrătorilor, reglementată prin art. 1488 Cod Civil din 1864 conferă, prin excepție de la principiul relativității efectelor contractului prevăzut de art. 973 Cod Civil, posibilitatea ca lucrătorii (așa cum rezultă chiar din formularea din cuprinsul textului ”zidarii, lemnarii și ceilalți lucrători...”) să poată să se îndrepte direct împotriva beneficiarului lucrării doar pentru plata lor (adică pentru drepturile corelative muncii prestate) și numai în măsura în care acesta este dator antreprenorului.

Persoana juridică, subantreprenor nu poate fi asimilată noțiunii de lucrător la care se referă art. 1488 Cod Civil din 1864 deoarece această persoană juridică nu desfășoară activitatea de construcție propriu-zisă ci ea reprezintă entitatea în cadrul căreia activitatea se realizează prin lucrători angajați sau alte persoane cooptate în scopul aducerii la îndeplinire a activității contractate, iar plata la care se referă textul de lege aparține doar lucrătorilor (”plata lor”) pentru munca personală prestată și nu societății subantreprenoare.

Aceasta are la îndemână acțiunea în răspundere contractuală împotriva antreprenorului pentru plata drepturilor corelative obligațiilor asumate prin contractul de subantrepriză și nu se poate îndrepta împotriva beneficiarului pentru realizarea drepturilor din contractul în care acesta nu este parte, așa cum se solicită prin acțiunea dedusă judecății.

Prin dispozițiile art. 1488 Cod Civil din 1864 s-a instituit o excepție de la principiul relativității efectelor actelor juridice în scopul de a proteja drepturile lucrătorilor, al salariaților pentru munca prestată și nu de a conferi subantreprenorului, în realitate antreprenor la rândul său, posibilitatea de a-și îndești creanța decurgând dintr-un contract printr-o acțiune directă împotriva unui debitor al debitorului său, o atare acțiune nefiind posibilă în condițiile art. 1488 Cod Civil din 1864.

Față de considerentele ce preced, Înalta Curte reține că instanța de apel a făcut o greșită aplicare a dispozițiilor art. 1488 Cod Civil, în sensul că, prin interpretarea pe care a dat-o acestei interpretări, a inclus în mod greșit în sfera noțiunii de lucrător și persoana juridică a subantreprenorului, care prin acțiunea promovată tinde la realizarea creanței ce decurge din contractul de subantrepriză încheiat cu antreprenorul, contract față de care pârâta este terț.”

²²Art. 218 din Legea nr. 98/2016 alin. 1-3 are următorul conținut: *Autoritatea contractantă efectuează plăți corespunzătoare părții/părților din contract îndeplinite de către subcontractanții propuși în ofertă, dacă aceștia solicită, pentru servicii, produse sau lucrări furnizate contractantului potrivit contractului dintre contractant și subcontractant în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile, atunci când natura contractului permite acest lucru și dacă subcontractanții propuși și-au exprimat opțiunea în acest sens.*

(2)În sensul alin. (1), subcontractorii își vor exprima la momentul încheierii contractului de achiziție publică sau la momentul introducerii acestora în contractul de achiziție publică, după caz, opțiunea de a fi plătiți direct de către autoritatea contractantă. Autoritatea contractantă efectuează plățile directe către subcontractanții agreeți doar atunci când prestația acestora este confirmată prin documente agreeate de toate cele 3 părți, respectiv autoritate contractantă, contractant și subcontractant sau de autoritatea contractantă și subcontractant atunci când, în mod nejustificat, contractantul blochează confirmarea executării obligațiilor asumate de subcontractant.

(3)Atunci când un subcontractant își exprimă opțiunea de a fi plătit direct, autoritatea contractantă are obligația de a stabili în cadrul contractului de achiziție publică clauze contractuale obligatorii ce prevăd transferul de drept al obligațiilor de plată către subcontractant/subcontractanți pentru partea/părțile din contract aferentă/aferente acestuia/acestora, în momentul în care a fost confirmată îndeplinirea obligațiilor asumate prin contractul de subcontractare, în conformitate cu prevederile alin. (2).

²³ Art. 150 din HG nr. 395/2016 are următorul conținut: *(1) În aplicarea prevederilor art. 218 din Lege, autoritatea contractantă are obligația de a stabili clauze contractuale obligatorii privind cesiunea de creanță în favoarea subcontractanților legată de partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de către aceștia.*

(2)În vederea determinării valorii creanței, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia, valoarea la care se ridică partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte.

²⁴A se vedea art. 78 din preambulul Directivei nr. 2014/24/UE.

creanță spre a fi eficace pentru subcontractant, implică o serie de formalități (e.g. existența unei solicitări din partea subcontractantului de a fi plătit direct, acceptată de autoritatea publică beneficiară, notificarea către debitorul cedat, dată certă, existența unui proces verbal de recepție tripartit care atestă executarea întocmai și la timp a obligației de către subantreprenor). Neîndeplinirea acestor formalități – care presupun colaborarea dintre beneficiarul-autoritate publică, antreprenor principal și subantreprenori – conduc în final la ineficacitatea art. 150 din HG nr. 395/2016 din perspectiva subantreprenorului care și-a îndeplinit obligațiile dar care nu găsește înțelegere nici la antreprenorul principal și nici la beneficiarul autoritate publică și trebuie să recurgă la justiție. Din perspectiva acestui subantreprenor art. 150 din HG nr. 395/2016 nu e decât o nouă mostră de balast legislativ.

V. Aspecte de drept internațional privat. Această acțiune directă subzistă chiar dacă antreprenorul principal este în procedură colectivă sau lichidare voluntară. Totuși Casația franceză²⁵ nu consideră Legea **nr. 75-1334** o normă de ordine publică²⁶ în dreptul internațional privat francez. Aceasta anihilează în cauzele cu element de extraneitate avantajele subantreprenorului reclamant. Problema s-a pus într-o speță, în care o societate franceză ce era subantreprenor al unei societăți germane, pe un șantier aflat în Franța, a introdus o acțiune directă pentru plata prețului lucrărilor, împotriva beneficiarului final – o altă societate franceză, după deschiderea procedurii colective în Germania împotriva antreprenorului principal. O astfel de situație este perfect imaginabilă și în contextul Noului cod civil român, mai ales că sunt din ce în ce mai multe contracte de antrepriză cu element de extraneitate, mai ales în domeniul lucrărilor publice, de infrastructură cu clauză compromisorie în favoarea arbitrajului internațional și care include, de regulă, alegerea *lex contractus*.

²⁵Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 8 novembre 2006 (N° de pourvoi : 05-18.482).

²⁶Casația franceză a avut a se pronunța asupra *lex contractus* pentru a determina dacă acțiunea directă prevăzută de Legea nr. 75-1334 poate fi admisă. Legea aleasă de părțile contractului de subantrepriză era legea germană, ce nu admite acțiunea directă a subantreprenorului, ceea ce nu este cu nimic contrar ordinii publice în dreptul internațional privat francez. Astfel, Curtea a decis că “având în vedere că atât contractul de antrepriză cât și cel de subantrepriză erau supuse legii germane alese de părți, lege ce nu conferă subantreprenorului o acțiune directă ce i-ar fi permis să obțină de la beneficiarul lucrării, plata în tot sau în parte a creanțelor pe care le deținea împotriva antreprenorului principal, Curtea de apel a decis în mod corect printr-o decizie motivată că legea germană nu este contrară ordinii publice în dreptul internațional privat francez și că art. 12 al Legii din 31 decembrie 1975 referitoare la subantrepriză nu e o normă de ordine publică aplicabilă în mod direct situației de fapt în sensul articolului 7-2 din Convenția de la Roma din 16 iunie 1980, astfel că motivul de recurs e nefondat” (Civ. 1^{re}, 23 janvier 2007).

RECALIFICAREA UNUI CONTRACT CIVIL CA AVÂND NATURA JURIDICĂ A UNUI CONTRACT DE MUNCĂ

Raluca DIMITRIU*

Abstract: *Re-qualification of a civil contract as an employment contract is the work of unlocking its true legal nature, by removing the improper terms used by the parties and bringing into light the true agreement between them. The re-qualification can be done by a fiscal control body, by a labor inspection body, or it can be done by the courts themselves, most often at the request of the worker, who thus seeks to benefit from the protective labor law rules inaccessible to the person who concludes a simple civil contract.*

This paper aims at highlighting the situations in which the re-qualification of the civil contract, as a labor contract, by the different state authorities, the relationship between their competences and their methodology of each of them and the effects of the re-qualification. The paper is finalized with a series of conclusions and proposals meant to improve the legal provisions and to bring added consistency to the current legislative structure in the field.

Key-words: *Employment contract; civil contract; legal will; simulation*

1. Prioritatea voinței reale a părților

Un contract individual de muncă se caracterizează în mod decisiv prin relația de subordonare statornicită între părți, care îl deosebește în mod esențial de contractul civil. Raportul de muncă nu este un raport de muncă încheiat între doi egali; dimpotrivă, el este un contract caracterizat printr-un deficit democratic pe care numai intervenția legislativă îl poate limita, restabilind, fie și în parte, echilibrul dintre părțile contractante. Contractul de muncă nu este singurul în temeiul căruia se muncește, ci există și contracte civile în executarea cărora una dintre părți prestează o activitate în beneficiul celeilalte, care o plătește - părțile pot oculta caracterul de contract de muncă al raportului încheiat între ele, deghizându-l într-un contract civil.

În cazul în care există neconcordanță între denumirea dată de părți contractului încheiat și adevărata sa natură juridică, dreptul civil operează cu două nivele conceptuale:

a) Ca regulă de interpretare a contractului, potrivit art. 1.266 din Codul civil român, având denumirea marginală "Interpretarea după voința concordantă¹ a părților":

"(1) Contractele se interpretează după voința concordantă a părților, iar nu după sensul literal al termenilor.

(2) La stabilirea voinței concordante se va ține seama, între altele, de scopul contractului, de negocierile purtate de părți, de practicile statornicite între acestea și de comportamentul lor ulterior încheierii contractului".

Astfel, contractul este prezumat a avea natura juridică ce corespunde denumirii conferite de părți, dar această prezumție poate fi răsturnată prin proba voinței reale a părților. Este vorba despre ipoteza în care părțile au utilizat în mod greșit anumite noțiuni sau au avut o exprimare necorespunzătoare juridic, existând o nepotrivire între reala lor voință juridică și cuvintele utilizate; de principiu aceasta este doar o greșeală, lipsind intenția de induce pe cineva în eroare. Adevărata natură juridică a contractului nu este deliberat ascunsă, doar că ea nu se devoalează de îndată din exprimarea – deficitară – a părților, ci trebuie să fie scoasă la lumină prin opera de interpretare a contractului. Când sensul cuvintelor utilizate de părți și scopul contractului ori modul de executare a acestuia nu converg, prioritate se va acorda voinței reale, față de voința exprimată de părți;

b) Ca operație de ascundere a adevăratei naturi juridice a contractului – prin intermediul deghizării sale. În acest caz este vorba despre o formă a simulației, caracterizată prin existența unui contract real, dar ocult și a unui contract public, dar mincinos.

În dreptul nostru, nu dispunem de instrumente specifice de dreptul muncii de combatere a contractelor de muncă astfel deghizate. Dacă utilizăm instrumentele conceptuale specifice dreptului civil, am putea spune că această operație juridică are configurația juridică a unei simulații relative obiective prin deghizare totală². Într-adevăr:

- este vorba despre o simulație, deoarece există între părți un contract secret (contractul de muncă), un contract aparent, public (contractul civil) și un acord simulatoriu (înțelegerea intervenită între părți cu privire la secretul existenței relației de muncă);

- simulația are caracter relativ, și nu absolut, deoarece între părți a intervenit cu adevărat un contract în baza căruia urmează să se presteze munca. Simulația absolută intervine în cazul în care prin actul simulatoriu părțile ar conveni că actul public nu există. Or, aici, raportul juridic există, doar că are o altă natură juridică decât cea declarată public de către părți;

* Cercetător științific grd. I, Institutul de Cercetări Juridice „Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: rdimitriu100@gmail.com

¹ Iar nu "intenția comună" cum prevedea art. 977 al Codului civil de la 1864.

² Cu privire la felurile simulației, a se vedea Fl. Baias, *Simulația, Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 97 – 128.

- simulația constând în încheierea unui contract civil, în locul celui de muncă, este obiectivă, deoarece privește contractul, iar nu identitatea părților;
- simulația intervine prin deghizare totală, deoarece acordul simulatoriu nu privește numai unul dintre elementele contractului, ci însăși natura juridică a acestuia.³

În literatura juridică s-a atras atenția în mod repetat asupra faptului că regula interpretării contractului în acord cu voința reală a părților și instituția simulației nu se confundă.⁴

Indiferent cine ar realiza opera de recalificare a contractului, distincția dintre regula de interpretare a contractului prevăzută la art. 1266 din Codul civil și instituția simulației – nu produce consecințe practice. Fie că părțile și-au denumit în mod deliberat contractul “contract civil”, fie că au făcut-o din greșală sau necunoaștere, recalificarea va produce același efect.

2. Recalificarea contractului de către instanțele de judecată

Pentru lucrător, încheierea unui contract civil în locul unui de muncă poate fi fie o eroare, fie rezultatul unui acord simulatoriu, având drept scop, de exemplu, fraudarea intereselor creditorilor – adică a bugetului de stat, prin neplata contribuțiilor datorate. Firește, sustragerea de sub umbrela protectivă a dreptului muncii (salariu minim, concediu de odihnă, drepturi colective etc.) este în detrimentul celui care lucrează; el va accepta un astfel de acord simulatoriu pe fondul unei vicieri a consimțământului său. De aceea, el este cel mai frecvent cel care va introduce acțiune în instanță în vederea recalificării contractului și recunoașterii calității sale de salariat. O va face când va realiza că, prin încheierea contractului civil, el a fost lipsit de o serie de beneficii la care ar fi fost altminteri îndrituit.

Instanța competentă să recalifice un astfel de contract și să constate calitatea de salariat este instanța de drept al muncii, iar nu cea de drept civil, deși art. 1 lit. p) din Legea dialogului social nr. 62/2011⁵ nu enumeră această acțiune, în mod explicit, între cele de competență instanțelor de drept al muncii.

În fața unei astfel de acțiuni în constatare, instanța are a se întreba:

- *dacă este admisibilă?*
- *după ce criterii poate fi identificat contractul individual de muncă, și deosebit de cel civil?*
- *ce probe trebuie să facă lucrătorul în acest caz?*
- *care sunt efectele admiterii unei astfel de acțiuni?*

Cu privire la prima întrebare, trebuie arătat că aplicarea principiului prevalenței voinței reale a părților și recalificarea contractului a fost o perioadă de timp dificilă, din pricina caracterului *ad validitatem* al contractului individual de muncă. Într-adevăr, în mod tradițional, contractul individual de muncă făcea parte din categoria celor consensuale, ceea ce a permis instanțelor⁶ să identifice esența raportului juridic în discuție și, pe baza caracteristicilor sale, să îl califice drept civil sau de dreptul muncii, indiferent de denumirea pe care o vor fi dat părțile contractului lor.

Dar, în 2011, Codul muncii a fost modificat⁷ introducându-se în mod neinspirat condiția de validitate a formei scrise.

Astfel, sub imperiul reglementărilor în vigoare între 2011-2017, un contract de muncă încheiat verbal era nul. Chiar dacă, potrivit art. 57 alin. (2) din Codul muncii, constatarea nulității contractului individual de muncă produce

³ Pentru detalii, a se vedea, R. Dimitriu, *Contractul de muncă deghizat într-un contract civil*, în “Studii și Cercetări Juridice” nr. 1/2015, p. 83-84.

⁴ Astfel, s-a arătat, “discordanțele ce pot apărea între voința reală și forma în care ea a fost exprimată, discordanțe ce pot pune unele probleme de interpretare a contractului, nu trebuie să fie confundate cu simulația contractului, când părțile, în mod intenționat, urmăresc să mascheze existența unui act juridic real, dar secret, printr-un act juridic prefăcut, simulat” - C. Stătescu, C. Bîrsan, *Tratat de drept civil*, Ed. Academiei, 1981, p. 71. “Intenția de a simula se deosebește de discordanța ce poate apărea spontan între voința declarată și voința reală, care se va rezolva prin interpretarea contractului” - L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, 2000, p. 123. “În primul caz, părțile, fără a intenționa acest lucru, nu au reușit să exprime prin termeni contractuali ceea ce și-au dorit în realitate. Ele au încheiat un singur contract, ai cărui termeni însă, în mod neintenționat nu coincid cu reala lor intenție. Lipsesc cele două elemente de bază ale simulației, anume existența a două acte juridice (unul secret, dar care reflectă adevărata voință a părților și unul pu, aparent, dar care este simulat, neadevărat) și intenția părților de a masca adevărata lor voință” - B. Pătrașcu, I. Genoiu, *Interpretarea contractului*, în “Noul Cod civil. Studii și Comentarii” (coord. M. Uliescu), vol. III, partea I, Ed. Universul juridic, București, 2014, p. 202.

⁵ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 625 din 31 august 2012.

⁶ Iată un exemplu: Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția I civilă, prin Decizia nr. 8661/2011 – a calificat ca fiind de muncă un contract în temeiul căruia reclamantul se obliga să practice jocul de handbal pentru clubul sportiv pârât. Din analiza clauzelor contractuale a rezultat că acest contract prezintă caracteristicile speciale ale unui contract de muncă, deși părțile denumiseră remunerația “primă de joc”, iar nu salariu, salariatul nu avea calitatea de sportiv de performanță profesionist, iar contractul era nenumit și neînregistrat la inspectoratul teritorial de muncă. (<http://legeaz.net>). Dar chiar și înainte de impunerea formei scrise ca o condiție de validitate a contractului de muncă, a dovedi în instanță că o anumită muncă avea caracter de dependență nu era ușor. S-a decis, spre exemplu, că „implicarea unei persoane în activitatea soției sale salariate, de comercializare a mărfurilor, constituie o activitate voluntară și nu se încadrează ca activitate în favoarea angajatorului”. (Curtea de Apel București, s. a VII-a civilă, conflicte de muncă și asigurări sociale, decizia nr. 4702/R din 4 noiembrie 2010, în F. Rotaru, S. Cristescu, *Litigii de muncă. Jurisprudența relevantă a Curții de Apel București pe semestrul II 2010*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 6 și urm. În speță, reclamantul se implicase în activitățile și responsabilitățile soției, în activitățile de vânzare de la punctul de desfacere unde lucra soția sa și chiar în transportul materialelor cumpărate, dar nu s-a putut proba că a făcut-o din dispoziția sau cu acordul societății.)

⁷ Prin Legea nr. 40/2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 225 din 31 martie 2011.

efecte numai pentru viitor, un salariat încheiat fără forme scrise ar fi putut cu dificultate să obțină în instanță recunoașterea calității sale de salariat, pentru trecut.

Pentru a rezolva această situație, vădit nefavorabilă salariatului, Înalta Curte de Casație și Justiție a intervenit prin Decizia 37/2016⁸, arătând că *“în ipoteza neîndeplinirii de către părți a obligației de încheiere a contractului individual de muncă în formă scrisă, persoana fizică care a prestat muncă pentru și sub autoritatea celeilalte părți are deschisă calea acțiunii în constatarea raportului de muncă și a efectelor acestuia și în situația în care respectivul raport de muncă a încetat anterior sesizării instanței”*. Soluția are caracter novator, în literatura juridică apreciindu-se chiar că aceasta *“adaugă la lege”*⁹.

Dar efectele acestei decizii nu au mai apucat să se resimtă, deoarece a intervenit o modificare legislativă în materie, care a rezolvat problema prin revenirea contractului individual de muncă la caracterul său consensual. Într-adevăr, prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 53/2017¹⁰ s-a revenit la caracterul consensual al contractului de muncă, în paralel cu majorarea sancțiunilor contravenționale pentru lipsa formei scrise.¹¹

În prezent, încă și mai mult decât în perioada anterioară în care contractul de muncă a fost un contract solemn, se poate afirma că o acțiune în constatarea existenței unui astfel de contract este admisibilă.

Constatarea că, uneori, contracte denumite civile de către părți pot ascunde contracte de muncă nu este de dată recentă. Fiecare sistem de drept a căutat, legal sau jurisprudențial, să identifice și să expună aceste criterii menite să înlăture falsă „etichetare” a contractelor de muncă.

Organizația Internațională a Muncii, pe baza experienței practicilor întâlnite în multe sisteme de drept, a realizat o sinteză a acestor criterii după care raportul de muncă ar putea fi identificat, chiar dacă el a fost denumit de către părți raport civil și le-a inclus în Recomandarea 198/2006. Considerăm că instanțele de dreptul muncii ar putea utiliza cu succes aceste criterii în identificarea contractului de muncă și în distingerea lui de contractul civil. Sesizate cu o acțiune în constatarea contractului de muncă, ele ar putea analiza realitatea relației dintre părți, fără a pretinde lucrătorului să facă proba contractului secret sau a acordului simulatoriu, ci mărginindu-se să aprecieze în ce măsură criteriile indicate corespund contractului efectiv intervenit între părți.

De asemenea, probațiunea poate ridica probleme. Mai întâi, dacă este adevărat că acesta este un conflict individual de muncă (și fără această premisă nu am fi putut admite competența instanței de dreptul muncii), urmează să fie deplin aplicabile prevederile art. 272 din Codul muncii, potrivit cărora sarcina probei în conflictele de muncă revine angajatorului, acesta fiind obligat să depună dovezile în apărarea sa până la prima zi de înfățișare.

Cu toate acestea, lucrătorul este cel care va face măcar o probă preliminară, de natură a justifica aplicarea grilei de criterii cazului expus judecății. El ar trebui să probeze că a încheiat un contract ce are măcar aparența unui contract de muncă, pentru ca instanța să meargă de aici mai departe, analizând și celelalte criterii. Răsturnarea sarcinii probei presupune recunoașterea calității de angajator a beneficiarului muncii, or tocmai această problemă este în discuție aici. Abia după ce s-a conturat aparența unui contract de muncă, beneficiarului muncii i se va putea cere să dovedească faptul că, dimpotrivă, contractul încheiat este un contract civil. *“Voința reală trebuie să fie dovedită. Până la această dovadă, manifestarea – declarația – de voință, forma în care aceasta se prezintă, este singura realitate dovedită: până la proba contrarie se consideră că ea corespunde pe deplin voinței reale”*¹².

Să fie însă suficient ca lucrătorul să facă proba faptului că unele criterii de identificare a contractului corespund unui contract de muncă pentru ca instanța să recalifice contractul? Pentru că există aici o obiecție de fond, și anume *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Într-adevăr, dacă lucrătorul a agreeat inițial forma juridică deghizată în care urma să își desfășoare activitatea, el a consimțit la deghizarea contractului său de muncă parțial pentru un motiv ilicit, anume neplata contribuțiilor datorate.

Sigur, lucrătorul ar putea proba faptul că a avut în intenție să încheie un contract de muncă, dar cealaltă parte a profitat de starea de necesitate în care se găsea (art. 1.218 din Codul civil) pentru a-l constrânge la încheierea unui contract civil. Consimțământul său a fost viciat la încheierea contractului simulatoriu; aceasta va atrage și anulabilitatea contractului civil, ca act subsecvent. Lucrătorul ar putea proba faptul că s-a aflat în eroare de drept (art. 1.207 alin. (3) din Codul civil), neștiind că contractul încheiat, prin clauzele sale, ar trebui să aibă forma unei relații de muncă¹³, ori că cealaltă parte l-a indus în eroare prin manopere dolosive (art. 1.214 din Codul civil), determinându-l să încheie un contract cu o altă natură juridică decât cea la care se aștepta. Dar dacă nu va putea face astfel de probe –

⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 114 din 10 februarie 2016.

⁹ I. T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de dreptul muncii*, Ed. Universul juridic, 2017, p. 284.

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 633 din 7 august 2017.

¹¹ Am formulat anterior propunerea de revenire la caracterul consensual al contractului individual de muncă în R. Dimitriu, *Dreptul muncii. Anxietăți ale prezentului*, Ed. Rentrop și Straton, București, 2016, p. 49.

¹² C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³ Art. 4 lit. a) din Recomandarea nr. 198/2006 prevede că statele, prin politicile naționale adoptate, vor oferi îndrumare pentru părțile interesate, în special angajatori și lucrători, pentru stabilirea în mod efectiv a existenței unei relații de muncă și cu privire la distincția dintre lucrătorii salariați și cei independenți.

mai curând dificile – cum va putea el obține avantajul protecției oferite de dreptul muncii, după ce deja a consimțit la eludarea dispozițiilor acestuia?

În absența unor asemenea excepții, instanța ar trebui să discearnă între situația lucrătorului care a acceptat încheierea acordului simulatoriu aflat în starea de necesitate, de care cealaltă parte a profitat, de situația lucrătorului oportunist, ce încheie un contract civil, pentru a plăti contribuții mai mici, solicitând apoi recalificarea acestuia, pentru a beneficia de drepturile oferite de legislația muncii.

Odată admisă, acțiunea în constatare ridică o serie de întrebări privind efectele sale. De principiu, recalificarea contractului civil ca fiind de muncă ar trebui să producă efecte retroactive; se constată astfel că lucrătorul a avut calitatea de salariat de la momentul încheierii contractului.

Unele drepturi, cum sunt dreptul la asociere sindicală, dreptul la grevă sau dreptul la negocieri colective nu pot fi, prin natura lor, acordate retroactiv. În schimb, dreptul la vechime în muncă, recunoașterea stagiului de cotizare – care va presupune și plata retroactivă a contribuțiilor – dreptul la concediu de odihnă – vor putea fi acordate încă de la momentul încheierii contractului

3. Reconsiderarea veniturilor de către organele de control fiscal

Organele de control fiscal pot realiza reconsiderarea veniturilor obținute de către lucrător, potrivit dispozițiilor Legii nr.227/2015 privind Codului fiscal. Astfel, chiar dacă părțile denumesc contractul încheiat ca fiind un contract de prestări servicii sau un contract de colaborare, dacă din conținutul acestuia rezultă că în fapt este vorba despre „o relație de angajare” - organele de control fiscal vor putea reconsidera veniturile obținute în baza acelui contract ca fiind venituri de natură salarială. Consecința acestei recalificări va fi posibilitatea stabilirii contribuțiilor la nivelul datorat în cazul unui contract de muncă.

Potrivit art. 7 pct. 3 din Codul fiscal, *activitate independentă* – orice activitate desfășurată de către o persoană fizică în scopul obținerii de venituri, care îndeplinește cel puțin 4 dintre următoarele criterii:

- persoana fizică dispune de libertatea de alegere a locului și a modului de desfășurare a activității, precum și a programului de lucru;
- persoana fizică dispune de libertatea de a desfășura activitatea pentru mai mulți clienți;
- riscurile inerente activității sunt asumate de către persoana fizică ce desfășoară activitatea;
- activitatea se realizează prin utilizarea patrimoniului persoanei fizice care o desfășoară;
- activitatea se realizează de persoana fizică prin utilizarea capacității intelectuale și/sau a prestației fizice a acesteia, în funcție de specificul activității;
- persoana fizică face parte dintr-un corp/ordin profesional cu rol de reprezentare, reglementare și supraveghere a profesiei desfășurate, potrivit actelor normative speciale care reglementează organizarea și exercitarea profesiei respective;
- persoana fizică dispune de libertatea de a desfășura activitatea direct, cu personal angajat sau prin colaborare cu terțe persoane în condițiile legii.¹⁴

Aceste criterii sunt prevăzute nu de legislația muncii, ci de cea fiscală, iar scopul recalificării contractului nu este respectarea drepturilor celui care prestează munca și aplicarea regimului instituit de Codul muncii, ci plata retroactivă a contribuțiilor datorate la stat de către părți și aplicabilitatea normelor dreptului securității sociale.

Criteriile enumerate în Codul fiscal, deși imperfecte, sunt totuși folositoare, ele fiind singurele criterii legale ce ar putea fi utilizate în recalificarea unui contract civil ca fiind de muncă. Instanțele de drept al muncii, sesizate cu o acțiune în constatare, ar putea să le aibă în vedere, corelat cu criteriile cuprinse în Recomandarea Organizației Internaționale a Muncii. Dar, încă și mai mult, dacă un contract a fost deja recalificat de către organul de control fiscal, iar lucrătorul solicită și instanței de drept al muncii constatarea existenței unui contract de muncă, instanța poate privi cu atenție soluția dată de organele fiscale. Recalificarea venitului având o natură salarială nu atrage automat recalificarea contractului ca fiind de muncă, dar constituie totuși o prezumție pe care numai probe clare în favoarea naturii juridice civile a contractului (cu deosebire proba egalității juridice dintre părțile contractante) ar putea-o răsturna.

4. Recalificarea contractului de către inspectorul de muncă

Cu privire la competența de recalificare, o Hotărâre a Guvernului adoptată anul trecut atrage atenția prin efectele sale. Este vorba despre Hotărârea Guvernului nr. 488/2017 privind aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare a Inspecției Muncii¹⁵, care prevede în art. 12 alin. (1) B. că inspecția muncii are, între altele, următoarele atribuții:

“d) constată dacă activitatea prestată în baza unui alt tip de contract decât cel de muncă se desfășoară în condițiile unui raport de muncă;

¹⁴ Am realizat analiza acestor criterii în Contractul de muncă degizat..., *op. cit.*, p. 80 și urm.

¹⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 594 din 25 iulie 2017

e) dispune încheierea contractelor individuale de muncă și transmiterea acestora în registrul general de evidență a salariaților pentru lucrătorii identificați că prestează activitate fără contract individual de muncă”.

Așadar, inspectorul de muncă se va putea pronunța asupra însăși naturii juridice a contractului încheiat de părți, constatând că acesta corespunde unui raport de muncă. Nu se prevăd însă criteriile după care ar putea-o face, după cum nu se prevăd nici efectele unei astfel de recalificări. Cum munca prestată în temeiul unui contract de muncă neîncheiat în scris¹⁶, sau încheiat în scris dar neînregistrat¹⁷ constituie muncă nedeclarată, se înțelege că și munca ce corespunde unui raport de muncă, dar în baza unui contract având o altă denumire constituie tot muncă nedeclarată. După recalificarea contractului ca fiind de muncă, inspectorul de muncă ar putea aplica sancțiunile contravenționale corespunzătoare muncii nedeclarate.

Problema este însă – în baza căror criterii va constata inspectorul de muncă împrejurarea că „activitatea prestată în baza unui alt tip de contract decât cel de muncă se desfășoară în condițiile unui raport de muncă”? După cum am văzut, stabilirea caracteristicilor unui raport de muncă se face cu o balanță foarte fină, luând în considerare foarte multe nuanțe și fără ca identitatea de raport de muncă a unui raport juridic să fie de îndată vizibilă. Or, de vreme ce nici nu există criterii legale, este greu de înțeles cum anume vor realiza în concret inspectorii de muncă o atare recalificare.

Dar cea de a doua atribuție dintre cele citate ridică încă și mai multe probleme. Astfel, inspectorul de muncă este chemat să dispună încheierea unui contract. Este vorba, credem despre încheierea contractului în sens de *instrumentum*, anume a unui contract scris, deoarece în sens de *negotium* acesta se va fi încheiat deja, de vreme ce inspectorul a identificat lucrători că prestează activitate la locul de muncă respectiv. Dar cum ar putea un terț să impună părților încheierea contractului? Angajatorul, care a încadrat în mod nelegal salariați fără respectarea formalităților impuse de Codul muncii, va putea fi firește obligat la plata amenzii contravenționale corespunzătoare. Dar el ar putea refuza ca, pe viitor, să încheie un contract scris cu persoana angajată “la negru”, căci prin săvârșirea unei contravenții nu își va fi pierdut dreptul la exercițiul libertății contractuale. Mai mult, se poate ca însuși lucrătorul să refuze încheierea contractului în scris, caz în care cum ar putea inspectorul de muncă să dispună angajatorului îndeplinirea unei astfel de măsuri?

5. Concluzii și unele propuneri de lege ferenda

Constatând neconcordanța dintre voința exprimată a părților și realitatea raportului juridic încheiat între acestea, atât instanțele cât și unele organe de control pot realiza recalificarea contractului (respectiv a veniturilor obținute în temeiul lui). Ele pot constata că, deși intitulat contract civil, contractul respectiv este de fapt de muncă (sau, în exprimarea Codului fiscal, este o „relație de angajare”). Pe baza analizei întreprinse în cele ce preced se poate afirma că:

- *Un contract este prezumat a avea natura juridică ce corespunde denumirii date de părți. Abia prin proba contrară se poate răsturna această prezumție;*
- *Recalificarea a fost facilitată de renunțarea la forma scrisă cerută ad validitatem și revenirea la caracterul consensual al contractului individual de muncă;*
- *Răsturnarea prezumției se poate realiza pe baza unor criterii, pe care în dreptul nostru numai legislația fiscală le consacră expres. Instanțele de drept al muncii pot însă folosi – poate chiar cu mai multă îndreptățire – criteriile cuprinse în Recomandarea Organizației Internaționale a Muncii nr. 196/2006;*
- *Operația de recalificare nu diferă după cum părțile au urmărit să ascundă adevărata natură juridică a contractului (cazul simulației) sau au încheiat din greșeală un alt contract decât cel care ar fi corespuns adevăratei lor voințe juridice (cazul interpretării contractului după voința concordantă a părților);*
- *Recalificarea operată de către organul de control fiscal nu vizează contractul însuși, ci veniturile obținute în temeiul lui. Decizia organului fiscal nu este opozabilă nici instanței de drept al muncii și nici inspectorului de muncă. Totuși ea instituie un indicator extrem de important pentru instanța de drept al muncii chemată să se pronunțe într-o acțiune în constatarea contractului de muncă, și cu atât mai mult pentru inspectorii de muncă;*
- *Recalificarea se poate realiza în ambele sensuri, dar mult mai rar se poate întâlni situația în care persoanele să încheie un contract civil, pe care să îl denumescă contract de muncă.*

Actualul ansamblu de reglementări în materia recalificării contractului de muncă este departe de a fi ideal. De aceea, o serie de îmbunătățiri care să asigure coerența sistemului, ar fi binevenite.

În primul rând, ar trebui consacrate expres o serie de criterii de identificare a contractului de muncă – în paginile legislației muncii. Recomandarea Organizației Internaționale a Muncii nr. 196/2006 poate constitui o bună sursă de inspirație, dar criteriile enumerate în cuprinsul acesteia vor trebui adaptate specificului pieței românești a muncii, ca și la evoluțiile recente ale raporturilor de muncă în general. Pe de altă parte, ar fi util să se prevadă în concret raportul

¹⁶ Art. 15¹ lit. a) din Codul muncii.

¹⁷ Art. 15¹ lit. b) din Codul muncii.

dintre recalificarea realizată de diferitele organisme ale statului, pentru a se evita situația în care un anume raport este, sub aspect fiscal, relație de angajare dar, din punctul de vedere al instanțelor de muncă, este un contract civil.

Ar trebui să se renunțe la posibilitatea inspectorului de muncă de a identifica el raportul de muncă, operație care necesită subtilitate și pe care numai instanța de drept al muncii ar putea-o realiza. Și, în orice caz, ar trebui să se renunțe la dreptul inspectorului de muncă de a dispune încheierea unui contract de muncă.

Cât privește posibilitatea acțiunii în simulație, ar fi utilă reglementarea unei acțiuni speciale în declararea simulației care să poată fi introdusă de către lucrător, prin derogare de la dreptul civil, cu luarea în considerare a particularităților relației de muncă. Aici s-ar putea prevedea expres o derogare în favoarea lucrătorului de la principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, pentru că altminteri nu poate fi surmontat obstacolul de fond al unei acțiuni introduse de lucrător, după ce acesta a consimțit la încheierea unui contract civil în locul celui de muncă¹⁸.

¹⁸ În dreptul comparat, unele sisteme europene tratează problema în mod direct, prevăzând excepții de la principiul *nemo auditur...*; spre exemplu, Curtea Supremă Austriacă a decis că, prin excepție față de principiile generale de drept, un salariat poate invoca adevăratul său statut legal chiar dacă a fost inițial de acord cu falsă calificare a acestuia: Österreich Oberster Gerichtshof, 11.10.2007, 8 ObA 49/07z. S-a contraargumentat însă că o astfel de soluție a fost împotriva principiului *bona fide*, deoarece prin eludarea dispozițiilor legale și încheierea unei simulații, salariatul nu se expune niciunui risc.

SOLUȚIONAREA CONFLICTELOR DE MUNCĂ. DREPTUL LA GREVĂ

Mariana STAN*

Abstract: *The article analyses the right to strike and the strike as an instrument of exercising the right to strike, history and development, internal provisions, limitations on the exercise of this right, and strike conditions.*

Key words: *strike; the right to strike; trigger strike; legal conditions; economic and social interests.*

1. Preliminarii

Conflictele de muncă sunt disensiunile apărute între salariați și angajatori în legătură cu desfășurarea relațiilor în cadrul unui contract colectiv de muncă, care privesc interesele economice, profesionale și drepturile rezultate din desfășurarea raporturilor de muncă. Conflictele colective de muncă sunt reglementate ca un drept al angajaților, iar când drepturile angajaților sunt încălcate, acestea sunt apărute prin declanșarea conflictelor, care dacă nu sunt rezolvate se recurge la exercitarea dreptului la grevă, care are drept efect suspendarea contractelor de muncă.¹

Dreptul la grevă este un drept fundamental al salariaților prin care sunt apărute interesele economice și sociale, fiind prevăzut în Constituția României la art.43 care stipulează că salariații au dreptul la grevă pentru apărarea intereselor profesionale, economice și sociale², text care a fost preluat și de Codul Muncii prin art.233, legea fiind cea care stabilește condițiile și limitele exercitării acestui drept.

Prin grevă sunt apărute interesele sociale și economice, chiar dacă acesta este reglementată ca un drept³, este necesar ca acest drept să fie exercitat în conformitate cu legile din fiecare țară,⁴ așa cum reiese din prevederile Pactului Internațional referitor la drepturile economice, sociale și culturale, adoptat de Organizația Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966, semnat de România în 1968 și ratificat prin Decretul nr.212/1974, prin care țările semnatare au înțeles să asigure și ocrotirea intereselor economice, dreptul de a se afilia, precum și cel de a forma organizații sindicale.

Carta socială europeană adoptată la Strasbourg în 1996, ratificată de România prin Legea nr. 74/1999 stabilește dreptul lucrătorilor și al patronilor de a iniția acțiuni colective în cazul conflictelor de interese, inclusiv dreptul la grevă.

Pe aceeași linie a statuat și Comitetul pentru Libertatea Sindicală din cadrul Convenției Organizației Internaționale a muncii nr. 87 din 1948 privind libertatea sindicală și protecția dreptului sindical, potrivit căruia dreptul la grevă este un drept fundamental al lucrătorilor, mijloc de apărare a intereselor economice și sociale dar și un mijloc esențial prin care lucrătorii și organizațiile lor își pot promova interesele⁵ și își pot apăra interesele economice și sociale, chiar dacă dreptul la grevă nu a fost consacrat expres în Convenție.

2. Scurt Istoric

Greva este o instituție modernă care s-a dezvoltat și îmbunătățit în secolul al XX-lea, în primul rând datorită dezvoltării economice care a generat folosirea muncii salariate, extinderea acesteia, adoptarea unei legislații specifice care s-a adaptat nevoilor pieței muncii, intrând în rândul instituțiilor juridice ca un mijloc de presiune pentru revendicările salariaților, reprezentând în același timp faza finală a conflictului de muncă pentru apărarea intereselor colective cu caracter economic, profesional sau social⁶.

Chiar dacă acest drept a fost folosit cu precădere începând din secolul al XIX-lea, totuși forma de protest în sine, soldată cu încetarea muncii, este cunoscută din antichitate. Astfel, în Egiptul aflat sub conducerea lui Ramses al II-lea muncitorii necropolei regale care lucrau în Valea Regilor la construirea mormintelor faraonilor au declanșat încetarea lucrului, organizând prima grevă cunoscută în istorie datorită condițiilor grele de lucru⁷. Evenimentul a fost descris pe un papirus care se află la Torino.

Prima mare grevă a fost organizată la 1 Mai 1866, în SUA, la Chicago prin care s-a cerut reducerea timpului de lucru la 8 ore, dar care a fost sângeros reprimată, motiv pentru care mai târziu, în 1889 ziua de 1 Mai a fost proclamată zi a solidarității internaționale a muncitorilor.

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Avocat, Baroul București; avocat, Baroul București, e-mail: av.marianastan@gmail.com

¹ Beligrădeanu Șerban, Dreptul la grevă și exercitarea lui, Revista Dreptul nr.6/1990.

² Art. 43 Constituția României.

³ Raluca Dimitriu, Conflictele de muncă și soluționarea lor, Tribuna economică, București, 2006.

⁴ Art.8 din Pactului internațional referitor la drepturile economice, sociale și culturale, adoptat de Organizația Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966, semnat de România în 1968, rectificat prin Decretul nr.212/1974.

⁵ Alexandru Țiclea, *Organizația Internațională a Muncii și dreptul la grevă* în Revista română de dreptul muncii nr.8/2014

⁶ Art. 158 din Legea dialogului social nr.62/2011.

⁷ Greva a fost cunoscută sub denumirea de grevă a demnității

Prima grevă de pe teritoriul țării noastre a fost consemnată în anul 1733 în Banat, la Ciclova, iar în anul 1929 a avut loc greva minerilor din Lupeni declanșată datorită condițiilor de muncă, în timp ce în 1977 a avut loc greva minerilor din Valea Jiului care a fost considerată una dintre mișcările de protest cele mai ample din perioada comunistă, când a fost necesară prezența președintelui Ceaușescu pentru a negocia cu muncitorii nemulțumiți de condițiile de muncă și ca aceștia să înceteze greva.

În perioada 1944-1990 nu a existat nicio reglementare privind declanșarea sau desfășurarea unei greve. Dreptul la grevă a fost abrogat expres prin Codul Muncii din 1950.

După 1990, odată cu trecerea României la economia de piață, dreptul la grevă este recunoscut din nou ca un drept fundamental al salariaților, fiind în prezent consacrat în Constituția României și reglementat prin Codul Muncii și Legea dialogului social.

3. Definiție, declanșare și tipuri de grevă

Greva este instrumentul juridic prin care se exercită dreptul la grevă, iar potrivit Codului Muncii, greva constituie o încetare colectivă și voluntară a lucrului într-o unitate și poate fi declarată pe durata desfășurării conflictelor de muncă, însă doar dacă au fost epuizate, în prealabil, fără succes, modalitățile de soluționare a conflictului colectiv de muncă, numai după desfășurarea grevei de avertisment și dacă momentul declanșării acesteia a fost adus la cunoștința angajatorilor de către organizatori cu cel puțin două zile lucrătoare înainte⁸, acesta fiind ultima soluție pentru revendicările salariaților.

Dreptul la grevă se exercită în mod colectiv, chiar dacă acest drept aparține fiecărui lucrător în parte, iar declararea grevei intervine după ce a fost epuizată procedura prealabilă obligatorie, fiind considerată ultima soluție.

Dreptului la grevă este limitat legal pentru a se asigura starea normală de sănătate a populației, bunul mers al activităților economico-sociale și garantarea intereselor de ordin umanitar⁹.

Regula principală este soluționarea conflictelor de muncă pe cale pașnică pentru protejarea angajatorului, care nu trebuie să fie luat prin surprindere prin declararea unui conflict de muncă, legiuitorul dându-i posibilitatea de a lua măsuri pentru diminuarea pierderilor societății pe durata grevei, prejudicii atât pentru producătorul direct afectat, dar și pentru clienții acestuia, sau beneficiarii serviciilor.

Dreptul la grevă se exercită în limitele legale, doar cu scopul de apărare a intereselor profesionale, economice și sociale ale angajaților, orice alt scop fiind ilegal, inclusiv cel politic. Greva se declanșează, cu acordul a cel puțin jumătate din numărul membrilor organizațiilor sindicale în situația în care angajatorul refuză începerea negocierilor unui contract sau acord colectiv de muncă, dacă nu este încheiat un contract sau dacă cel anterior a încetat, în situația în care negocierea este obligatorie și unitatea are peste 20 de angajați, iar în lipsa acesteia prin solicitare scrisă de începere a negocierii din partea organizației sindicale reprezentative sau a reprezentanților angajaților, dacă angajatorul nu acceptă revendicările formulate de angajați sau dacă părțile nu ajung la o înțelegere privind încheierea unui contract colectiv de muncă până la data stabilită de comun acord pentru finalizarea negocierilor¹⁰.

Potrivit Codului Muncii, greva poate fi declarată dacă în prealabil, au fost epuizate posibilitățile de soluționare a conflictului colectiv de muncă prin procedurile obligatorii și numai după desfășurarea grevei de avertisment¹¹, după ce anterior declanșării acesteia a fost adus la cunoștință angajatorului, în scris hotărârea de a declara grevă¹², cu cel puțin două zile lucrătoare înainte, termen care constituie un preaviz, astfel încât greva să se desfășoare cu respectarea prevederilor legii referitoare la protejarea bunurilor angajatorului, a instalațiilor și utilajelor a căror oprire ar prezenta un pericol de deteriorare sau pentru viața oamenilor, dar și protejarea intereselor salariaților care nu vor să participe la grevă, având în vedere că există și drepturile celorlalți angajați de a nu participa la grevă, drept recunoscut oricărui angajat existând de asemenea și posibilitatea retragerii de la grevă sau de a refuza să adere la un conflict de muncă.

În practică, trebuie să se facă dovada epuizării tuturor posibilităților de soluționare a conflictului precum și dovada că declanșarea grevei a fost adusă la cunoștința conducerii angajatorului, în termenul prevăzut de lege¹³, dar și înscrisuri din care să rezulte că s-a adus la cunoștința conducerii instituției declanșarea grevei, în alt mod decât prin mențiunile efectuate în condica de prezență și în tabelele nominale despre declanșarea grevei puse la dispoziția instanței¹⁴.

⁸ Art. 181, Legea dialogului social nr.62/2011

⁹ Ion Traian Stefanescu, *Tratat teoretic și practice de dreptul muncii*, Universul Juridic, 2012.

¹⁰ Art.161, Codul Muncii.

¹¹ Art.182 din Legea dialogului social nr.62/2011.

¹² Art.183 din Legea dialogului social nr.62/2011.

¹³ Sentința civilă nr.5102/14.06.2010 pronunțată de Tribunalul București - Secția a VIII-a Conflicte de Muncă și Asigurări Sociale.

¹⁴ În speță este vorba de greva cadrelor didactice, care au pus la dispoziția instanței comunicatul de presă, instanța stabilind că acesta nu ține loc de înscris înregistrat la unitatea angajatoare în condițiile în care instanța a reținut că mai multe federații sindicale au trimis un comunicat de presă prin care anunțau că declanșează acțiuni de protest.

În situația amânării grevei, trebuie reluată toată procedura de declanșare a conflictelor colective de muncă.

Legal, singura etapă a cărei inițiere este obligatorie o constituie concilierea. Greva se poate declanșa fie după concilierea nereușită, fie după concilierea și medierea nereușite. Declanșarea grevei după arbitraj este exclusă, deoarece hotărârea de arbitraj este obligatorie pentru părți și pune capăt conflictului colectiv de muncă.

Legea dialogului social prevede că greva propriu-zisă poate fi declanșată, legal, numai dacă a avut loc o grevă de avertisment care nu poate avea o durată mai mare de două ore și care trebuie să preceadă cu cel puțin două zile lucrătoare greva propriu-zisă.

Legea dialogului social reglementează trei tipuri de grevă: de avertisment, de solidaritate și propriu-zise. Greva de avertisment precede mereu greva propriu-zisă cu cel puțin două zile lucrătoare și nu poate avea o durată mai mare de două ore,¹⁵ dacă se face cu încetarea lucrului, însă numărul grevelor de avertisment nu este limitat de legiuitor. Este o formulă de avertisment pentru declanșarea grevei propriu-zise, în situația în care nu sunt satisfăcute cerințele angajaților.

În legătură cu condițiile care trebuie îndeplinite de organizațiile sindicale în situația declarării grevei, fie de avertisment sau generală, există două condiții care se impune a fi îndeplinite cumulativ. Astfel, potrivit art.183 din Legea nr.62/2011, hotărârea de a declara greva se ia de către organizațiile sindicale reprezentative participante cu acordul scris a cel puțin jumătate din numărul membrilor sindicatelor respective, iar aceasta se comunică în scris angajatorului, în termenul prevăzut la art. 182, împreună cu tabelul conținând numele membrilor de sindicat care și-au exprimat acordul scris de a participa la grevă.

Fără înaintarea notificării de declarare a grevei, însoțită de dovada reprezentativității sindicatului și a tabelului de adeziune, cu numele membrilor de sindicat, împreună cu termenul stabilit de legiuitor la art.182, instanța de judecată poate să declare greva ca ilegală.

Instanța va verifica, înainte de a da cuvântul părților, îndeplinirea acestor condiții, și dacă va constata neîndeplinirea uneia dintre cele două, va declara ilegalitatea declanșării grevei.

Necesitatea acordului scris al salariaților pentru declararea grevei, este necesar întrucât salariații trebuie să se exprime în mod liber, neconstrânși, asupra modului de a-și exercita drepturile, dacă vor sau nu să participe la grevă, dar și pentru a se face dovada numărului lucrătorilor care participă la grevă din numărul total al membrilor, întrucât la acesta se va raporta instanța când va stabili că o grevă este sau nu legală.

Legea nu mai impune, în noua reglementare, ca votul să fie secret în cazul inexistenței sindicatului reprezentativ.

În lipsa acordului majorității salariaților liber exprimat declanșarea grevei nu este posibilă, iar încălcarea dreptului liber exprimat constituie infracțiune.

În același timp participarea la o grevă declanșată legal nu poate fi urmată de sancționarea disciplinară a salariaților sau a organizatorilor.¹⁶

Greva de solidaritate este declarată cu acordul a cel puțin jumătate din numărul membrilor pentru susținerea revendicărilor formulate de angajații din alte unități din același sector de activitate în situația în care cei din urmă au declarat deja grevă. Greva de solidaritate trebuie anunțată în scris conducerii unității cu cel puțin două zile lucrătoare înainte de data încetării lucrului.

În timpul grevei, organizatorii acesteia au obligația de a continua negocierile cu conducerea unitatii pentru soluționarii revendicărilor care formează obiectul conflictului colectiv de muncă.

4. Limitări ale exercitării dreptului la grevă

Legea dialogului social stabilește interdicții în declanșarea grevelor pentru anumite categorii de angajați. Astfel, conform art.202, interdicția îi vizează pe: procurori, judecători, personalul militar și personalul cu statut special din cadrul Ministerului Apărării Naționale, al Ministerului Administrației și Internelor, al Ministerului Justiției și din instituțiile și structurile din subordinea sau coordonarea acestora, inclusiv al Administrației Naționale a Penitenciarelor, al Serviciului Român de Informații, al Serviciului de Informații Externe, al Serviciului de Telecomunicații Speciale, personalul angajat de forțele armate străine staționate pe teritoriul României, transporturi aeriene, navale sau terestre aflate în misiune.

Totuși, au existat greve ale magistraților care s-au prezentat la ședințele de judecată, dar s-au abținut să judece cauzele de pe ordinea de zi, preferând să acorde un nou termen în cauzele aflate pe rolul instanțelor, în 2009, protestând în acest mod față de proiectul de salarii.

Anii 2016-2017 au fost marcați de acțiuni de protest ale sindicatelor din Administrația Națională a Penitenciarelor, ai căror membrii au încetat să mai facă ore suplimentare și au blocat activitatea din penitenciare, aceștia având totuși interdicție de a declanșa grevă, nemulțumirile sindicaliștilor referindu-se la **asigurarea unor condiții de muncă decente, datorită faptului că guvernul a refuzat să facă investiții pentru îmbunătățirea condițiilor de muncă, a blocat concursurile de ocupare a funcțiilor vacante și a adoptat legi care restrâng drepturile salariale și scad pensiile.**

¹⁵ Art.185 din Legea nr.62/2011.

¹⁶ Art.235 din Codul Muncii și art. 196 din Legea 62/2011.

În 2010, gardienii au protestat față de tăierile salariale din sistemul bugetar și au prezentat situația în care se află unii dintre ei și a faptului că din cauza dificultăților materiale sunt tot mai mulți cei care își pun capăt zilelor, situație care s-a îmbunătățit între timp, însă condițiile de muncă sunt similare cu condițiile în care sunt cazați deținuții, pentru care Statul Român este condamnat să plătească.

Personalul îmbarcat pe navele marinei comerciale sub pavilion românesc poate declara grevă numai cu respectarea normelor stabilite prin convenții internaționale la care România este parte.

În același timp, în unitățile sanitare, de telecomunicații, în transporturile pe căile ferate și transportul în comun, precum și în unitățile responsabile cu aprovizionarea populației cu gaze, energie electrică, caldură și apă, greva poate fi declarată dar cu condiția asigurării serviciilor la nu mai puțin de o treime din activitatea normală, iar angajații din unitățile sistemului energetic național, din unitățile operative de la sectoarele nucleare sau din cele cu foc continuu, pot declara grevă doar dacă se asigură cel puțin o treime din activitate, pentru a nu pune în pericol viața și sănătatea oamenilor și să asigure funcționarea instalațiilor în siguranță.

În prezent legea nu mai impune, așa cum era prevăzut în vechea reglementare, asigurarea serviciilor esențiale, ci doar a serviciilor care sunt în obiectul de activitate, în timp Constituția prin alin.2 al art. 43, face referire expresă la asigurarea serviciilor esențiale pentru societate.

De altfel, interdicția pentru militari și polițiști este în acord cu normele internaționale¹⁷, inclusiv Curtea Constituțională a statuat că interdicția exercitării grevei nu înseamnă imposibilitatea apărării drepturilor și intereselor profesionale și sociale, având la îndemână organizațiile precum Corpul Național al Polițiștilor, care folosesc mijloace de mediere fără a apela la grevă pentru rezolvarea conflictelor de muncă¹⁸, în condițiile în care funcțiile acestora sunt importante pentru asigurarea siguranței naționale, în primul rând.

Chiar și Convenția Organizației Internaționale a Muncii nr.87/1948 prevede determinarea de fiecare legislație națională asupra drepturilor militarilor și polițiștilor¹⁹.

5. Suspendarea și încetarea grevei

Greva poate fi suspendată amiabil²⁰, prin voința părților, pe perioada negocierilor pentru rezolvarea revendicărilor, iar dacă părțile ajung la un consens greva poate înceta definitiv și se va încheia contractul colectiv de muncă.

Greva mai poate fi suspendată legal pe durata în care revendicările formulate sunt supuse medierii și arbitrajului, dar în situația în care părțile nu se înțeleg greva se poate relua, fără parcurgerea etapelor procedurale preliminare.

Totuși, în situația arbitrajului, greva se suspendă doar în perioada efectuării procedurii și încetează prin hotărârea comisiei de arbitraj, care este obligatorie pentru părți, completează contractele colective de muncă și este executorie din momentul pronunțării²¹.

Greva încetează prin renunțare în situația în care mai mult de jumătate din numărul angajaților care au declanșat greva au renunțat la grevă. Renunțarea poate fi adusă la cunoștința angajatorului în scris sau chiar în instanță cu ocazia soluționării cererii de suspendare a grevei²².

De asemenea, reluarea activității de către salariați, fără a anunța în scris constituie o încetare a grevei.

Greva mai poate înceta cu ocazia desfășurării negocierilor revendicărilor, iar în situația în care se ajunge la un acord cu conducerea unității.

O altă modalitate de încetare a grevei este situația în care angajatorul formulează la instanță cerere pentru încetarea grevei, pe care o consideră ilegală, iar acesta stabilește prin hotărâre judecătorească ilegalitatea declanșării grevei.

Greva mai încetează și prin hotărârea comisiei de arbitraj, care este obligatorie și executorie.

¹⁷ Ovidiu Macovei, *Aspecte privind interdicția dreptului la grevă pentru polițiști*, în Revista română de dreptul muncii nr.2/2008.

¹⁸ Decizia Curții Constituționale nr.1225/2007.

¹⁹ Convenția Organizației Internaționale a Muncii nr.87/1948 privind libertatea sindicală și protecția dreptului sindical.

²⁰ Art.197 alin.3 din Legea dialogului social nr.62/2011.

²¹ Art.179 din Legea dialogului social nr.62/2011.

²² Decizia nr.747/1996 a Curții Supreme de Justiție.

EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII CONTRACTULUI DE UCENICIE LA LOCUL DE MUNCĂ*

Anca-Verginica LĂCRARU*

Abstract : *The apprenticeship at the workplace began to be regulated at the legislative level since 1884, successively until 2005. Throughout the legislative changes the parties to the apprenticeship contract have experienced various changes during the evolution of legislation, from employer and student to apprentice and apprentice. Also, the minimum age a person had to have to be able to work as an apprentice ran from 11 to 16. However, in general, the components of apprenticeship (work combined with vocational training), the rights and obligations of the parties to the apprenticeship contract, have always been the same, even though the conditions of exercise have changed over the years, adapting to the new changes at the social level.*

Key-words: *apprenticeship contract; legislative evolution; patron/employer; student/ journeyman/apprentice.*

Prima reglementare legislativă

Privind retrospectiv reglementarea uceniciei la locul de muncă, observăm că ucenicia în țara noastră cunoaște primele prevederi normative¹ în Legea nr. XVII, numită și Codul industriei, aplicabilă în Transilvania în anul 1884, lege care cuprindea și câteva dispoziții cu privire la contractul de ucenicie, ocupându-se de pregătirea ucenicilor, cursurile profesionale fiind obligatorii.

Legea pentru organizarea meseriilor din 5 martie 1902

La începutul secolului XX, odată cu adoptarea Legii pentru organizarea meseriilor din 5 martie 1902, denumită și Legea Missir, sunt reglementate și raporturile dintre patroni, elevi și lucrători.

Potrivit Capitolului II al acestei legi, un tânăr putea intra, cu plată sau fără plată la un patron pentru învățarea unei meserii de la vârsta de 12 ani², perioada de ucenicie dura între 3 și 5 ani, iar la sfârșit patronul era obligat să dea elevului o dovadă pentru perioada cât a învățat meseria. Contractul dintre elevi, lucrători și patroni era supus obligatoriu unei perioade de probă, denumită „termen de încercare”, de o lună pentru elevi și de 15 zile pentru lucrători. Elevul (ucenicul) era supus disciplinei părintești a patronului sau a lucrătorului pe lângă care învăța meserie. În ceea ce privește timpul de lucru (de formare profesională), elevii care nu aveau vârsta de 14 ani împliniți nu puteau fi obligați să lucreze mai mult de 8 ore pe zi, iar cei cu vârsta între 14-16 ani nu puteau fi obligați să lucreze mai mult de 10 ore zilnic, timp în care erau incluse și orele de școală. Acest timp de lucru nu se putea realiza continuu, ci întrerupt, cu o perioadă de repaus de cel puțin o oră. Ulterior promovării perioadei de ucenicie de 3 sau 5 ani, după caz, elevul dobânda calitatea de lucrător față de patron.

Legea meseriilor din 1902 prevedea expres și cazurile în care patronul sau ucenicul putea rezilia contractul. Astfel, patronul avea dreptul să înceteze contractul cu elevul după trecerea unui termen de 15 zile în următoarele situații: elevul nu își îndeplinea îndatoririle impuse prin lege sau stabilite prin contract; elevul era incapabil să învețe meseria; elevul se îmbolnăvea de o boală care dura mai mult de două luni; ori patronul dorea să înceteze exercițiul activității sale. În acest din urmă caz însă, patronul era dator să îl despăgubească pe elev cu cheltuielile efectuate de acesta din urmă, până la încheierea unui nou contract cu un alt patron.

La rândul său, elevul sau reprezentatul său legal putea rezilia fie imediat contractul atunci când: patronul abuza de dreptul său de disciplină părintească, patronul comitea acte imorale sau pedepsite de lege împotriva elevului, ori atunci când viața sau sănătatea elevului ar fi fost compromisă dacă ar fi continuat lucrul; fie cu un praviz de 15 zile în cazurile în care: patronul nu își îndeplinea datoriile pe care legea sau contractul i le impunea față de elev, patronul s-a mutat cu meseria sa în altă localitate, patronul se îmbolnăvea de o boală care dura mai mult de două luni și nu își pune un locțiitor, patronul era declarat în stare de faliment, ori elevul dorea să îmbrățișeze o altă meserie sau o altă carieră.

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Avocat, Baroul București; e-mail: anca.aldescu@yahoo.com

¹ Țop D., *Unele considerații teoretice privind contractul de ucenicie la locul de muncă*, în Pandectele Române nr. 5/31.10.2005, p. 204-205.

² În meseriile însă care puteau fi vătămătoare sănătății sau nepotrivite pentru forțele fizice ale copiilor, aceștia nu puteau fi primiți ca elevi decât de la 14 ani împliniți. (Art. 16 alin. 3 din Legea din 5 martie 1902 pentru organizarea meseriilor).

Încă de pe atunci legea recunoștea posibilitatea obținerii unei meserii și de către un străin cu condiția să dovedească că există în țara străină dreptul la reciprocitate pentru români sau să obțină autorizația prealabilă de la Camera de Comerț și Industrie. În toate cazurile, nu se putea deroga sub nicio formă de la Convențiile internaționale în această materie.

Prin urmare, Legea pentru organizarea meseriilor din 5 martie 1902 este primul act normativ care creionează detaliat raportul dintre patron (angajator) și elev (ucenic), precum și regulile aplicabile acestui raport, reguli care se vor regăsi în toate textele normative ulterioare de reglementare. În viziunea acestei legi, pentru a dobândi calitatea de ucenic trebuia să ai vârsta de 12 ani împliniți, iar timp de 3 sau 5 ani, după caz, să fii supus disciplinei părintești a patronului sau a lucrătorului pe lângă care se învăța meserie.

Legea pentru organizarea meseriilor, creditului și asigurărilor sociale din 27 ianuarie 1912

Următoarea reglementare a contractului de ucenicie apare în anul 1912 când a fost elaborată Legea pentru organizarea meseriilor, creditului și asigurărilor sociale din 27 ianuarie 1912, denumită și Legea Nenițescu, care a dat o nouă organizare învățământului meseriilor.

În viziunea acestei legi puteau deține calitatea de ucenic, sub ascultarea și cârmuirea părintească a patronului, tinerii care aveau împlinită vârsta de 11 ani. După trecerea perioadei de ucenicie de cel puțin 3 și de cel mult 5 ani, ucenicul ajungea călfiță sau practicant sau simbriaș pe timp de unul sau doi ani. Dacă ucenicul și-a făcut toată învățătura la un singur patron, termenul de călfiță era de un an; iar dacă a schimbat doi sau mai mulți patroni, acest termen se prelungea la doi ani. La, fel ca în veche reglementare, contractele dintre ucenici, călfițe, lucrători, muncitori, calfe, meșteri și patroni erau suspendate obligatoriu unui timp de încercare de o lună pentru ucenici și călfițe și de 15 zile pentru ceilalți.

În ceea ce privește drepturile și obligațiile dintre părți, dacă în cazul ucenicilor, călfițelor, calfelor și muncitorilor sau lucrătorilor, drepturile și obligațiile acestora față de patron se schimbă după împlinirea vârstei de 18 ani, în drepturile și îndatoririle dintre calfă și patron, în cazul patronului însă obligațiile sala legat de învățătura meșteșugului, rămân aceleași, chiar dacă ucenicul, călfiță calfa, muncitorul sau lucrătorul are o vârstă mai mare de 18 ani.

Referitor la timpul de formare profesională, persoanele cu vârsta între 11 și 15 ani nu pot fi obligate să lucreze în fabrici, întreprinderi industriale sau ateliere, mai mult de 8 ore pe zi; iar persoanele cu vârsta între 15 și 18 ani nu pot fi obligate să lucreze peste 10 ore pe zi. De asemenea, timpul de muncă nu se realiza continuu, ci munca trebuia întreruptă în cursul zilei cu cel puțin o oră pentru odihnă.

Contractul de ucenic sau de călfiță putea fi desfăcut oricând de către patron dacă: în urma plângerii patronului, președintele breslei constata că ucenicul nu poate învăța meșteșugul; ucenicul insulta sau lovea pe patron sau pe oricine din familia patronului sau ucenicul era atins de o boală molipsitoare. Patronul putea desface contractul de ucenic sau călfiță, cu o înștiințare de 15 zile dacă: ucenicul sau călfiță era bolnav mai mult de două luni sau meșterul înceta exercițiul meseriei sale, dator fiind în acest caz a despăgubi pe ucenic sau călfiță de cheltuielile pricinuite prin intrarea lui la alt patron.

Ucenicul, călfița, părinții sau cei care îl îngrijesc puteau oricând desface contractul de ucenic sau călfiță atunci când: patronul abuza de dreptul său de putere părintească; patronul sau cineva din ai casei sau atelierului săvârșeau acte imorale asupra ucenicului sau călfiței sau sănătatea ucenicului ori călfiței era amenințată prin continuarea lucrului. Totodată, aceștia puteau desface contractul cu o înștiințare premergătoare de 15 zile, în cazurile în care: patronul nu-și îndeplinea îndatoririle legale și contractuale față de ucenic; patronul cădea în stare de faliment, în acest caz și judecătorul sindic putea desface contractul de ucenic sau călfiță; patronul își strămuta atelierul în altă localitate sau patronul era atins de o boală care ține mai mult de o lună, sau de o boală molipsitoare, și nu avea înlocuitor.

Și această lege prevedea posibilitatea ca străinii să poată exercita în România o meserie dacă și românii se bucurau de aceleași drepturi în statul de care aparțineau acei străini. În schimb, străinii care nu se bucurau de nicio protecție erau scutiți de această dovadă.

Spre deosebire de reglementarea anterioară, legea din 1912 a adus îmbunătățiri în reglementarea raporturilor dintre patroni și ucenici, prevăzând expres obligațiile ucenicului și pe cele ale patronului³, a scăzut vârsta minimă pentru ucenici de la 12 la 11 ani, a adus și o nouă denumire ucenicului, aceea de călfiță și a prevăzut pentru prima dată cazurile de încetare de drept a contractului de ucenicie.

Legea asupra contractelor de muncă din data de 5 aprilie 1929, modificată în 1932

În anul 1929 se publică în Monitorul Oficial nr. 88 din data de 5 aprilie 1929 Legea asupra contractelor de muncă, modificată în 1932, care reglementa în mod distinct, în titlul I, art. 1-36, contractul de ucenicie, dând o reglementare mai amplă condițiilor în care se putea încheia acest contract, drepturile și obligațiile părților, precum și sancțiunile ce se aplicau în cazul încălcării contractului încheiat⁴.

³ Top D., *op. cit.*, p. 204.

⁴ *Ibidem*, p. 204.

Pentru prima dată în istoria reglementării contractului de ucenicie, Legea asupra contractelor de muncă, îi oferă acestuia, în art. 1, o definiție, considerându-l ca fiind: „convenția prin care o persoană fizică sau juridică, din ramura industrială sau comercială, denumită patron, se obligă să dea în chip metodic unei alte persoane, denumită ucenic (ucenicul propriu zis din industrie, elevul sau practicantul din comerț), o pregătire profesională practică și pe cât cu putință teoretică, în schimbul muncii, ce acesta din urmă este obligat să presteze în timpul și condițiile convenite.”

Conform art. 5 din lege, pentru ca cineva să poată fi primit ca ucenic, trebuia să îndeplinească condițiile de vârstă și sănătate prevăzute la Cap. II (art. 5-8) din Legea pentru ocrotirea muncii minorilor și femeilor, promulgată cu nr. 1048 din 9 Aprilie 1928.

Legea „pentru ocrotirea muncii minorilor și femeilor și durata muncii” din 1928, deși prevedea că în industrie și comerț nu puteau fi folosiți minorii decât de la vârsta de 14 ani, totuși admitea folosirea minorilor începând de la 12 ani. Apoi, deși prin art. 9 din aceeași lege se prevedea că muncă de noapte este interzisă tinerilor sub 18 ani, totuși aceasta era admisă în minele de cărbuni și lignit, celor în vârstă de 16-18 ani⁵.

În noua viziune normativă din Legea asupra contractelor de muncă din 1929, durata contractului de ucenicie nu putea fi mai mare de 4 ani, chiar și atunci când părțile ar fi prevăzut contrariul. Totodată termenul de încercare nu mai este unul fix, ci a fost lăsat la latitudinea părților, neputând depăși însă o durată de 4 luni, termenul de încercare fiind inclus în durata uceniei.

Astfel, prin această lege s-a menținut vârsta minimă la care se putea dobândi calitatea de ucenic la 12 ani împliniți, s-a limitat durata contractului la maxim 4 ani, iar denumirea persoanei care urma o pregătire profesională practică și pe cât cu putință teoretică, devine cea folosită până în prezent, aceea de ucenic.

Codul muncii din 8 iunie 1950

Următoarea lege care reglementează contractul de ucenicie, din păcate foarte vag, este primul Cod al muncii adoptat în țara noastră, din 8 iunie 1950⁶, care a încercat să fie o lege cadru a raporturilor de muncă. Acest cod cuprindea dispoziții cu privire la ucenici în Capitolul X, art. 78-83 și definea ucenicii ca fiind persoanele care învață o meserie în școli profesionale și ateliere, precum și aceia care își însușesc individual o meserie lucrând în producție sub conducerea unor persoane calificate. Dispozițiile privind pregătirea profesională a ucenicilor, planul general de pregătire a ucenicilor, drepturile și îndatoririle ucenicilor, precum și ale acelor care-i angajează, controlul și supravegherea aplicării măsurilor de ocrotire prevăzute de lege pentru ucenici au fost lăsate însă în seama reglementării la nivel de ministere.

Acest cod din păcate, fiind foarte eliptic în reglementare, nu a adus niciun plus raportului angajator-ucenic.

Legea nr. 13/1968⁷ cu privire la exercitarea meseriilor de către meșteșugari în ateliere proprii

La 16 ani de la adoptarea primului cod al muncii, pregătirea ucenicilor în ateliere aparținând meșteșugarilor individuali a fost reglementată prin Legea nr. 13/1968⁸ cu privire la exercitarea meseriilor de către meșteșugari în ateliere proprii, precum și prin instrucțiunile nr. 170013/1971⁹, emise în aplicarea legii. Aceste acte normative cuprindeau prevederi generale privind conținutul contractului de ucenicie, drepturile și obligațiile părților.

Astfel, în conformitate cu art. 6 din Legea nr. 13/1968, meșteșugarii aveau dreptul să pregătească ucenici, care se bucurau de toate drepturile și aveau toate obligațiile prevăzute în dispozițiile legale referitoare la ucenicia la locul de muncă - ce li se aplicau în mod corespunzător - precum și în contractul de ucenicie. În contractul de ucenicie se prevedea și perioada în care cei care au făcut ucenicia în atelierele meșteșugarilor pot lucra ca angajați după terminarea uceniei în aceste ateliere, această perioadă neputând depăși 3 ani. Numărul ucenicilor care puteau fi pregătiți în același timp de meșteșugari în atelierele lor și, totodată, numărul ucenicilor care aveau posibilitatea de a lucra în atelier după terminarea uceniei era de 1-3 persoane, în raport de specificul meseriei și mărimea atelierului. Salarizarea ucenicilor era stabilită luând drept bază de calcul elementele de remunerare a muncii aplicabile în cooperativele de producție meșteșugărească la lucrări similare. Școlarizarea ucenicilor în atelierele meșteșugarilor se asigura prin formele de învățământ prevăzute de dispozițiile legale referitoare la ucenicie, iar probele practice necesare obținerii certificatului de muncitor calificat se susțineau în fața comisiilor care examinau și pe ucenicii pregătiți în unitățile cooperatiei meșteșugărești.

Conform Instrucțiunii nr. 170013/1971, puteau fi ucenici la meșteșugarul cu atelier propriu tinerii absolvenți ai școlii generale în vârstă de până la 18 ani împliniți în cursul anului în care are loc încheierea contractului de ucenicie. Odată dobândită, calitatea de ucenic îi conferea acestuia o serie de obligații, precum: să-și însușească temeinic meseria pentru care se pregătesc, în timpul fixat; să respecte programul de lucru fixat de meșteșugar, să fie disciplinați, corecți și respectuoși; să execute cu conștiinciozitate lucrările ce li se repartizează; să păstreze în bune condiții sculele,

⁵ Ionescu D., Tuțui Gh., Matei Gh., *Dezvoltarea constituțională a statului român*, Editura științifică, București, 1957, p. 257.

⁶ *Legea nr. 3/1950, publicată în Buletinul Oficial nr. 50 din 8 iunie 1950.*

⁷ Publicată în Buletinul Oficial, nr. 64 din 15 mai 1968.

⁸ Publicată în Buletinul Oficial, nr. 64 din 15 mai 1968.

⁹ Publicate în Buletinul Oficial, nr. 24 din 23 februarie 1971.

materialele, utilajele și alte bunuri din atelierul meșteșugarului sau care le sunt încredințate; să urmeze cu regularitate cursurile de pregătire teoretică la care sunt înscriși, dându-și toată silința pentru a-și însuși cunoștințele ce se predau și să lucreze, după terminarea uceniciei, la același meșteșugar, ca angajat, timpul convenit prin contractul de ucenicie. Nerespectarea acestor obligații putea duce chiar la încetarea contractului de ucenicie.

Iată că în viziunea legiuitorului de la nivelul anilor 1971 limita minimă de vârstă pentru a fi ucenic a crescut considerabil la 18 ani împliniți și deși se vorbește despre deprinderea unui meșteșug, în realitate este vorba tot despre învățarea unei meserii.

Codul muncii din 23 noiembrie 1972

O reglementare mai nuanțată a contractului de ucenicie o găsim în Codul muncii adoptat în anul 1972, care în art. 160 alin. (1) arată următoarele: „calificarea profesională prin ucenicie al locul de muncă se face pe baza contractului de ucenicie și se realizează prin pregătire practică desfășurată în unități de producție sau de servire a populației și prin pregătire teoretică”. În perioada pregătirii, ucenicii primeau burse sau indemnizații pentru munca prestată în producție și alte drepturi prevăzute de lege, beneficiind gratuit de manuale școlare, materiale de studiu și de vacanțe școlare. Ei beneficiau, de asemenea, în toată perioada uceniciei de echipament de protecție, de ajutoare materiale în cadrul asigurărilor sociale, de asistență medicală și medicamente în mod gratuit.¹⁰ Ca formă de pregătire profesională, ucenicia la locul de muncă a fost prevăzută și în art. 189 din Legea nr. 28/1978¹¹ privind educația și învățământul.

Ucenicia ca modalitate de formare profesională inițială se putea realiza prin: școli de ucenicie, de sine stătătoare sau încorporate unor școli profesionale, sau ucenicie la locul de muncă.

În Codul muncii din 1972 vârsta minimă a scăzut din nou și s-a oprit de această dată la 14 ani împliniți, iar în ceea ce privește celelalte aspecte ale contractului de ucenicie, acest cod cuprinde referiri mai mult decât sumare.

Codul muncii din 5 februarie 2003¹²

Această lege s-a ocupat de contractul de ucenicie, în titlul 7, capitolul 3 al Codului muncii și s-a străduit să acopere posibilitatea organizării efective a uceniciei la locul de muncă, situație care nu era posibilă prin prisma reglementării din art. 160 din vechiul Cod al muncii, cu toate încercările de revigorare a acestui text după 1990, în principal prin Legea nr. 84/1995¹³, a învățământului, care consacra posibilitatea organizării uceniciei la locul de muncă și a Ordonanței Guvernului nr. 129/2000¹⁴ privind formarea profesională a adulților.¹⁵

Astfel, art. 205 alin. (1) din Codul muncii definea contractul de ucenicie la locul de muncă ca fiind contractul individual de muncă de tip particular, în temeiul căruia angajatorul persoană juridică sau persoană fizică se obligă ca, în afara plății unui salariu, să asigure ucenicului formarea profesională într-o anumită meserie iar ucenicul se obligă să urmeze cursurile de formare profesională și să muncească în subordinea angajatorului respectiv.¹⁶

Contractul de ucenicie, ca modalitate de pregătire profesională s-a bucurat de o mai mare atenție, în condițiile modificării și completării Codului muncii prin OUG nr. 65/2005¹⁷. Articolul 205 a căpătat următorul cuprins: „Ucenicia la locul de muncă se organizează în baza contractului de ucenicie.

Contractul de ucenicie la locul de muncă este contractul individual de muncă de tip particular, în temeiul căruia: a) angajatorul persoană juridică sau persoană fizică se obligă ca, în afara plății unui salariu, să asigure formarea profesională a ucenicului, într-o meserie potrivit domeniului său de activitate; b) ucenicul se obligă să se formeze profesional și să muncească în subordinea angajatorului respectiv. Contractul de ucenicie la locul de muncă se încheie pe durată determinată.”

Neprecizându-se durata maximă posibilă, în reglementarea Codului muncii, pentru contractul de ucenicie la locul de muncă, s-a spus¹⁸ că s-a estompat și mai mult diferențierea sa față de contractele speciale de formare profesională organizată de angajator, contracte de calificare sau de adaptare profesională.

Au fost abrogate expres și dispozițiile articolelor 210, 211, 212 privind conținutul contractului de ucenicie, maistrul de ucenicie și verificarea la care urma fi supus ucenicul. Prin abrogarea unei întregi serii de texte legale referitoare la contractul de ucenicie la locul de muncă, legiuitorul a accentuat concepția originară care a stat la baza elaborării Codului muncii, respectiv contractul colectiv de muncă și contractul de ucenicie să fie reglementate prin Cod doar la nivel de lege-cadru¹⁹.

¹⁰ Top D., *op. cit.*, p. 205.

¹¹ Publicată în Buletinul Oficial nr. 113 din 26 decembrie 1978.

¹² Legea nr. 53/2003, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 75 din 5 februarie 2003.

¹³ Republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 606 din 10 octombrie 1999.

¹⁴ Republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 711 din 30 septembrie 2002.

¹⁵ Top D., *Idem*, p. 205.

¹⁶ *Ibidem*, p. 205.

¹⁷ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 576 din 5 iulie 2005.

¹⁸ Ștefănescu I. T., *Modificările Codului muncii, comentate*, Editura Lumina Lex, București, 2005, p. 107.

¹⁹ Beligrădeanu Ș., Ștefănescu I. T., *Considerații critice referitoare la proiectul noului Cod al muncii*, în Revista română de dreptul muncii, nr. 1/2002, p. 9-21.

Așa cum justificat s-a apreciat în doctrină²⁰ se impun, în continuare o serie de clarificări în viitoarea lege cu privire la contractul de ucenicie la locul de muncă pentru a nu se crea confuzii cu alte contracte de formare profesională, cum ar fi contractul de calificare profesională, cât și a reglementării exprese a posibilității prelungirii exprese a contractului de ucenicie până la durata maximă în cazul insuccesului profesional al ucenicului pe parcursul pregătirii sale²¹.

Ultima reglementare

În prezent, încheierea, executarea, modificarea, suspendarea și încetarea contractului de ucenicie se fac în condițiile respectării reglementărilor din Legea nr. 53 din 24 ianuarie 2003 privind Codul Muncii - Republicată²² (Titlul VI: Formarea profesională, Capitolul III: Contractul de ucenicie la locul de muncă, art. 208 -210), iar organizarea, desfășurarea și controlul activității de ucenicie sunt reglementate prin Legea specială nr. 279 din 5 octombrie 2005 privind ucenicia la locul de muncă – Republicată, cu modificările și completările ulterioare²³ și prin Hotărârea Guvernului nr. 855 din 6 noiembrie 2013 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Legii nr. 279/2005 privind ucenicia la locul de muncă²⁴.

Conform art. 208 alin. (2) din Codul muncii și art. 6 alin. (1) din Legea nr. 279/2005, contractul de ucenicie la locul de muncă este contractul individual de muncă de tip particular, în temeiul căruia angajatorul persoană juridică sau persoană fizică se obligă ca, în afara plății unui salariu, să asigure formarea profesională a ucenicului într-o meserie potrivit domeniului său de activitate, iar ucenicul se obligă să se formeze profesional și să muncească în subordinea angajatorului respectiv.

Contractul de ucenicie la locul de muncă se încheie pe o durată determinată – stabilită în funcție de nivelul de calificare pentru care urmează să se pregătească ucenicul și care nu poate fi mai mică de 12 luni (în cazul în care contractul de ucenicie se încheie pentru dobândirea competențelor corespunzătoare unei calificări de nivel 2), de 24 de luni (în cazul în care contractul de ucenicie se încheie pentru dobândirea competențelor corespunzătoare unei calificări de nivel 3), de 36 de luni (în cazul în care contractul de ucenicie se încheie pentru dobândirea competențelor corespunzătoare unei calificări de nivel 4). Art. 9 alin. (2) din Legea nr. 279/2005 statornește că ucenicul poate fi supus unei perioade de probă care nu va depăși 30 de zile lucrătoare (fără o diferențiere legală în funcție de durata contractului de ucenicie).²⁵ Durata timpului de muncă este de 8 ore pe zi și 40 de ore pe săptămână, iar în cazul tinerilor cu vârsta între 16 - 18 ani, durata timpului de muncă este de 6 ore pe zi și 30 de ore pe săptămână²⁶.

În prezent poate dobândi statutul juridic de „ucenic”, potrivit art. 7 alin. (1) din Legea nr. 279/2005, persoana fizică încadrată în baza unui contract de ucenicie care întrunește cumulativ următoarele condiții²⁷: a împlinit vârsta de 16 ani; face demersuri pentru a-și găsi un loc de muncă, prin mijloace proprii sau prin înregistrare la agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își are domiciliul sau, după caz, reședința ori la alt furnizor de servicii de ocupare, acreditat în condițiile legii; nu are calificare pentru ocupația în care se organizează ucenicia la locul de muncă; și îndeplinește condițiile de acces la formare profesională prin ucenicie la locul de muncă, pe niveluri de calificare, conform prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 129/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare²⁸.

Dacă îndeplinesc aceste condiții, se pot încadra în muncă în calitate de ucenici și cetățenii străini, precum și apatrizii care au obținut permis de muncă în România, conform reglementărilor legale în vigoare, dar și cetățenii statelor membre ale Uniunii Europene, ai statelor semnatare ale Acordului privind Spațiul Economic European și membrii de familie ai acestora²⁹.

Evaluarea finală a pregătirii ucenicului, organizată de angajator, coincide cu momentul epuizării efectelor pe care le conferă statutul de ucenic, a drepturilor și obligațiilor reciproce ale părților asumate prin semnarea contractului de ucenicie la locul de muncă.

După terminarea perioadei de ucenicie, dacă ucenicul dorește să rămână la angajator, acesta poate opta la încheierea contractului de ucenicie, potrivit art. 10 alin. 2 din Legea nr. 279/2005 ca, la încetarea acestuia, activitatea să poată continua prin încheierea unui contract individual de muncă pentru exercitarea ocupației în care ucenicul va fi calificat, caz în care calitatea de ucenic și implicit statutul, va fi înlocuit de cel de salariat.

²⁰ Ștefănescu I. T., *Tratat de dreptul muncii*, Editura Lumina Lex, vol. I, București, 2003, p. 268.

²¹ Țop D., *Opinii în legătură cu reglementarea contractului de ucenicie în proiectul noului cod al muncii*, în *Revista română de dreptul muncii*, nr. 2/2002, p. 26.

²² Publicat în Monitorul Oficial al României, cu numărul 345 din data de 18 mai 2011.

²³ Publicată în Monitorul Oficial al României, al României cu numărul 498 din data de 7 august 2013.

²⁴ Publicată în Monitorul Oficial al României, cu numărul 705 din data de 18 noiembrie 2013.

²⁵ Ștefănescu I. T., *Tratat teoretic și practic de drept al muncii, Ediția a IV-a, revăzută și adăugită*, Editura Universul juridic, București, 2017, p. 595.

²⁶ Art. 9 alin. (6) din Legea nr. 279/2005.

²⁷ Ștefănescu I. T., *Dicționar de dreptul muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 121.

²⁸ Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 110 din data de 13 februarie 2014.

²⁹ Art. 7 alin. (2) din Legea nr. 279/2005.

Diferența dintre statutul de salariat și cel de ucenic este dată chiar de natura prestațiilor angajatului. Dacă la contractul individual de muncă salariatul prestează muncă pentru și sub autoritatea angajatorului, la contractul de ucenicie, ucenicul se obligă să se formeze profesional și să muncească în subordinea angajatorului respectiv.

Din istoricul reglementării contractului de ucenicie observăm că în toate legile era obligatorie încheierea contractului în formă scrisă, ucenicul era întotdeauna sub ocrotirea și subordonarea angajatorului, iar vârsta minimă era o condiție obligatorie.

O comparație a legilor anterioare cu reglementările în materia dreptului muncii din prezent nu poate decât să sublinieze existența unei realități sociale complet diferite în România anilor 1884-2018, pornind de la vârsta minimă de la care un minor putea începe munca și terminând cu stricte condiții, în special în ceea ce privea durata zilei de muncă.³⁰ Cu toate acestea, observăm cu ușurință că cea mai complexă reglementare la nivel legislativ a contractului de ucenicie la locul de muncă, deși pe alocuri insuficientă, este cea actuală.

³⁰ Gheorghieș Ș., *Legislația muncii în România anilor 1859-1918*, Articol publicat pe site-ul www.blog.wolterskluwer.ro la data de 1 noiembrie 2012, accesibil publicului la următorul link: <https://blog.wolterskluwer.ro/legislatia-muncii-in-romania-anilor-1859-1918/>.

PRINCIPIUL CONSENSUALISMULUI ȘI REGLEMENTAREA CONTRACTULUI DE MUNCĂ ÎN DREPTUL ROMÂN

Dan ȚOP*, Lavinia SAVU**

Abstract: *Although not explicitly expressive in the Civil Code from 1864, the existence of the principle of consensualism has not been questioned, being present in the first regulations of the individual labour contract in our country. The regulation of the individual labour contract did not have adequate legislative provisions at the beginning of the 20th century, it was rather regulated by the provisions of art. 1470, 1471 and 1472 of the Civil Code. The 1929 labour contract law involved consensualism as a rule with regard to the individual labour contract. The consensual character was also preserved by the Labour Code of 1950 or 1972. Even though the 2003 Labour Code provided the written form for the conclusion of the individual labour contract, the consensual character was not at all mitigated, the written form being required only ad probationem. The regulation of the written form as a condition for the validity of the individual labour contract as a result of the amendment of the Labour Code in 2011 led to the mitigation until the consensual character of the individual labour contract, the return to functioning of the principle of consensualism as a fundamental principle of labour law being again enshrined as a result of the changes in 2017.*

Keywords: *consensualism; individual employment contract; Labour Code; written form*

Principiul consensualismului reprezintă regula de drept potrivit căreia simpla manifestare de voință este nu numai necesară, ci și suficientă pentru ca actul juridic civil să ia naștere în mod valabil sub aspectul formei care îmbracă manifestarea de voință făcută în scopul de a produce efecte juridice¹.

Acest principiu este menit să concretizeze „principiul libertății actelor juridice care iau naștere în procesul desfășurării muncii, în sensul că părțile raportului juridic de muncă, pot să dea actului pe care îl încheie conținutul voit de ele, de a stabili regulile după care se vor conduce în derularea contractelor de muncă, fără îndeplinirea nici unei formalități, fiind suficient acordul de voință, exprimat desigur în condițiile generale de valabilitate ale consimțământului la încheierea actelor juridice”².

Deși neconsacrat expres cu caracter general în Codul civil de la 1864, existența sa nu a fost pusă la îndoială, fiind prezent și în primele reglementări ale contractului individual de muncă din țara noastră.

Reglementarea contractului individual de muncă nu a cunoscut prevederi corespunzătoare legislative la începutul secolului XX, el era mai degrabă reglementat de dispozițiile art. 1470, 1471 și 1472 din Codul civil³, ceea ce a dus la concluzia că „în dreptul românesc, contractul individual de muncă își are originea în contractul de locațiune de servicii”⁴.

Potrivit art. 1470 din Codul civil de la 1864 se considera că există trei modalități de locațiunii a lucrărilor, prima fiind „aceea prin care persoanele se obligă a pune lucrările lor în serviciul altora”, iar în art. 1471⁵ se arăta că „nimeni nu poate pune în serviciul altui lucrările sale decât pentru o întreprindere determinată sau pe un timp mărginit”.

Prevederile art. 1472 Cod civil menționau că „patronul se crede pe cuvântul său: pentru câtimea salariului; pentru plata salariului anului expirat și pentru acouturile date pe anul curgător”, text implicit abrogat prin art. 43 al Legii asupra contractelor de muncă - promulgată prin Decretul nr. 990 din 1929⁶.

Aceste prevederi subliniau, fără a face referire expres, caracterul consensual al unui asemenea contract, întrucât nu prevedeau nici o condiție de formă în privința încheierii sale, deoarece „în dreptul român — ca de altfel și în dreptul altor state —, la baza încheierii actelor juridice se afla principiul consensualismului, părțile având — de regulă — deplina libertate de a alege forma actelor juridice”⁷.

Nici Legea din 1912 privind organizarea meseriilor, creditului și asigurărilor muncitorești nu reglementa contractul individual de muncă, prestarea muncii făcându-se în baza prezentării unei cărți de calfă sau de lucrător.

Cu privire la forma scrisă s-a subliniat că „în concepția inițială a legiuitorului român de dreptul muncii, această obligație era doar ad probationem...astfel, timp de aproape 100 de ani, începând cu primul Cod al muncii din 1912,

* Prof.univ.dr. , Universitatea "Valahia" din Târgoviște; e-mail: top.dan@gmail.com

** Lector univ. (drd.) , Universitatea "Valahia" din Târgoviște; e-mail: laviniasavu68@yahoo.com

¹ Gabriel Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura ALL Beck, București, 2001

² Dan Țop, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, p. 78

³ Ștefan Gheorghies, *Legislația muncii în România anilor 1859-1918*, <https://blog.wolterskluwer.ro>

⁴ Luminița Dima, *Dreptul muncii. Curs universitar*, editura CHBeck, București, 2017, p. 27

⁵ Abrogat începând cu data de 1 octombrie 2011, conform literei a art. 230 din Legea nr. 71 din 3 iunie 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011

⁶ Publicat în Monitorul Oficial nr. 74 din 5 aprilie 1929.

⁷ V. Economu, *Forma actului juridic civil*, în „Tratat de drept civil”, vol. I, Partea generală, Editura Academiei, București, 1967, p. 292 și urm.

forma scrisă a contractului individual de muncă era solicitată numai pentru a proba înțelegerea dintre părți și nu pentru validitatea contractului.”⁸

Legea contractelor de muncă din 1929⁹, despre care s-a spus că „prin conținutul său, a constituit, un prim Cod al muncii în condițiile economiei de piață”¹⁰, cu privire la contractul individual de muncă, arăta în art. 43 că acesta „poate fi făcut verbal sau în scris”.

O asemenea exprimare demonstrează, fără nici o îndoială, că încheierea contractului individual de muncă presupunea consensualismul ca regulă în privința încheierii unui asemenea contract. Prin prevedea posibilității opțiuni încheierii contractului individual de muncă și în formă scrisă nu se avea în vedere decât preconstituirea unui înscris care să facă dovada conținutului contractului, respectiv al drepturilor și obligațiilor părților, forma scrisă ad probationem în privința contractului individual de muncă, fiind prezentă și în reglementările care au urmat.

Legea nr. 3/1950¹¹, primul cod al muncii din România, cu privire la contractul de muncă prevedea în art. 12, că este „înțelegerea scrisă sau verbală potrivit căreia o parte – angajatul - se obligă a presta munca, unei alte părți - aceluia care l angajează - în schimbul unei remunerații”.

Textul art. 12 a fost parțial modificat prin Legea nr. 1/1970 privind organizarea și disciplina muncii în unitățile socialiste de stat¹², prin dispoziția cuprinsă în art. 6 din această lege, potrivit căreia „contractul de muncă se încheie în formă scrisă; el concretizează, în măsura necesară, drepturile și obligațiile părților prevăzute de lege și de contractul colectiv de muncă”. O asemenea prevedere expresă a formei scrise a ridicat problema dacă forma scrisă constituie o condiție ad validitatem sau ad probationem a contractului individual de muncă¹³.

S-a ajuns la concluzia că Legea nr. 1/1970 nu prevedea că nerespectarea formei scrise impusă de art. 6 are drept consecință nulitatea contractului de muncă. Astfel fiind, dispozițiile privind întocmirea contractelor de muncă în forma scrisă nu sunt prevăzute ad validitatem, ci ad probationem¹⁴ argumentându-se următoarele „cu privire la contractele de muncă, neîndeplinirea formei scrise nu lezează nici interesele generale și nici cele ale părților, dat fiind că ansamblul de norme juridice care constituie dreptul muncii conține suficiente prevederi pentru asigurarea respectării drepturilor și obligațiilor ambelor părți din contractul de muncă, chiar și în lipsa formei scrise a contractului de muncă”¹⁵.

Codul muncii adoptat în anul 1972¹⁶ stabilea în art. 64 alin. 1 următoarele: „Contractul individual de muncă se încheie în scris și va cuprinde clauze privind obligația persoanei încadrate în muncă de a-și îndeplini sarcinile ce-i revin, cu respectarea ordinii și disciplinei, a legilor, îndatorirea unității de a asigura condiții corespunzătoare pentru buna desfășurare a activității, de a o remunera în raport cu munca prestată și de a-i acorda celelalte drepturi ce i se cuvin, precum și alte clauze stabilite de părți”.

Deși art. 64 din Codul muncii, impune încheierea contractului în formă scrisă, nu se poate spune că prin aceasta contractul individual de muncă s-a transformat într-un contract solemn, căci forma scrisă este reglementată numai în interesul părților, ad probationem și nu ad validitatem, adică pentru a-și asigura un mijloc de probă privind încheierea și conținutul contractului.

După 1989, „parcureându-se un proces complex și dificil de trecere la economia de piață...Codul muncii a rămas aplicabil, numai cu privire la contractul individual de muncă”¹⁷, o nouă societate impunea, în mod necesar, un nou tip de Cod al muncii¹⁸.

Codul muncii din 2003¹⁹ prevedea în art. 10 despre contractul individual de muncă, că este „contractul în temeiul căruia o persoană fizică, denumită salariat, se obligă să presteze munca pentru și sub autoritatea unui angajator, persoană fizică sau juridică, în schimbul unei remunerații denumită salariu”.

Contractul de muncă are astfel „o existență juridică, prin simpla forță a voinței părților sale; aceste contracte sunt, de regulă, consensuale, și numai prin excepție se cere legal o anumită formă pentru validarea lor”²⁰.

Potrivit art. 16 alin. 1 din Codul muncii, contractul individual de muncă se încheie în baza consimțământului părților, în formă scrisă, în limba română. Obligația de încheiere a contractului individual de muncă în formă scrisă revine angajatorului.

⁸ Costel Gâlcă, *Codul muncii comentat și adnotat*, editura Rosetti Internațional, București, 2015, p. 81

⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 88 din data de 5 aprilie 1929

¹⁰ I.T. Ștefănescu. *Tratat de dreptul muncii*, vol. I, editura Lumina Lex, București, 2003, p.16

¹¹ Publicată în Buletinul Oficial nr. 50 din 8 iunie 1950

¹² Publicată în Buletinul Oficial nr. 27 din 27 martie 1970

¹³ Ș. Beligrădeanu, Forma scrisă a contractului de muncă — condiție „ad validitatem” sau „ad probationem”? în *Revista română de drept* nr. 6/1971

¹⁴ L. Miller, *Legea organizării și disciplinei muncii în unitățile socialiste de stat*, în *Studii și cercetări juridice*, nr. 3/1970, p. 420

¹⁵ Ș. Beligrădeanu, art. cit. supra

¹⁶ Legea nr. 10/1972, publicată în Buletinul Oficial, nr. 140 din 1 decembrie 1972.

¹⁷ I.T. Ștefănescu. *Tratat de dreptul muncii*, vol. I, op. cit., p. 18

¹⁸ Ș. Beligrădeanu, I.T. Ștefănescu, *Repere privind noul Cod al muncii*, în *Dreptul* nr. 3/1998, p. 5

¹⁹ Legea nr. 53/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 72 din 5 februarie 2003

²⁰ Dan Țop, *Tratat de dreptul muncii*, op. cit., p.78

Contractul individual de muncă, având un caracter consensual, se consideră încheiat „solo consensu”, la și de la data realizării acordului de voință al părților, fără efectuarea vreunei formalități. Este concluzia care decurge din faptul că nici o normă legală nu stipulează că lipsa formei scrise atrage drept sancțiune nulitatea contractului de muncă²¹.

Lipsa formei scrise nu duce la nulitatea contractului individual de muncă, ci, un asemenea contract, potrivit alin. 2 al art. 16, se consideră încheiat pe o durată nedeterminată, părțile putând face dovada prestațiilor efectuate, și implicit a existenței convenției, prin orice alt mijloc de probă²².

Prin Legea nr. 40/2011²³ au fost aduse ample modificări și completări art. 16 alin. 1 din Codul muncii, prin precizarea că forma scrisă este obligatorie pentru încheierea valabilă a contractului se înlătură posibilitatea de a se prezuma, în lipsa unui înscris constatator, că un asemenea contract este încheiat pe perioadă nedeterminată, iar pe de altă parte considerăm că forma scrisă se impune ca o cerință ad validitatem și nu ad probationem, lipsa formei scrise ducând la inexistența raportului de muncă.

Curtea Constituțională a statuat, în repetate rânduri, ulterior modificării Codului Muncii că „forma scrisă a contractului individual de muncă reprezintă o garanție esențială a drepturilor și obligațiilor asumate prin contract”²⁴.

Potrivit noilor prevederi din art. 16 alin. 1 din Codul muncii, forma scrisă era obligatorie pentru încheierea valabilă a contractului fiind înlăturată posibilitatea de a se prezuma, în lipsa unui înscris constatator, că un asemenea contract este încheiat pe perioadă nedeterminată, iar pe de altă parte că forma scrisă se impunea ca o cerință ad validitatem și nu ad probationem, lipsa formei scrise ducând la nulitatea absolută a contractului individual de muncă, luând naștere un raport juridic de muncă imperfect²⁵. Așa cum s-a arătat în mod judicios în doctrină, forma scrisă a contractului individual de muncă – condiție ad validitatem – era recunoscută²⁶ și de Curtea Constituțională.

Reglementarea formei scrise ca o condiție de valabilitate a contractului individual de muncă s-a afirmat în doctrină²⁷ „constituie, eo ipso, o derogare de la principiul consensualismului”, derogare care, „în ultimă analiză în cazul dat, reprezintă însăși negarea acestui principiu”. S-a susținut că, „se impune chiar înlăturarea din rândul principiilor fundamentale ale relațiilor de muncă a principiului consensualismului, având în vedere faptul că principalele acte juridice prin care se nasc, se modifică și se sting raporturile de muncă (contractele individuale de muncă și contractele colective de muncă precum și actele prin care acestea se modifică sau încetează) sunt guvernate de cerințe de formă (forma scrisă, iar în cazul contractelor colective de muncă și înregistrarea) pentru a fi valabil încheiate. În acest context, principiul consensualismului ar putea funcționa cel mult ca un principiu de drept comun, însă în niciun caz nu mai constituie un principiu fundamental al dreptului muncii”²⁸ și că principiul consensualității, „nu mai este aplicabil, întrucât potrivit art. 16 alin. 1 din Codul muncii forma scrisă este obligatorie pentru încheierea valabilă a contractului”²⁹.

Cerința formei scrise ad validitatem a fost apreciată ca „inechitabilă și că rigidizează excesiv contractul de muncă contrar spiritului protectiv pe care normele dreptului muncii trebuie să le asigure...antrenarea răspunderii contravenționale și penale dar fără sancțiuni de ordin civil – nulitatea contractului de muncă este o soluție dezirabilă pentru o reglementare viitoare”³⁰.

S-a mai spus și că „urmare a modificării Codului muncii prin Legea nr. 40/2011, consensualismul a fost practic înlăturat, deoarece atât contractele individuale de muncă, cât și actele de modificare a acestora trebuie încheiate în formă autentică ad validitatem”³¹.

S-a formulat și opinia contrară, potrivit căreia „caracterul solemn al contractului (individual de muncă s.n.) nu trebuie înțeles ca opunându-se principiului consensualității. Acest principiu are o dimensiune generică, care vizează esența stabilirii raportului juridic și nu forma de exprimare a acestuia. În fond și forma scrisă este rezultatul acordului de voință al părților, iar consensul există și atunci când cerința legală privitoare la formă nu este îndeplinită...”³²

²¹ I.T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, vol. I, op. cit., p. 328.

²² Dan Țop, *Tratat de dreptul muncii*, op. cit., p. 255

²³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 225 din 31 martie 2011

²⁴ Decizia nr. 383/2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 281 din 21 aprilie 2011; Decizia nr. 662/2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 532 din 28 iulie 2011

²⁵ Șerban Beligrădeanu, *Principalele aspecte teoretice și practice rezultate din cuprinsul Legii nr. 40/2011 pentru modificarea Legii nr. 53/2001-Codul muncii (II)*, în *Dreptul* nr. 7/2011, p. 29.

²⁶ Alexandru Țiclea, *Forma, conținutul și înregistrarea contractului individual de muncă*, în *Revista română de dreptul muncii*, nr. 6/2011, p. 35-44.

²⁷ I.T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, *Principalele aspecte teoretice și practice rezultate din cuprinsul Legii nr. 40/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 – Codul muncii*, în *Dreptul* nr. 7/2011, p. 29.

²⁸ Luminița Dima, *Forma scrisă a contractului individual de muncă în urma modificării Codului muncii prin Legea nr. 40/2011*, în *Curierul Judiciar*, nr. 2/2012, p. 26

²⁹ Alexandru Athanasie, Ana-Maria Vlăsceanu, *Dreptul muncii. Note de curs*, Editura C H Beck, București, 2017, p. 31

³⁰ Alexandru Athanasie, *Comentariul articolului 16 din Codul muncii*, în *Curierul Judiciar*, nr. 2/2012, p. 84.

³¹ Felicia Roșioru, *Dreptul individual al muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 232

³² Septimiu Panainte, *Dreptul individual al muncii*, editura Hamangiu, București, 2017, p. 27

Cu toate acestea, Înalta Curte de Casație și Justiției, prin Decizia nr. 37/2016³³ privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Iași a stabilit că în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 16 alin. 1 și art. 57 alin. 5 și 6 din Codul muncii, combinat cu art. 211 lit. b din Legea nr. 62/2011, art. 35 din Codul de procedură civilă și art. 6 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului, în ipoteza neîndeplinirii de către părți a obligației de încheiere a contractului individual de muncă în formă scrisă, persoana fizică care a prestat muncă pentru și sub autoritatea celeilalte părți are deschisă calea acțiunii în constatarea raportului de muncă și a efectelor acestuia și în situația în care respectivul raport de muncă a încetat anterior sesizării instanței.

Cu privire la o asemenea soluție s-a spus³⁴ că „dispozițiile art. 16 alin. 1 C. muncii trebuie coroborate cu cele ale art. 57 din același cod, care reglementează nulitatea contractului. Dacă un contract individual de muncă nu a fost încheiat în formă scrisă, deși nul în mod absolut, contractul există (este în ființă), dar nulitatea își produce efectele din momentul constatării acesteia (ex nunc), iar nu și pentru trecut (ex tunc)”.

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 53/2017³⁵ a adus modificări și completări Codului muncii prin care se renunță la teza finală a art. 16 alin.1 potrivit căreia „forma scrisă este obligatorie pentru încheierea valabilă a contractului”.

Astfel se consacră revenirea la funcționarea principiului consensualismului ca principiu fundamental al dreptului muncii, iar opiniile amintite mai sus nu se mai justifică dat fiind că prin modificarea în anul 2017 art. 16 alin.1 din Codul muncii se consacră revenirea la funcționarea principiului consensualismului ca principiu fundamental al dreptului muncii, forma scrisă a contractului individual de muncă fiind cerută doar ad probationem.

³³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 114 din 10 februarie 2017

³⁴ A. Țiclea. Constatarea existenței raportului de muncă în lipsa înscrisului ad validitatem, în Revista română de dreptul muncii nr. 2/2017, p. 92

³⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 644 din 7 august 2017

TRANSFORMĂRILE DIN ULTIMUL SECOL ÎN MATERIA LEGISLAȚIEI BREVETĂRII INVENȚIILOR DIN ROMÂNIA

Paul POPOVICI*

I. Prolegomene

România a adoptat relativ târziu o lege privind protecția brevetelor de invenție, respectiv în anul 1906. Până atunci, invențiile fuseseră ocrotite prin decrete domnești sau regale ori legi speciale, emise în urma unor cereri care imitau procedura franceză în materie, chiar dacă nu exista o legislație care să le prevadă. Întârzierea s-a datorat reticenței justificate de aceea că o astfel de protecție ar fi avantajat mai degrabă inventatorii străini datorită avansului tehnologic și ar fi prejudiciat firava industrie românească prin limitarea accesului neîngrădit la invenții și inovații în mod gratuit¹. O asemenea situație însă nu putea fi perpetuată la nesfârșit, astfel încât la un moment dat, la presiune externă, România a inclus în sistemul ei legislativ o lege în legătură cu brevetele de invenții². Adoptarea actului normativ nu s-a făcut fără opoziție, încercând-se din răspuțuri întârzierea unui astfel de moment: „o lege a brevetelor de invenție ar constitui un adevărat pericol căci ea ar proteja inventatorii străini în contra producătorilor români. Industriile noastre ar fi silite să-și întrerupă anumite ramuri de fabricație sau să-și încarce cheltuielile de fabricație cu plata dreptului de a exploata brevetele”³. După cum se știe, aceeași „Uniune a industrișilor din România” a susținut încă din anul 1900 ca soluție juridică următoarele: „brevetarea invențiilor nu este nici legitimă, nici oportună la noi, rămânând ca invențiunile merituoase să se breveteze prin legi speciale și după un examen prealabil”⁴.

Deși aparent nu se încadrează ca moment al apariției în titlul articolului, vom analiza pe scurt principalele prevederi ale Legii privind brevetele de invenții din anul 1906 întrucât perioada în care a fost în vigoare este inclusă în intervalul de timp care ne interesează.

În doctrina românească de specialitate s-a afirmat că această lege nu ar fi primul act prin care creațiile industriale beneficiază de o protecție. Deși pare că ar excede cadrul articolului, o scurtă analiză a problematicii nu este lipsită de legătură deoarece astfel se clarifică dacă legea incidentă în urmă cu o sută de ani a reprezentat sau nu prima măsură legală în materie, cu toate consecințele care decurg din aceasta.

II. Istoric

1. Scurt istoric al protecției invențiilor pe teritoriul actual al României

În literatura de specialitate autohtonă s-a afirmat că istoria protecției invențiilor pe teritoriul actual al României ar debuta odată cu privilegiile domnești pentru diferite exploatare ori exercitarea unor meșteșuguri. Însă, o asemenea interpretare a respectivelor acte domnești, ca forme incipiente de protecție acordate beneficiarilor⁵ nu poate fi primită. Este adevărat că opinia nu este singulară, în doctrină susținându-se că „apariția proprietății industriale s-a produs în Evul Mediu, odată cu procesul de urbanizare care a permis afirmarea breslelor, începând cu secolul al XIII-lea”⁶. Evident, nu toți autorii cad de acord cu privire la „data” nașterii proprietății industriale, unii dintre ei considerând secolele al XV-lea și al XVI-lea ca germinatoare ale unei idei de protecție a proprietății industriale⁷, însă, cu o singură excepție, cea venețiană, paradigma juridică era alta în epocă⁸.

Aflate în sincronie în acel moment cu ceea ce se întâmpla în Europa, privilegiile domnești erau acte care priveau domeniul public și nu cel privat, prin ele domnul certifica faptul că activitatea respectivă era permisă, deci legală. Astfel, este indiscutabilă consemnarea unor privilegii (cel mai vechi atestat este din 1291, în Transilvania, dat de

* Conf. univ. dr. la Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, Facultatea de Drept din Cluj-Napoca; e-mail: paul_avocat@yahoo.com

¹ Al. C. Ștenc, *Istoricul protecției invențiilor în România*, în Al. C. Ștenc, B. Ionescu, Gh. Gheorghiu, „Dreptul brevetului. Tratat”, Edit. Lumina Lex, București, 2005, p. 25 și urm.

² Șt. Iancu, *Istoria protecției invențiilor în România*, Editura Academiei Române, București, 1998, pp. 65-66; A. R. Bădărau, N. M. Mihăilescu, *Scurtă istorie a brevetării invențiilor în România*, vol. I, Edit. OSIM, București, 2005, pp. 43-44.

De altfel, și alt act normativ anterior privind tot „proprietatea industrială”, respectiv Legea privind mărcile de fabrică și comerț, a fost adoptată tot la presiuni externe, în anul 1879. Apariția acestei legi s-a datorat încheierii unei convenții cu Austro-Ungaria în anul 1876 și prin care, între altele, România s-a obligat să adopte o asemenea lege – F. Porescu, V. V. Longhin, P. I. Demetrescu, *Legea mărcilor de fabrică și de comerț. Convențiile diplomatice și internaționale. Comentariu și jurisprudență*, Institutul de Arte Grafice și Editură „Eminescu” SA, București, f. a., p. 9.

³ „Buletinul Camerei de industrie și comerț din București”, ședința din 8 ianuarie 1900, citat după Șt. Iancu, *op. cit.*, p. 63.

⁴ A. R. Bădărau, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, p. 66.

⁵ Al. C. Ștenc, *op. cit.*, p. 25 și urm.

⁶ P. O. Long, *Invention, Authorship, Intellectual Property and the Origin of Patents. Notes towards a Conceptual History*, în „Technology and Culture”, 4/1991, pp. 846-884, citat și de Al. C. Ștenc, B. Ionescu, Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, vol. I, p. 17.

⁷ Șt. Iancu, *Istoria protecției invențiilor în România*, Edit. Academiei Române, București, 1998, p. 15.

⁸ Pentru detalii, a se vedea S. Bottomley, *The British Patent System During the Industrial Revolution 1700–1852. From Privilege to Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014

regele Andrei al Ungariei; pentru Țara Românească, primul păstrat datează din 1391 și îi aparține domnitorului Mircea cel Bătrân; sincronic apare și cel al domnitorului Alexandru cel Bun, în 1402, în Moldova)⁹.

Însă, în opinia noastră, nu se poate vorbi în perioada respectivă de un drept al proprietății intelectuale (industriale) pentru că lipseau elementele necesare unui sistem juridic care să conțină dispoziții măcar asemănătoare cu cele moderne. Or, până la acordarea unei ocrotiri legale moderne, invențiile sau inovațiile au fost protejate prin păstrarea secretului și nu prin dispoziții legale care să interzică utilizarea acestora fără consimțământul autorului sau a titularului dreptului de exploatare etc.

Sistemul privilegiilor, întâlnit de altfel și în domeniul tipăriturilor, este altceva ca natură juridică și ca reglementare decât un drept de proprietate intelectuală (sau industrială). Respectivul sistem feudal poate fi considerat cel mult un punct de pornire pentru dreptul de proprietate intelectuală (industrială), însă unul foarte îndepărtat și esențialmente diferit față de reglementarea modernă.

Reglementarea juridică a invențiilor a apărut relativ târziu în comparație cu alte dispoziții de drept (de pildă cele care priveau dreptul de proprietate, contractele etc.)¹⁰. La început, au fost acordate privilegiile¹¹ în vederea fabricării unui produs nou sau a utilizării unei tehnologii noi, însă ocrotirea avea un caracter de drept public, derivată din raporturile de subordonare ale timpului¹². Actul prin care se permitea exploatarea prevedea exact limitele dreptului, precum și condițiile în care se putea beneficia de exclusivitate. Iată de ce nu pare surprinzător că mult timp modalitatea de protejare a invențiilor a fost păstrarea secretului (individual sau în cadrul confreriei / breslei).

Cea mai veche reglementare cunoscută a unui brevet este Decretul din 19 martie 1474 al Republicii Venețiene. Prin acest act, drepturile erau conferite în mod impersonal, adică oricărei persoane; aici este deosebirea majoră față de privilegiile acordate până atunci, care erau individuale. În esență, inventatorii primeau dreptul de a exploata în mod exclusiv invenția proprie; cel care încălca această prerogativă, la cererea celui îndreptățit, putea fi amendat cu 100 de ducati¹³ și să i se distrugă dispozitivul piratat¹⁴. Reglementarea venețiană a fost, în mod surprinzător, modernă, conținând elementele fundamentale care vor putea fi găsite câteva sute de ani mai târziu în legislația internațională și în cele naționale¹⁵.

Transformarea sistemului juridic în favoarea inventatorilor a fost un proces îndelungat și sinuos, prezent în statele avansate din punct de vedere industrial. Însă schimbarea legislației nu s-a datorat doar schimbării operate în mentalul politic, de înlăturare a societății vechi, bazate pe subordonări ierarhice antice sau feudale. Un factor obiectiv l-a constituit totodată și faptul că la sfârșitul secolului al XIX-lea, înmulțirea cererilor a îngreunat atât de mult sistemul privilegiilor încât a reieșit nevoia unui sistem nou de a asigura ocrotirea drepturilor rezultate din invenții. Astfel s-au impus brevetele, care au preluat conținutul vechiului sistem, dar pe care l-a adaptat în forme mult mai eficiente.

Pe teritoriul României, perioada modernă va aduce după sine abolirea privilegiilor de tip feudal prin Regulamentele organice (1831-1832), după a căror intrare în vigoare au fost solicitate și acordate privilegiile exclusive „printr-o interpretare judicioasă a conceptului de monopol”¹⁶.

Mult mai târziu însă va fi legiferată prima reglementare modernă a brevetelor de invenție (1906). Ulterior, abolirea monarhiei și instaurarea comunismului au determinat în timp adoptarea unui alt cadru legislativ, specific tipului de societate nouă, la care însă, în mod firesc se va renunța după revenirea la sistemul politic democratic.

Crearea statului național unitar român la 1918 a determinat însă situații juridice noi în materia regimului brevetelor de invenție tocmai datorită Marii Uniri.

2. Implicațiile Marii Uniri în materia legislației proprietății intelectuale

Marea Unire din anul 1918 a adus după sine nu doar mărirea teritoriului și a populației statului român, ci și o pluralitate de regimuri juridice moștenite din legislația statelor din care s-au desprins provinciile românești unite cu Vechiul Regat, nu mai puțin de patru la număr. Astfel, cel românesc (al Vechiului Regat), austriac (incident în

⁹ Șt. Iancu, *Istoria protecției invențiilor în România*, Edit. Academiei Române, București, 1998, pp. 22-25; în același sens: V. Roș, *Dreptul proprietății intelectuale. Curs universitar*, Edit. Global Lex, București, 2001, pp. 290-291.

¹⁰ Ideea protejării unei noutăți este însă foarte veche. În secolul VII-VI î. Hr., în cetatea grecească Sybaris s-a statuat că rețeta unui nou fel de mâncare nu poate fi utilizată timp de un an de altă persoană decât inventatorul ei – Fr. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, Paris, 2011, pp. 89-90.

¹¹ Pentru o sinteză a problemicii, a se vedea M. Bloch, *Societatea feudală*, vol. II, *Clasele și cârmuirea oamenilor*, trad. C. Macarovici, Edit. Dacia, Cluj-Napoca, 1998.

¹² „Ideea de inferioritate și servitute era atașată exercițiului muncii a dominat mult timp organizarea publică, ca și în moravuri” – A.-Ch. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, 3^e édition, rev. et augm., Guillaumin et C^{ie}, Paris, 1865, p. 35.

¹³ Echivalentul astăzi a 7.000 USD – L. Molà, *The Silk Industry of Renaissance Venice*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 2000, p. 187.

¹⁴ G. Mandich, *Venetian Patents (1450-1550)*, în „Journal of the Patent Office Society”, nr. 3/1948, pp. 166 și urm.

¹⁵ P. Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 7th Ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 45.

¹⁶ A se vedea art. 157 din Regulamentul organic al Țării Românești (1831) și art. 151 din Regulamentul organic al Moldovei (1832) – Șt. Iancu, *op. cit.*, pp. 29-30, V. Roș, *Dreptul proprietății intelectuale*, pp. 292-293.

Bucovina și Banat), maghiar (în Transilvania), rusesc, precum și „vechile legi și obiceiuri moldovenești, rămase în vigoare acolo” [în Basarabia]¹⁷, deși pe teritoriul reîntregit majoritatea populației era una de naționalitate română¹⁸.

Este adevărat că Marea Unire nu a determinat în mod direct adoptarea unei noi legislații în materia proprietății intelectuale. Legislația privind mărcile și invențiile a fost considerată ca răspunzând necesităților social-economice existente, iar cea privind dreptul de autor fiind vetustă oricum trebuia „adusă la zi”. Ceea ce a adus însă nou Legea proprietății literare și artistice a fost un nou regim juridic unitar la nivelul întregii țări, aplicabil deci și provinciilor unite cu România în anul 1918¹⁹.

În ceea ce privește legislația în materia brevetelor de invenție, aceasta s-a unificat nu prin adoptarea unei noi reglementări, ci prin extinderea aplicării legii românești din 1906, însă în etape: legislația de drept privat românească a fost extinsă în Basarabia abia în anul 1928²⁰, în Bucovina în 1938²¹, iar în Transilvania (câtă mai era în granițele statului român), abia în anul 1943²².

3. Schimbările de regim politic și impactul asupra legislației în materia brevetelor de invenție

S-ar putea crede că schimbarea de regim politic nu ar trebui să afecteze sub nici o formă legislația în materia brevetelor de invenție datorită caracterului ei eminent tehnice. Însă voința politică nu trebuie niciodată subestimată, mai ales când în joc sunt propagandistice mari. Dacă până în 1945 influența franceză a fost pregnantă, dar și benevolă în materia legiferării, după 1945 paradigma sovietică a fost impusă în mod indiscutabil. Astfel, dacă invențiile aparțineau statului sovietic în conformitate cu cel dintâi decret al lui Lenin, dispoziția a fost preluată și în legislația românească²³, desprinsă așadar de principiile sistemului juridic anterior prin orice mijloace.

Pe scurt, după anul 1945 legislația va dobândi un anumit specific, socialist, inclusiv în materia proprietății intelectuale. Astfel, Legea asupra brevetelor de invenții, cu modificările ulterioare din 1906²⁴, a fost abrogată prin Decretul nr. 884/1967 privind invențiile, inovațiile și raționalizările²⁵, la rândul său abrogat prin Legea nr. 62/1974 privind invențiile și inovațiile²⁶. Prin respectiva legislație s-a instituit o preeminență a anumitor persoane juridice (întreprinderi de stat, cooperatiste sau obștești) asupra dobândirii și utilizării brevetelor de invenție²⁷.

La rândul ei, schimbarea regimului politic în 1989, a determinat modificarea profundă a sistemului legislativ, inclusiv, și de această dată, în materia proprietății intelectuale.

În prezent, cadrul legislativ intern este instituit de Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție²⁸ și Regulamentul de aplicare a Legii nr. 64/1991²⁹.

III. Analiză diacronică în materia brevetului de invenție

1. Analiza primei Legi privind brevetelor de invenție din România (1906)

Legea reglementa pentru prima dată modalitatea de acordare a unui brevet de invenție. Conform dispozițiilor ei, aplicarea legii s-a realizat printr-un Regulament³⁰. Pornind de la principalele elemente ale legii din 1906, vom face o

¹⁷ Unificarea legislativă. *Expunere de motive*, în C. Hamangiu, „Din opera legislativă a Ministerului de Justiție. Proiecte și anteproiecte de legi cu expuneri de motive”, Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, Imprimeria Națională, București, 1932, p. 3.

¹⁸ Pentru amănunte, a se vedea P. Popovici, *Marea Unire și dinamica legislativă în materia proprietății intelectuale*, în „Revista română de dreptul proprietății intelectuale”, nr. 4/2017, pp. 163-171.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Lege pentru extinderea în Basarabia a unor dispozițiuni din legislația Vechiului Regat, promulgată prin Decretul Regal nr. 876 din 29 martie 1928, publicat în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 77 din 4 aprilie 1928.

²¹ Art. 1 din Legea nr. 3406/1938 pentru extinderea în Bucovina a legislației din Vechiul Regat, publicat în „Monitorul oficial”, nr. 228 din 1 octombrie 1938.

²² Art. 1 pct. 7 din Legea nr. 389/1943 privind extinderea legislației civile și comerciale în România de peste Carpați, publicată în „Monitorul oficial” nr. 142 din 22 iunie 1943.

²³ Y. Eminescu, *Legea brevetelor de invenție. Comentariu*, Edit. Lumina Lex, București, 1993, p. 7.

²⁴ Odată cu Legea asupra brevetelor de invenții din 1906, în mod necesar a fost abrogat și Regulamentul pentru aplicarea legii brevetelor de invenții din 17 ianuarie 1906, publicat în „Monitorul oficial”, nr. 16 din 21 aprilie 1906.

²⁵ Decretul nr. 884/1967 privind invențiile, inovațiile și raționalizările, publicat în „Buletinul oficial al RSR”, partea I, nr. 85 din 30 septembrie 1967, a fost aprobat prin Legea nr. 31/1967, publicată în „Buletinul oficial al RSR”, partea I, nr. 115 din 30 decembrie 1967.

²⁶ Legea nr. 62/1974 privind invențiile și inovațiile, publicată în „Buletinul oficial al RSR”, partea I, nr. 137 din 2 noiembrie 1974.

²⁷ Legislația în materie mai cuprinde și alte acte normative, asupra cărora însă nu insistăm: Decretul nr. 93/1976 privind normele pentru calcularea recompenselor bănești cuvenite autorilor invențiilor aplicate în economia națională, publicat în „Buletinul oficial al RSR”, partea I, nr. 38 din 27 aprilie 1976, Decretul nr. 363/1976 privind taxele pentru cererile de brevete de invenții și pentru brevetele de invenții acordate, publicat în „Buletinul oficial al RSR”, partea I, nr. 102 din 16 noiembrie 1976, Decretul nr. 383/1984 privind perfecționarea sistemului de stimulare a oamenilor muncii și a întreprinderilor, publicat în „Buletinul oficial al RSR”, partea I, nr. 81 din 29 octombrie 1984, Regulamentul privind organizarea și funcționarea Comisiei pentru soluționarea contestațiilor privind invențiile din cadrul OSIM, publicat în „Buletinul pentru Invenții și mărci”, nr. 6/1985 etc.

²⁸ Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, republicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 613 din 19 august 2014, modificată cel mai recent prin Legea nr. 83/2014 privind invențiile de serviciu, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 471 din 26 iunie 2014.

²⁹ Regulamentul de aplicare a Legii nr. 64/1991 a fost adoptat prin Hotărârea Guvernului nr. 547/2008, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 456 din 18 iunie 1998.

analiză comparată a legilor care s-au succedat în timp, tocmai pentru a surprinde ceea ce s-a menținut, modificat sau adăugat, într-o încercare de a găsi constantele și variabilele „dreptului brevetului” în România ultimilor 100 de ani.

Așadar, prin intermediul Legii din 1906 se dispuneau următoarele:

(a) Brevetul „se va acorda fără nici o examinare prealabilă (sublin. ns., P. P.), fără nici o garanție de orî-ce natură din partea Statului”, răspunderea privind originalitatea și chiar realitatea invenției ori a exactității descrierii revenind doar solicitantului³¹; cu alte cuvinte era instituit brevetul declarativ (și nu atributiv, în baza unei examinări)³²;

(b) Erau excluse de la brevetare următoarele categorii de invenții:

- i. Ilegale, imorale, dăunătoare sănătății sau „carî tind evident la amăgirea publicului”;
- ii. Cele al căror obiect era rezervat Statului;
- iii. Mijloace și produse alimentare pentru oameni „și de nutreț pentru vite”;
- iv. Medicamentele sau dezinfectantele;
- v. Metodele de învățământ, control și de contabilitate³³.

(c) Termenul pentru care se acorda protecția era stabilit la 15 ani de la data depunerii cererii pentru o invenție și cel puțin 10 ani pentru cele de perfecționare³⁴;

(d) Regimul juridic aplicat străinilor era identic cu acela al cetățenilor români;

(e) Pierderea dreptului la brevet era determinată de:

- i. Neplata taxelor corespunzătoare;
- ii. Renunțare;
- iii. Neexploatarea timp de patru ani de la data solicitării sau o întrerupere de doi ani în exploatare;
- iv. Observarea neîndeplinirii condițiilor de formă (pentru aceste patru prime situații nulitatea se pronunța de către ministerul de resort);
- v. Lipsa noutății brevetului în România (exploatarea comercială înainte de data legală a brevetului sau publicarea acestuia);
- vi. Omiterea sau indicarea inexactă a unei părți care reprezintă secretul invenției;
- vii. Existența unui brevet anterior în România sau în străinătate (pentru cazurile V-VII nulitatea se pronunța de către instanța de judecată)³⁵.

(f) Formalitățile obținerii brevetului:

- i. Limba în care se formulează cererea era stabilită ca fiind româna;
- ii. Cererea împreună cu anexele se întocmea în dublu exemplar, după un formular tipizat;
- iii. Indicarea numărului de ani pentru care se solicita brevetul (solicitare fără consecințe practice deoarece prin neplata taxei anuale corespunzătoare sau neutilizarea invenției în anumite condiții, se pierdea dreptul asupra brevetului);
- iv. Plata anticipată a unei taxe;
- v. Descrierea invenției trebuia să fie suficient de clară astfel încât „orice om competent să fie în stare de a produce obiectul invențiunei, servindu-se de mijloacele cunoscute până atunci”, cu indicarea revendicărilor;
- vi. Un exemplar chiar și miniaturizat al respectivei invenții³⁶.

(g) Efectele brevetului de invenție:

- i. Dobândirea exclusivității de exploatare a invenției, precum și posibilitatea transmiterii inter vivos sau mortis causa a acesteia;
- ii. Beneficierea de facilitățile legii privind încurajarea industriei naționale dacă a fost înființată o întreprindere comercială cu scopul exclusiv de a produce obiectul brevetat³⁷;
- iii. Dreptul de a putea inscripționa obiectul brevetat și firma comercială „însoțit de armele României” (sublin. legii), adică stema oficială a României³⁸.

(h) Taxele datorate pentru menținerea protecției erau anuale și creșteau treptat³⁹.

³⁰ Art. 41 din Legea asupra brevetelor de invențiune (1906), conform căruia s-a adoptat un Regulament pentru aplicarea legii brevetelor de invențiune, aprobat prin Decretul nr. 1577 din 12 aprilie 1906 și publicat în „Monitorul oficial”, nr. 16 din 21 aprilie 1906.

³¹ Brevetul de invenție nefiind supus unei examinări de fond, nu conferea nici o garanție cu privire la exclusivitate și prin aceasta nu împiedica pe cei îndreptățiți să se adreseze instanței de judecată în vederea anulării pentru similaritate anterioară. În formularea prețioasă a timpului: „fără prejudiciul drepturilor eventuale ale celor care se vor crede jigniți” – art. 3 din Lege (1906).

³² Sistemul era în vigoare la acea dată în Franța, Belgia și Italia – A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, p. 45.

³³ Art. 4 din Lege (1906).

³⁴ Art. 6 și 7 din Lege (1906).

³⁵ Art. 10 din Lege (1906).

³⁶ Art. 15 din Lege (1906).

³⁷ Facilitățile constau bunăoară în scutiri de taxe vamale, scutiri de impozite – a se vedea Decizia nr. 371/1906 Consiliului de miniștri, publicată în „Monitorul oficial”, nr. 2 (15) aprilie 1906.

³⁸ Art. 11 din Lege (1906).

³⁹ Art. 17 din Lege (1906).

(i) Serviciul de brevete: era înființat ca organism specializat cu atribuții privind înregistrarea și constatarea anumitor nulități a brevetelor de invenție.

(j) Competența materială a judecării cauzelor legate de brevet aparținea tribunalului de la domiciliul deținătorului brevetului⁴⁰.

În vederea aplicării legii a fost adoptat trei luni mai târziu și regulamentul corespunzător acesteia⁴¹. Mai laborios⁴² și cu dispoziții explicative, actul respectiv detaliază prevederi laconice sau principii ale legii, justificându-și menirea. Cu modificări neesențiale el a fost în vigoare până în anul 1950.

Modificările Legii asupra brevetelor de invenție (1906)

Departate de a fi o lege perfectă (de parcă ar și exista așa ceva, cel puțin teoretic), legea a suferit mai multe modificări până la instaurarea regimului comunist și, evident, după instaurarea acestuia. În prima etapă modificările nu sunt de substanță, în a doua căutându-se, până la înlocuirea sa cu un act normativ corespunzător noii orientări politico-juridice, ajustări semnificative.

În prima categorie s-au înscris modificări privind chestiuni formale, cum sunt cele cu privire la plata taxelor corespunzătoare, suspendarea drepturilor acordate supușilor altor state cu care România era în stare de beligeranță sau extinderea legislației „Vechiului regat în România de peste Carpați”⁴³.

În cea de a doua categorie sunt cuprinse acte normative prin care se dorea impunerea unui alt spirit, nou, socialist. Însă modificarea legii s-a făcut printr-un regulament de aplicare, ceea ce, în opinia noastră, constituia un exces de putere chiar și în raport cu exigențele ierarhiei actelor normative a timpului⁴⁴.

Dat fiind faptul că prin respectivul regulament s-a schimbat esențial brevetabilitatea, vom analiza distinct modificările apărute odată cu instaurarea regimului comunist.

2. Decretul nr. 214/1950 și HCM nr. 943/1950 în raport cu Legea din 1906

Din rațiuni care nu le deslușim, Legea asupra brevetelor de invenții a fost modificată semnificativ printr-un nou regulament de punere a ei în aplicare. După cum s-a observat în literatura de specialitate, introducerea „certificatului de autor” a determinat „interpretări și chiar confuzii”⁴⁵. Acesta era acordat persoanelor care ofereau statului invenții realizate⁴⁶, care dacă le accepta suporta toate cheltuielile corespunzătoare brevetării și punerii în aplicare a invenției⁴⁷. În fond, nu dispozițiile nu erau altceva decât o transcriere locală a prevederilor ideologice și legislative sovietice în materie, în conformitate cu care proprietatea asupra mijloacelor de producție nu poate aparține decât „întregului popor”.

„Certificatul de autor” reprezenta în conformitate cu legislația în vigoare nu un titlu de protecție a invenției, ci o formă de recunoaștere oficială a calității de inventator al unei invenții, de recompensare morală a cedării brevetului de invenție statului⁴⁸.

Un alt element de noutate absolută pe care îl aduce regulamentul este examinarea invenției „din punct de vedere al noutății, utilității și posibilității de realizare”⁴⁹. Dispoziția are sens, deși modifică fundamental natura brevetului de invenție, care devine astfel atributivă, deoarece erau supuse analizei prevăzute de actul normativ invențiile care erau cedate statului și care prelua astfel toate cheltuielile, riscurile (dar și beneficiile) aferente.

Tot absolută era și politizarea fără precedent a legislației în materie (ea fiind însă o constantă recurentă a sistemului juridic totalitar) prin consemnarea unor slogane sau, după cum s-a observat în literatura de specialitate, „lipsite de un conținut juridic real”⁵⁰: între sarcinile Comitetului pentru Invențiuni și Descoperiri fiind „schimbul de experiență în domeniul inovațiilor cu Uniunea Republicilor Socialiste Sovietice” etc.⁵¹, ceea ce consuma și la nivel legal obediența strictă față de protectorul regimului.

De asemenea, în doctrină, s-a discutat despre omisiunea legiuitorului din 1950 cu privire la indicarea autorității care urma să dispună asupra eliberării brevetelor de invenție. Astfel, s-a opinat că odată cu abdicarea și desființarea

⁴⁰ Art. 24 din Lege (1906).

⁴¹ Art. 41 din Lege (1906).

⁴² Regulamentul cuprindea 66 de articole comparativ cu 42 ale legii.

⁴³ Pentru sinteza modificărilor în materie, a se vedea A. R. Bădărau, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, pp. 67-68.

⁴⁴ T. Drăganu, *Considérations théoriques concernant le principe de la légalité socialiste*, în „Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Series Iurisprudentia”, 1969, pp. 11-25.

⁴⁵ A. R. Bădărau, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, p. 105.

⁴⁶ Art. 7 din Decretul nr. 214/1950.

⁴⁷ Art. 11 alin. (1) din Decretul nr. 214/1950.

⁴⁸ Cu toate că inventatorul putea fi nominalizat ca atare în brevetul de invenție, la cererea sa expresă și cu avizul conform al Comitetului pentru Invențiuni și Descoperiri (art. 9 din Decretul nr. 214/1950). Probabil că măsura fusese luată întrucât brevetul de invenție nu se elibera inventatorului.

⁴⁹ Art. 5 alin. (1) lit. (a) din Decretul nr. 214/1950.

⁵⁰ Y. Eminescu, *Legea brevetelor de invenție*, p. 7.

⁵¹ Art. 5 alin. (1) lit. (j) din Decretul nr. 214/1950.

instituției regelui „Oficiul Proprietății Industriale nu mai putea elibera brevetele de invenție”⁵². Raționamentul este însă incorect din punct de vedere juridic. Desființarea instituției monarhice, datorate abdicării fostului suveran, a determinat adoptarea unui act normativ care stabilea în mod tranzitoriu succesiunea instituțională în acest sens, astfel încât nu poate fi conceput nici în fapt și nici în drept existența unui vid în materie de exercitare a autorității publice⁵³. Ulterior, prin Constituția din anul 1948 s-au reglementat în detaliu structura puterii executive și atribuțiile acesteia, împărțite între guvern⁵⁴ și Prezidiul Marii Adunări Naționale a Republicii Populare Române⁵⁵. Mai târziu, preluând tale quale tiparul din 1906, s-a stabilit în anul 1952 că brevetele de invenții vor fi acordate printr-o hotărâre de guvern⁵⁶, în mod just considerată în literatura noastră de specialitate ca fiind „o soluție neoperativă [...] care în continuare a îngreunat procedura de eliberare a brevetelor”⁵⁷.

3. Comparație între prevederile Decretul nr. 214/1950 și HCM nr. 943/1950 și cele ale Decretului nr. 884/1967

În mod evident, Decretul nr. 884/1967 a reprezentat din multe puncte de vedere un progres față de Legea asupra brevetelor de invenții din anul 1906. În fond, această constatare nu trebuie să mire pentru că este vorba în cele din urmă de nu mai puțin de șase decenii nu doar de practică, ci și de teorie în materie. Regresul evident pe care l-ar fi înregistrat reglementarea ulterioară ar fi fost reprezentat de dreptul întreprinderilor de stat de a-și însuși brevetul de invenție în dauna inventatorului. O asemenea critică ar fi fost de neconceput în epocă, ea aducându-se abia odată cu căderea vechiului regim. Însă, la puțin peste două decenii de la schimbarea de paradigmă juridică, legiuitorul român a revenit asupra dreptului aproape absolut al inventatorului de a deveni și titularul dreptului de brevet, stabilind o preeminență a angajatorului de a obține un brevet de invenție pentru o invenție considerată a fi „de serviciu”⁵⁸. Este adevărat că reglementarea din 1967 nu lăsa de cele mai multe ori posibilitatea angajatorului de a opta sau nu pentru însușirea unui brevet de invenție ori, în situația în care angajatorul refuza (adică întreprinderea de stat), „Direcția Generală pentru Metrologie, Standarde și Invenții” desemna, „cu acordul ministerului în a cărui ramură de activitate poate fi aplicată invenția, întreprinderea căreia urmează să i se elibereze brevetul de invenție”⁵⁹. Desigur că prevederea era de fapt o etatizare și a fost reparată din punct de vedere al drepturilor materiale abia după abolirea regimului comunist⁶⁰.

Însă, cu tot acest inconvenient, legea aduce foarte multe noutăți, remarcabile în raport cu vechea reglementare:

- Definirea invenției⁶¹;
- Reglementarea coautoratului, cu excluderea celor care doar au contribuit practic numai la executarea invenției⁶²;
- Instituirea certificatului de inventator (pentru cei care nu erau titularii brevetelor de invenție);
- Instituirea depozitului reglementar⁶³;
- Transformarea brevetului într-unul atributiv prin introducerea examinării prealabile pentru toate cererile de brevet de invenție;
- Mărirea explicită a competențelor instanțelor de judecată în legătură cu litigiile privind brevetele de invenție⁶⁴.

Concluzii privind comparația dintre cele două acte normative

Orice comparație între cele două acte normative, cu excepția în primul rând a preeminenței întreprinderilor de stat în obținerea brevetului de invenție, denotă o reglementare superioară a decretului în comparație cu legea. De la numărul de articole (65 vs. 11), la conținutul reglementării, mult mai laborios și mai aplicat necesităților brevetării, reglementarea posterioară constituie un evident progres normativ. În afara punerii în litera legii a ideologiei politice tipice formei de stat a perioadei, noua reglementare a corespuns mult mai bine decât vechea reglementare. După cum

⁵² A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, p. 108.

⁵³ A se vedea în acest sens dispozițiile art. 2 și art. 6 din Legea nr. 363 din 30 decembrie 1947 pentru constituirea Statului Român în Republica Populară Română, publicată în „Monitorul oficial” nr. 300 bis din 30 decembrie 1947.

⁵⁴ „Organul suprem executiv și administrativ al RPR este guvernul” – art. 66 alin. (1) din Constituția Republicii Populare Române, publicată în „Monitorul oficial”, nr. 87 bis din 13 aprilie 1948.

⁵⁵ A se vedea deosebi art. 44 alin. (4) și urm. din Constituția RPR (1948).

⁵⁶ Art. 1 din Decretul nr. 86/1952.

⁵⁷ A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, p. 108.

⁵⁸ Legea nr. 83/2014 privind invențiile de serviciu, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 471 din 26 iunie 2014.

⁵⁹ Art. 8 din Decretul nr. 884/1967.

⁶⁰ Art. art. 71 alin. (3) din Legea nr. 64/1991.

⁶¹ Art. 4 din Decretul nr. 884/1967.

⁶² Art. 5 alin. (2) și (3), precum și art. 9 din Decretul nr. 884/1967.

⁶³ Art. 12 din Decretul nr. 884/1967.

⁶⁴ Y. Eminescu, *Legislația invențiilor, inovațiilor și raționalizărilor. Texte comentate*, Edit. Științifică, București, 1969, pp. 6 și urm. A se vedea bunăoară dispozițiile art. 43 și 44 din Decretul nr. 884/1967.

am spus deja, între cele două momente au trecut puțin peste 60 de ani, ceea ce, din această perspectivă, a reprezentat un progres evident necesar.

4. Comparație între prevederile Decretul nr. 884/1967 privind invențiile, inovațiile și raționalizările și cele ale Legii nr. 62/1974 privind invențiile și inovațiile

O comparare atentă a dispozițiilor celor două acte normative atestă faptul că între acestea nu există deosebiri majore. Ceea ce aduce nou actul subsecvent este un rol sporit al instituțiilor publice (de cercetare, proiectare și de învățământ), „precum și celelalte organizații socialiste” care „au obligația de a stimula și îndruma activitatea cadrelor științifice și tehnice pentru realizarea de invenții care să asigure promovarea largă a progresului tehnic și a concepției proprii în economie și de a lua toate măsurile pentru valorificarea eficienței a lor în producție, în activitatea social-culturală”⁶⁵.

O deosebire majoră cu privire la obiectul brevetabilității față de actul normativ anterior a fost includerea în categoria de invenții brevetabile a metodelor de diagnosticare și tratament medical⁶⁶, dispoziție singulară în economia redactărilor autohtone cel puțin și care, prin urmare, nu se va mai regăsi în legislația ulterioară. Este de notat că asemenea invenții nu puteau să aparțină decât organizațiilor socialiste de stat⁶⁷.

Un alt element de noutate îl reprezenta avizul conform emis de institutele centrale de cercetare, academiile de științe sau institutele de cercetare și proiectare de profil, obligatoriu pentru obținerea brevetului de invenție⁶⁸. Din câte cunoaștem, această dublă modalitate de analiză a invenției nu a fost decât expedită laconic în literatura de specialitate din acea vreme, consemnându-se că respectivele organe „datorită profilului lor sunt cele mai apte pentru a asigura un control efectiv și fundamentat al noutății și progresului pe care le reprezintă invenția”⁶⁹. În opinia noastră era vorba de o dublare a sarcinilor de serviciu care masca lipsa unui personal de specialitate la nivelul organismului însărcinat cu analiza invențiilor supuse brevetării⁷⁰.

O prevedere de neimaginat astăzi înfrângea dreptul exclusiv de exploatare conferit de brevetul de invenție: „Invențiile brevetate pentru care sînt titulare organizațiile socialiste din Republica Socialistă România pot fi folosite gratuit și fără îndeplinirea vreunei formalități de oricare organizație socialistă română”, acestora din urmă incumbându-le doar obligația de a anunța OSIM cu privire la utilizarea respectivei invenții⁷¹. În fond, era vorba de o reflectare a ideologiei politice în spiritul și litera legii, după cum s-a menționat supra.

Alte dispoziții care erau noi, dar care nu afectau în esență lor dispozițiile de fond ale brevetabilității și ocrotirii acesteia priveau bunăoară obligativitatea pentru organizația socialistă titulară de brevet de a experimenta, întocmi proiectele de execuție și de a aplica „invenția în cel mult un an de la desemnarea sa ca titular”⁷², plafonarea recompenselor materiale pentru inventatorii ai căror invenții au fost preluate de către organizațiile socialiste și, pentru simplificarea calculelor și în spiritul egalitarismului vremii, cuantumul recompensei era același, indiferent de numărul coinventatorilor⁷³, incriminarea ca infracțiune... „înainte de a fi înregistrată în țară”⁷⁴, precum și clasificarea invențiilor ca „secrete de stat până secrete de stat pînă la brevetarea și publicarea lor în Buletinul pentru invenții și mărci sau pînă la expedierea lor în străinătate de către Oficiul de Stat pentru Invenții și Mărci, în vederea brevetării în alte state”⁷⁵.

În concluzie, cu o diferență nesemnificativă de articole în plus, Legea nr. 62/1974 consolidează caracterul tot mai centralizat și mai complicat al funcționării sistemice al unei economii hipercentralizate și obsedate de control.

⁶⁵ Art. 3 din Legea nr. 62/1974.

⁶⁶ În tăcerea legii, prevederea era incidentă atât pentru medicina umană, cât și pentru cea animală – Y. Eminescu, *Tratat de proprietate industrială*, vol. I, *Creații noi*, Edit. Academiei RSR, București, 1982, p. 65.

⁶⁷ Art. 14 lit. (b) din Legea nr. 62/1974.

⁶⁸ Art. 22 alin. (1) din Legea nr. 62/1974.

⁶⁹ A. Petrescu, L. Mihai, *Drept de proprietate industrială. Introducere în dreptul de proprietate industrială. Invenția. Inovația*, Universitatea din București, Facultatea de Drept, 1987, p. 77.

⁷⁰ S-a observat că această prevedere legală a „complicat procedura de brevetare, în special, a invențiilor românești, care presupunea circulația documentației cererii de brevet în regim secret” – A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, p. 120.

⁷¹ Art. 29 alin. (1) din Legea nr. 62/1974.

⁷² Doar pentru cazuri „temeinic justificate”, termenul respectiv putea fi prelungit *sine die* „de institutele centrale de cercetare, academiile de științe sau organele centrale tutelare” – art. 26 din Legea nr. 62/1974.

⁷³ Autorilor, în exprimarea greșită a legiuitorului – art. 38 alin. (1) - (3) din Legea nr. 62/1974.

⁷⁴ Textul complet al incriminării dispunea astfel: „Depunerea unei cereri de brevet în străinătate, în scopul obținerii brevetului de invenție, înainte de a fi înregistrată în țară, precum și valorificarea invenției în străinătate de persoane neîmputernicite în acest scop, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă, în afară de cazurile în care constituie o infracțiune mai gravă” – art. 79 din Legea nr. 62/1974.

⁷⁵ Art. 61 alin. (1) din Legea nr. 62/1974. O analiză pe larg a dispozițiilor Legii nr. 62/1974, a se vedea la A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, pp. 119-120

5. Comparație între prevederile Legii nr. 62/1974 privind invențiile și inovațiile și cele ale Legii nr. 64/1991 privind invențiile

Căderea regimului comunist a avut efecte și în ceea ce privește regimul juridic al brevetării invențiilor datorită politizării normelor juridice și a nedreptăților create prin lege. Bunăoară, indiferent de avantajele economice aduse și de numărul invențiilor aplicate la un moment dat în practică, cuantumul recompensei anuale era plafonat ca pentru orice altă invenție singulară⁷⁶; în mod evident o expresie concretă a faptului că „în Republica Socialistă România statul asigură dezvoltarea continuă a activității de creație științifică”⁷⁷.

Înșușirea abuzivă a invențiilor de către stat / organizațiilor socialiste de stat, neplata drepturilor salariale bănești sau plăți derizorii în raport cu avantajele economice ale aplicării în industrie, în esență reglementări de tip sovietic, străine de soluțiile juridice caracteristice unui stat de drept, au determinat, nu la foarte mult timp după schimbarea regimului politic, schimbarea legislației în materia obținerii brevetelor de invenție printr-o reglementare modernă, cu soluții juridice noi și cu o mai detaliată a procedurii de brevetare⁷⁸.

Deși reglementarea în vigoare, spre deosebire de cea anterioară, nu mai definește invenția, ci „numai condițiile de calificare a invenției brevetabile”⁷⁹, soluția este judicioasă și conformă standardelor de redactare a unei legi moderne.

Ar mai fi de precizat că prin noua reglementare durata protecției unei invenții brevetate este de 20 de ani, „cu începere de la data de depozit”⁸⁰.

6. De la SIBE la OSIM

Legea din 1906 a creat un organism special cu atribuții în domeniul înregistrării brevetelor în cadrul Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor; titulatura acestuia nu pare a fi stabilă pentru legiuitor: capitolul al VI-lea al legii se intitulează „serviciul de brevete”, în text se menționează „serviciul industriei și al brevetelor”⁸¹, iar în regulament există un capitol distinct denumit întocmai ca și în lege „serviciul de brevete”, însă în text se vorbește de „Serviciul industriei și al brevetelor de invențiuni”⁸². Denumirea din regulament, deși pare mai greoaie, respectă obiectul de activitate al respectivei instituții. Deși nu credem că s-ar fi produs vreo confuzie cu alte brevete⁸³, acribia regulamentului este binevenită și deloc exagerată, mai ales că este vorba de reglementarea legală a unui organ de specialitate. În doctrină s-a impus însă denumirea prescurtată chiar de legiuitor și anume „serviciul de brevete”⁸⁴.

Denumirea nu avea să fie păstrată însă până în zilele noastre. Ea se va schimba de câteva ori, mai ales în cursul primelor două decenii ale instaurării regimului comunist în România, inconstanța denumirii fiind dublată de cea a subordonării ierarhice a respectivei instituții.

Restructurându-se guvernul Dimitrie A. Sturdza, în sensul că Ministerul Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor a fost scindat în Ministerul Agriculturii și Domeniilor și în Ministerul Industriei și Comerțului, în mod firesc, serviciul a trecut în subordinea celei din urmă autorități ministeriale⁸⁵. Reorganizarea din anul 1920 a ministerului în subordinea căruia se afla conduce la transformarea „Serviciului de brevete” în „Serviciul Proprietății Industriale”, și, din același an, în „Oficiul Proprietății Industriale”. La rândul ei, reorganizarea Ministerului Industriei și Comerțului în Ministerul Economiei Naționale nu a creat nici probleme de fond, nici de formă, „Oficiul Proprietății Industriale” rămânând în mod natural în subordinea acestuia⁸⁶.

Reorganizările ministeriale succesive până în anul 1950 nu au afectat nici atribuțiile, nici subordonarea ierarhică față de ministerul de resort. Reforma realizată în materia protecției invențiilor prin Decretul nr. 214/1950 și Hotărârea Consiliului de Miniștri nr. 943/1950 au consfințit și subordonarea „Oficiul Proprietății Industriale” în „siajul” Consiliului de Miniștri prin intermediul unor comitete sau direcții direct subordonate guvernului⁸⁷. Actuala denumire, respectiv Oficiul de Stat pentru Invenții și Mărci, a fost stabilită prin Decretul nr. 542/1969, prin care a fost înființat Consiliul Național al Cercetării Științifice în sarcina căruia intrau și atribuții de coordonare a OSIM⁸⁸. Astăzi OSIM

⁷⁶ Art. 38 alin. (3) din Legea nr. 62/1974.

⁷⁷ Art. 1 din Legea nr. 62/1974.

⁷⁸ Pentru amănunte, a se vedea Y. Eminescu, *Legea brevetelor de invenție*, pp. 7 și urm.

⁷⁹ I. Macovei, *Tratat de dreptul proprietății intelectuale*, Edit. CH Beck, București, 2010, p. 47.

⁸⁰ Art. 30 alin. (1) din Legea nr. 64/1991.

⁸¹ Art. 18 din Legea din 1906.

⁸² Art. 27 din Regulamentul de aplicare a legii.

⁸³ Cele de pilot de avion, bunăoară.

⁸⁴ Cu titlu de exemplu, A se vedea în acest sens, G. Fratostitzeanu, *Contribuțiuni teoretice și practice la studiul brevetelor de invențiuni*, Institutul de Editură „Samitca” Societate Anonimă, Craiova, 1916, p. 83.

⁸⁵ I. Mamina, I. Bulei, *Guverne și guvernanți: 1866-1916*, Edit. Silex, București, 1994, p. 227.

⁸⁶ A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, pp. 132-133.

⁸⁷ În perioada 1948-1989, dat fiind regimul de economie dirijată, au existat și alte „organe și instituții de stat, organizații socialiste” și chiar „persoane fizice având atribuții și răspunderi în materia invențiilor și inovațiilor”, fără a încălca însă competența exclusivă a OSIM-ului de atunci. Pentru amănunte, a se vedea V. Ursa, *Drept de proprietate industrială*, Universitatea din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, 1987, pp. 13-17.

⁸⁸ Art. 13 lit. (a) din Decretul nr. 542/1969, publicat în „Buletinul oficial”, partea I, nr. 81 din 29 iulie 1969. Pentru amănunte privind inclusiv sediul, a se vedea A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, pp. 132-134.

„este organ de specialitate al administrației publice centrale în subordinea Guvernului”⁸⁹ al cărui rol este singular, fiind „autoritate unică pe teritoriul României în asigurarea protecției proprietății industriale”⁹⁰.

Trebuie remarcat creșterea treptată a rolului serviciului în legătură brevetele de invenții. De la simplu oficiu de înregistrare și depozitare în anul 1906 și până la autonomie deplină în materia acordării brevetelor, singura în măsură să cenzureze eliberarea brevetelor fiind autoritatea judecătorească⁹¹. Astfel, inițial brevetul se acorda în baza unui decret regal, procedură cu iz de stat medieval în care privilegiile erau acordate de suveran, și preluată în primii ani de autoritățile „noului regim”⁹², în mod just considerată în literatura noastră de specialitate ca fiind „o soluție neoperativă [...] care în continuare a îngreunat procedura de eliberare a brevetelor”⁹³. De aceea, această soluție greoaie a fost înlocuită mai târziu prin posibilitatea Oficiului de Stat pentru Standarde și Invenții de a elibera în mod direct brevete de invenții⁹⁴, dispoziție păstrată până astăzi în legislație și care reprezintă în fond o procedură standard, adaptată dinamicii moderne a brevetării invențiilor.

7. De la „Monitorul oficial” la „Buletinul oficial al proprietății industriale”⁹⁵

Inițial, conform Legii din anul 1906, consacrarea brevetelor de invenții se publica în „Monitorul oficial”, aceasta realizându-se prin intermediul unui decret regal⁹⁶. O asemenea procedură nu era văzută ca fiind greoaie și excesivă prin implicarea șefului statului ca formalism dată fiind înapoierea tehnologică. Însă o asemenea publicare era insuficientă pentru exigențele timpului, astfel încât s-a stabilit prin regulament faptul că „descripțiunile brevetelor se vor publica textual sau în rezumat de către serviciul respectiv într’un buletin special”⁹⁷.

Inițial descrierile s-au publicat în „Buletinul Ministerului Agriculturii, Industriilor și Domeniilor”, conform subordonării în care se găsea serviciul de brevete. Ulterior, datorită schimbărilor serviciului, și publicațiile corespunzătoare au cunoscut varii denumiri și egide. Mai mult, nu a existat o singură publicație cu apariție neîntreruptă, ci mai multe, apărute în funcție de diverse împrejurări astfel: între 1906 și 1939 în cadrul „Revistei industriale” au fost publicate listele brevetelor de invenție, între 1907 și 1908, listele brevetelor au fost publicate și în „Foaia de informațiuni comerciale” (a Ministerului Industriei și Comerțului) ș.a.m.d.

Aderarea în anul 1920 la Convenția de la Paris a determinat editarea începând cu 1921 a „Buletinului oficial al proprietății industriale” până în anul 1932. Alte sincope și denumiri au ilustrat din plin schimbările de regim politic, inconstanța lor nefiind tocmai un punct forte cel puțin pentru documentare retroactivă.

Din anul 1991 însă există o constanță impusă de rigorile domeniului, revenindu-se la mai vechea denumire – „Buletinul oficial al proprietății industriale”, care publică în secțiunea „Invenții” atât cererile corespunzătoare depozitului național reglementar, cât și brevetele de invenție acordate⁹⁸.

Concluzii finale

Legislația în materia brevetelor de invenție a cunoscut o diacronie sinuoasă în România mai ales prin ingerința nepermis de adâncă a factorului politic în principii și reglementări care ar fi trebui să aibă un caracter echilibrat sau tehnic.

Legislația actualmente în vigoare, cu toate imperfecțiunile inerente, reprezintă totuși un progres real în legiferarea în materie, racordarea la dispozițiile internaționale sau receptarea problemelor din practică determinând elaborarea unor dispoziții legale coerente, unitare și actualizate inclusiv la nivel terminologic și al procedurii de înregistrare.

Ultima sută de ani în materia legislației brevetelor de invenție a reprezentat un interval de timp în care s-au produs modificări de cele mai multe ori calitativ-pozitive, ajungându-se astăzi la un sistem de reglementare eficient racordat la imperativele unui stat de drept⁹⁹.

⁸⁹ Art. 1 alin. (1) din Hotărârea Guvernului României nr. 573/1998 privind organizarea și funcționarea Oficiului de Stat pentru Invenții și Mărci, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 345 din 11 septembrie 1998.

⁹⁰ Art. 1 alin. (2) din Hotărârea Guvernului României nr. 573/1998.

⁹¹ Art. 52 și art. 54 din Legea nr. 64/1991.

⁹² Preluând *tale quale* tiparul din 1906, s-a stabilit în anul 1952 că brevetele de invenții vor fi acordate printr-o hotărâre de guvern – art. 1 din Decretul nr. 86/1952.

⁹³ A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, p. 108.

⁹⁴ Art. 8 din Decretul nr. 120/1955 privind organizarea Oficiului de Stat pentru Standarde și Invenții, publicat în „Buletinul oficial”, nr. 8 din 30 aprilie 1955.

⁹⁵ În conformitate cu regulile limbii române, „titlurile publicațiilor se scriu cu inițială majusculă numai la primul cuvânt: *România liberă* (ziar)” – *Îndreptar ortografic, ortoepic și de punctuație*, ediția a V-a, Edit. Univers Enciclopedic, București, 1995, p. 38.

⁹⁶ Art. 10 din Lege (1906).

⁹⁷ Art. 38 din Regulamentul Legii (1906).

⁹⁸ Pentru amănunte, a se vedea A. R. Bădăraș, N. M. Mihăilescu, *op. cit.*, vol. I, pp. 69-71.

⁹⁹ I. Macovei, *op. cit.*, p. 57.

ADMINISTRATORUL SOCIETĂȚII – PRIVIRE RETROSPECTIV ISTORICĂ, EVOLUȚIE LEGISLATIVĂ, REPERE CONTEMPORANE

Dragoș DAGHIE*

Abstract : *Our regulation in the field of companies has faced and undergone numerous changes both in terms of ideology but especially in terms of circumstances. Without making an exhaustive and complete historical presentation of the evolution of company regulations in Romania, we mention only the provisions of the Commercial Code and of Law no. 31/1990 as the contemporary benchmarks with regard to the relevant provisions of the regulations on (commercial) companies with legal personality but also in the matter of the administration of companies.*

These two pieces of legislation have successively undergone changes as a result of the need to adjust them to the current social reality and then as a result of need to align them with the standards imposed by the Community law in the matter of companies and that of the administration of companies.

The Commercial Code, in its initial form, mentioned the position of administrator at art. 90 par. (8) when specifying the content of the instruments of incorporation or the statutes of anonymous companies and those of limited partnerships. This form of the article was preserved until 23.08.1940 when it was modified by the Commercial Code of Carol II - Decree-Law no. 2773/1940 for the implementation of the Carol II Commercial Code.

This form of the Commercial Code, except for the provisions regarding the company and administration abrogated by the Law no. 31/1990, remained in force until the entry into force of the new Civil Code.

Keywords: *company, administration, evolution, director*

1. Considerații introductive

Reglementarea noastră în materie societară a cunoscut și a parcurs nenumărate schimbări atât ideologice dar mai ales conjuncturale¹. Fără a face o prezentare istorică exhaustivă și completă a evoluției reglementărilor societare în România, menționăm doar dispozițiile Codului comercial și ale Legii nr.31/1990 ca fiind reperele contemporane în ceea ce privește sediul materiei reglementărilor societăților (comerciale) dar și în ceea ce privește administrarea societății.

Aceste două acte normative au cunoscut, succesiv modificări ca urmare a necesității de actualizare la realitățile sociale curente și apoi ca urmare a necesității ralierei lor la standardele impuse de acquis-ul comunitar în materia societăților comerciale dar și al administrării.

Codul comercial, în forma sa inițială, menționa funcția de administrator la art. 90 alin. (8) atunci când specifica conținutul actelor constitutive sau statutele societăților anonime și acelea ale societăților în comandită prin acțiuni. Această formă a articolului s-a păstrat până la data de 23.08.1940 când a fost modificat de Codul comercial al lui Carol al II-lea - Decretul-lege nr. 2773/1940 pentru punerea în aplicare a Codului Comercial Carol al II-lea.

Prin modificarea adusă Codului comercial 1887 prin Decretul-lege nr.2773/1940 pentru punerea în aplicare a Codului Comercial Carol al II-lea, dispozițiile anterioare, de la art. 90 alin. (8) au fost mutate la art. 135.

Această formă a Codului comercial, cu excepția dispozițiilor referitoare la societate și administrație abrogate prin Legea nr.31/1990, au rămas în vigoare până la data intrării în vigoare a noului Cod civil.

2. Despre administrare și administratori în decursul istoriei

În forma Codului Comercial de până la modificarea survenită prin Decretul-lege nr.2772/1940, exista o regulă cu privire la administratori, regulă ce s-a păstrat și în forma inițială a Legii nr.31/1990, potrivit căreia unicul administrator sau cel puțin o treime din numărul acestora trebuiau să fie români, în cazul societății în comandită.

Aceeași regulă s-a păstrat și în cazul societății anonime, cu precizarea în plus că în societățile ale căror statute permiteau dobândirea de imobile rurale, altele decât cele destinate la construcția unui stabiliment industrial, sau la o exploatare industrială, și dependențele lor, jumătate plus unul din numărul administratorilor trebuiau să fie români, o teză care arăta caracterul puternic tradițional al societăților din acea perioadă.

Art. 121 din Codul comercial 1887 stipula, în cazul societăților anonime un număr minim de 7 asociați, administrarea realizându-se de mai mulți mandatar temporali, revocabili, asociați sau nu. Numărul de acționari ai

* Lect.univ.dr., Universitatea „Dunărea de Jos” Galați, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Departamentul de Științe Juridice; e-mail: dragos.daghie@ugal.ro.

¹ Pentru o prezentare amănunțită a evoluției reglementărilor în materia societăților, a se vedea St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pag. 119 și urm.

societății pe acțiuni s-a redus la 5 în forma inițială a Legii nr.31/1990 urmând ca, după modificarea acesteia prin Legea nr.441/2006 numărul minim să se reducă la 2 acționari.

Cu privire la puterile administratorilor, Codul comercial 1887 prevedea, în art. 107 referitor la societatea în comandită, că dispozițiile prezentului cod se vor completa cu art.1514 – 1517 C.civ. 1864, dispoziții ce nu se mai regăseau la societatea anonimă și la societatea în comandită.

Aceste prevederi nu se mai regăsesc în Codul comercial 1940 care modifică substanțial materia societăților prin introducerea societății cu răspundere limitată și a societății în comandită simplă și pe acțiuni.

De asemenea, această reglementare dedică ample secțiuni societății pe acțiuni, funcționării societății, adunărilor generale și administrării societății – art.234-252.

De altfel, lectura Codului comercial 1940 ne conduce la concluzi că structura dar și multe dintre instituțiile cuprinse în acesta se regăsesc în Legea nr.31/1990 atât în forma inițială cât și în forma actuală

În ceea ce privește reglementarea contemporană cu privire la administrator, potrivit art. 72 din Legea nr.31/1990: „Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”. Această dispoziție o regăsim și în art.175 C.com. 1940, fără a fi prezentă în C.com. 1887.

În doctrină² problema naturii juridice a raporturilor dintre societate și administrator este prezentată în mod diferit.

Opinia clasică susținea calificarea acestor raporturi juridice ale societății cu administratorul ca izvorând dintr-un contract de mandat de drept comun³. Această concepție se baza pe dispozițiile Codului comercial român care exprima, în art.122 și 123⁴, că societatea anonimă se administrează de unul sau mai mulți mandatar temporari iar aceștia răspund de executarea mandatului lor.

Această concepție clasică își avea sorgintea în dispozițiile franceze ale Codului comercial (art.31) și Legea din 24 iulie 1867 (art.22) care, în mod identic, prevedea posibilitatea administrării societății anonime de unul sau mai mulți mandatar temporari⁵.

Doctrina modernă⁶, într-una dintre opiniile formulate, a considerat că ideea de mandat este absorbită de conceptul mai larg al reprezentării, avându-se în vedere faptul că funcția administratorului este marcată de exigențele ordinii publice. Ca atare, natura juridică a mandatului ar fi cu un conținut legal, asemănător tutorelui⁷.

Potrivit unei alte opinii inspirată de curentul organicist, s-a considerat că administratorul este un organ prin care societatea își realizează activitatea, extrăgându-și puterea din lege și nu din contractul cu societatea sau cu asociații⁸. Acestei opinii i se opune teoria contractualistă care privește funcția de administrator ca un simplu mandatar al societății, revocabil ad nutum⁹.

² St.D. Cărpenaru, *Drept comercial român*, ed. a 8-a, Ed. Universul Juridic, București, 2008, pag. 238-240 (citată în continuare *Cursul VIII*); I.L. Georgescu, *Drept comercial român*, vol. II, Ed. All Beck Restitutio, București, 2002, pag. 397-406; Gh. Piperea, *Societăți comerciale, piață de capital. Acquis comunitar*, Ed. All Beck, București, 2005, pag. 124-125 (citată în continuare *Societățile*); N. Dominte, *Organizarea și funcționarea societăților comerciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pag. 241-251; C. Gheorghe, *Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială*, Ed. All Beck, București, 2003, pag. 94-99 (citată în continuare *Voința*); Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*, Ed. All Beck, București, 1998, pag. 60-67 (citată în continuare *Răspunderea*); S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, *Drept comercial*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pag. 116-117; S. Popa, *Drept comercial. Teorie și practică judiciară*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, pag. 166-175 (citată în continuare *Comercial 2008*); S. Cristea, *Dreptul afacerilor pentru învățământul economic*, Ed. Universitară, București, 2008, pag. 163-197; D. Șandru, *Societățile comerciale în Uniunea Europeană*, Ed. Universitară, București, 2006, pag. 236-259; Gh. Piperea, *Drept comercial*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pag. 201-204 (citată în continuare *Cursul*); St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ediția a 3-a, Editura C.H. Beck, București 2006, pag. 232-236 și 430 și urm (citată în continuare *LSC3*); I. Schiau, T. Prescure, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Analize și comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2007, pag. 235-237 (citată în continuare *Legea 2007*); C. Cucu, M. Gavriș, C. Bădoiu, C. Haraga, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990, repere bibliografice, practică judiciară, decizii ale Curții Constituționale, adnotări*, Ed. Hamangiu, București, 2007, pag. 136-137; C. Roșu, *Natura juridică a raporturilor dintre administrator și societatea comercială*, în în Revista de drept comercial, nr. 4/2001, pag. 80; C. Roșu, *Natura juridică a funcției administratorilor societăților comerciale în dreptul francez*, în Revista de drept comercial, nr. 10/2002, pag. 162 și urm.; C. Roșu, *Contractele de mandat și efectele lor în dreptul civil și comercial*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, pag. 216 și urm.

³ D.D. Gerota, *Curs de societăți comerciale*, Ed. Fundația Culturală Regele Mihai I, București, 1928, pag. 85-86.

⁴ Art. 122 și 123 C.com au fost abrogate de art. 287 din Legea nr. 31/1990.

⁵ Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 11e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2007, pag. 412-413. Inovațiile au fost aduse în legislația franceză de către Legea din 24 iulie 1966, lege care a oferit posibilitatea de a opta între sistemul clasic de administrare societății comerciale (consiliul de administrație și un președinte) și sistemul nou, inspirat din dreptul german, directoratul și consiliul de supraveghere.

⁶ Opinii regăsite în St.D. Cărpenaru, *Cursul VIII*, pag. 239 și I.L. Georgescu, op. cit., vol. II, pag. 397

⁷ I.L. Georgescu, op. cit., vol. II, pag. 397.

⁸ S. David, F. Baias, *Răspunderea civilă a administratorului societății comerciale*, în Dreptul, nr. 8/1992, pag. 13 și urm.; E. Munteanu, *Unele aspecte privind statutul juridic al administratorilor societăților comerciale (II)*, în Revista de drept comercial, nr. 4/1997, pag. 76-82. În acest sens administratorul nu este considerat ca fiind un subiect de drept distinct de societate, ci este o parte integrantă a societății acționând în temeiul puterilor conferite de lege.

⁹ I.L. Georgescu, op. cit., vol. II, pag. 399; St.D. Cărpenaru, *Administrarea societăților comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990*, în Revista de drept comercial, nr. 2/1993, pag. 33; O. Căpățână, *Caracteristicile generale ale societăților comerciale*, în Dreptul, nr. 9-12/1990, pag. 14; Codul comercial adnotat, Ed. Tribuna Craiova, Craiova, 1994, pag. 170, nota 2; M. Juglart, B. Ippolito, *Les sociétés commerciales. Cours de droit commercial*, 2e volume, 10e édition, Ed. Montchrestien, Paris, 1999, pag. 167-170; I. Schiau, T. Prescure, *Legea 2007*, pag.

O altă părere¹⁰, în calificarea raporturilor dintre administrator și societate, pornește de la faptul că administratorul desfășoară o activitate permanentă și retribuită pentru societate considerându-se astfel că raportul juridic dintre administrator și societate este un contract de muncă. Totuși, ponderea funcției de administrator este dată de actele juridice și nu de actele materiale ca în cazul contractului de muncă¹¹.

În calificarea raporturilor juridice dintre administrator și societate trebuie plecat de la dispozițiile Legii nr.31/1990 care în art.72 dispune: „Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”.

Interpretarea art.72 nu poate fi alta decât calificarea raporturilor juridice dintre administrator și societate ca fiind raporturi de mandat. Bineînțeles că nu poate fi vorba decât despre un mandat comercial (profesional) și nu civil (neprofesional)¹², deoarece parte în contractul de mandat este o societate¹³. În reglementarea anterioară obiectul mandatului comercial era reglementat în cuprinsul Codului comercial, unde potrivit art.374 alin. (1) C.com. se prevedea: „Mandatul comercial are de obiect tratarea de afaceri comerciale pe seama și socoteala mandatului”, ceea ce înseamnă că administratorul va încheia acte juridice, va face fapte juridice și va executa operațiuni materiale în numele și pe seama societății¹⁴. Prevederile actuale, respectiv art.2009 și urm. C.civ. nu fac o distincție expresă între contractul de mandat civil și comercial. Cu toate acestea, din formularea textului art.2010 C.civ. se deduce existența acestei clasificări, având în vedere faptul că mandatul dat pentru acte de exercitare a unei activități profesionale se prezumă a fi cu titlu oneros.

Mandatul administratorului ordinar este un mandat comercial profesional acesta având atribuții în a gestiona afacerile societății¹⁵.

Raporturile juridice dintre administrator și societate sunt socotite a fi raporturi juridice de mandat profesional comercial și nu de reprezentare legală¹⁶, reprezentarea fiind un raport accesoriu mandatului¹⁷, mandatul putând fi cu sau fără reprezentare¹⁸. Astfel, se consideră că puterile mandatarului comerciantului sunt mai mari decât cele ale mandatului civil neprofesional, mandatarul comerciantului putând îndeplini toate operațiunile comerțului și se poate întinde până la limita acestuia¹⁹.

Mandatul pe care îl primește administratorul provine de la o entitate colectivă, persoana juridică²⁰.

233-234. Oponenții teoriei organiciste argumentează că administratorul nu poate fi organ al societății întrucât el nu contribuie la formarea voinței sociale, ci la executarea acesteia. În acest sens, a se vedea și C. Gheorghe, *Voința*, pag. 95; I.L. Georgescu, op. cit., vol. II, pag. 397, 408-411.

¹⁰ S. Popa, *Comercial 2008*, pag. 171; B. Ștefănescu, I. Ștefănescu, *Corelația între răspunderea administratorilor - salariații potrivit Legii nr. 31/1990 și răspunderea acestora conform Legii nr. 53/2003 - Codul muncii*, în *Dreptul*, nr. 2/2006, p. 68; Șt. Beligrădeanu, *Noul statut legal al conducătorilor agenților economici al căror capital aparține în întregime sau majoritar statului și unei unități administrativ-teritoriale*, în *Dreptul*, nr. 8/2001, pag. 3.

¹¹ St.D. Cărpenaru, *Cursul VIII*, pag. 239; St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *LSC3*, pag. 234-235. Este adevărat că temeiul mandatului încredințat administratorului poate avea un fundament diferit, putându-se greșa pe calitatea de asociat sau plecând de la un contract de muncă încheiat între societate și administrator, când acesta nu are calitatea de asociat, în situația de față contractul de muncă se va suspenda, în temeiul art. 137¹ alin. (3) din Legea nr. 31/1990.

¹² St.D. Cărpenaru, *Administrarea societăților comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990*, în *Revista de drept comercial*, nr. 2/1993, pag. 33; O. Căpățână, loc. cit., pag. 14. Aceste opinii se refereau la reglementarea anterioară Noului Cod civil, principii care pot fi însă aplicate și actualmente.

¹³ Potrivit reglementării anterioare, art. 56 C.com.: „Dacă un act este comercial numai pentru una din părți, toți contractanții sunt supuși, încât privește acest act, legii comerciale, afară de dispozițiile privitoare la persoana chiar a comercianților și de cazurile în care legea ar dispune altfel”. Mandatul este comercial și datorită atribuțiilor specifice administratorului de a gestiona afacerile societății - Gh. Piperea, *Societăți*, pag. 125. Firește că nu mai putem vorbi despre un mandat comercial și civil, în reglementarea actuală, putându-se face referire la un mandat profesional și unul neprofesional.

¹⁴ Gh. Piperea, *Societăți*, pag. 125; Tratarea de afaceri comerciale înseamnă săvârșirea de activități de producție, comerț sau prestări servicii. Acestea nu sunt numai acte juridice, ci și fapte juridice și operațiuni materiale, deoarece legiuitorul a dorit să supună legii comerciale nu numai raporturile juridice izvorâte din acte juridice ci și raporturile juridice rezultate din fapte juridice - St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pag. 33-34 (citată în continuare *Tratat 2009*).

¹⁵ Gh. Piperea, *Societăți*, pag. 125; S. Popa, *Comercial 2008*, pag. 170.

¹⁶ S. David, F. Baias, loc. cit., pag. 21 și urm.; E. Munteanu, loc. cit. II, pag. 77. Autorii consideră administratorul ca făcând parte integrantă din societate, nefiind un subiect de drept distinct, acționând în temeiul puterilor conferite de lege. A se vedea și I. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, *Natura raportului juridic dintre societățile comerciale și administratorii sau directorii acestora*, în *Revista română de drept privat*, nr. 1/2009, pag. 47 și urm.

¹⁷ C. Bîrsan, V. Dobrinioiu, Al. Țiclea, M. Toma, *Societățile comerciale. Organizarea, funcționarea, răspunderea, T.V.A.*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1993, pag. 82. Reprezentarea este numai de natura mandatului nu și de esență sa - Fr. Deak, St.D. Cărpenaru, *Contracte civile și comerciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1993, pag. 155 și 318. Pentru natura juridică a contractului de mandat a se vedea și N. Chera, *Obligațiile comerciale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2008, pag. 311 și urm.

¹⁸ St.D. Cărpenaru, *Cursul VIII*, pag. 239.

¹⁹ Fr. Deak, St.D. Cărpenaru, op. cit., pag. 319. Potrivit reglementării anterioare, art. 395 C.com. dispunea: „Față cu cei de al treilea, mandatul tacit al președintelui se socotește general, și cuprinde toate actele necesare exercițiului comerțului pentru care este dat. Patronul nu poate opune celor de al treilea vreo restricțiune a mandatului tacit, dacă nu probează că ei o cunoșteau în momentul contractării obligațiunii”.

²⁰ C. Gheorghe, *Voința*, pag. 95. Autorul propune în acest sens două situații de fapt: „Procura dată în numele unei persoane juridice este privită nu ca un act personal al semnatarilor - persoane fizice - ci ca un act emanat de la însuși mandant, persoană juridică (...) ea își conservă valabilitatea chiar după expirarea delegației persoanelor semnatarea (...) cât timp nu a fost revocată” - Curtea de Casație, s. a III-a, dec. nr. 351/1928, în *Practică judiciară în materie comercială*, vol. II, Ed. Lumina, București, 1991, pag. 104; actele juridice încheiate de administratori

Conținutul mandatului este în primul rând contractual²¹ deoarece obligațiile administratorului sunt rezultanta împuternicirii date de către asociați prin manifestarea de voință a acestora materializată în actele constitutive sau hotărârile adoptate de adunarea generală a asociațiilor. Este, de altfel, și specificul relațiilor raporturilor de mandat, acțiunea mandatarului fiind circumscrisă voinței mandantului care se manifestă prin numirea mandatarului, fixarea împuternicirii acestuia și sferei acțiunii sale, revocarea acestuia²².

Totuși, conținutul mandatului nu este exclusiv contractual²³, deoarece interesul de ordine publică a funcției de administrator determină reglementarea unor obligații prin lege. Astfel art.72 din Legea nr.31/1990, teza finală, stabilește că pe lângă aplicarea regulilor mandatului obligațiilor și răspunderii administratorilor, mai există și dispoziții legale speciale referitoare la obligații și răspundere cuprinse în prezenta legiferare.

Prin urmare, specificitatea raporturilor juridice dintre societate și administrator sunt de mandat profesional comercial cu o dublă natură juridică - contractuală și legală.

Administratorul este purtătorul voinței sociale, deși nu participă la formarea ei, el este cel ce o exprimă direct în raporturile cu terți, el nu este un simplu mandatar (cu obligații pur contractuale) ci este purtătorul voinței sociale, exprimând-o și executând voința socială²⁴.

În doctrină²⁵ s-a exprimat opinia similitudinii dintre contractul de administrare cu contractul de management. Astfel s-a arătat, pertinent faptul că în mod asemănător contractul de administrare are aceleași caracteristici cu contractul de management, acesta din urmă fiind o varietate a contractului de mandat. Totuși, nu este admisibilă concluzia exprimată conform căreia managerul ar dobândi calitatea de comerciant/profesionist pe timpul exercitării funcției spre deosebire de administrator care nu dobândește această calitate²⁶.

3. Concluzii

Noutățile aduse prin modificarea Legii nr.31/1990 de către Legea nr. 441/2006 au fost unele de sorginte anglo-saxonă (guvernarea corporativă, capitalul autorizat) sau de origine romano-germanică, toate având în principal ținta îndreptată către societățile pe acțiuni.

De altfel, astfel cum am precizat, multe dintre instituțiile introduse prin Decretul-lege nr.2773/1940 pentru punerea în aplicare a Codului Comercial Carol al II-lea se regăsesc și acum în Legea nr.31/1990 ceea ce ne îndreptățește să ajungem la concluzia că multe dintre inovațiile legislative introduse în trecut încă își mai găsesc aplicabilitatea.

rămân valabile și dacă aceștia au fost revocați pentru că „cel ce se obligă în momentul când administratorul însărcinat cu conducerea societății semnează un contract, nu este persoana administratorului ci societatea” - Curtea de Casație, s. a III-a, dec. nr. 1602/1935, în Practică judiciară în materie comercială, vol. II, Ed. Lumina, București, 1991, pag. 106.

²¹ St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *LSC3*, pag. 235; St.D. Cărpenaru, *Cursul VIII*, pag. 240; I. Schiau, T. Prescure, *Legea 2007*, pag. 236. Trebuie subliniat faptul că autorii din urmă citați se rezumă la a califica natura juridică a mandatului doar ca fiind contractuală deși întinderea sa este conturată și prin incidența unor dispoziții legale. Opozabil acestei păreri, se susține în doctrină doar caracterul legal al contractului de mandat comercial profesional al administratorului societății, prin aceea că se raporta regimul juridic al acestuia la dispozițiile legale incidente, respectiv art. 374 și urm. C.com. completat, în temeiul art. 1 C.com., cu art. 1532 și urm. C.civ. - C. Cucu, M. Gavriș, C. Bădoi, C. Haraga, *op.cit.*, pag. 137. Actualmente, raționamentul poate fi păstrat cu înlocuirea însă a temeiului invocat cu dispozițiile art. 2010 alin. (1) C.civ.

²² St.D. Cărpenaru, *Cursul VIII*, pag. 240. Potrivit art. 137¹ alin. (4) din Legea nr. 31/1990: „Administratorii pot fi revocați oricând de către adunarea generală ordinară a acționarilor”.

²³ Gh. Piperea, *Societățile*, pag. 124; St.D. Cărpenaru, *Cursul VIII*, pag. 240; St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *LSC3*, pag. 235; N. Dominte, *op. cit.*, pag. 245;

²⁴ C. Gheorghe, *Voința*, pag. 95; Gh. Piperea, *Societățile*, pag. 124; I.L. Georgescu, *op. cit.*, vol. II, pag. 375

²⁵ Gh. Piperea, *Cursul*, pag. 207-208, N. Dominte, *op. cit.*, pag. 245-247.

²⁶ N. Dominte, *op. cit.*, pag. 245. Nici în cazul managerului acesta nu săvârșește fapte de comerț (activități de producție, comerț sau prestări de servicii – potrivit art. 3 C.civ.) în nume propriu, ca o profesie sau în exploatarea unei întreprinderi, acesta neasumându-și riscul afacerii.

**SECȚIUNEA
DREPT PUBLIC**

DIMENSIUNEA AXIOLOGICĂ A DREPTULUI

Ion CRAIOVAN*

Abstract : *Man is also an "aestiman", a being who inherently chooses. The value implies a relationship between "something" worthy of prize and "someone" able to give appreciation, a relationship between the valorized object and the valorizing subject. Introducing the notion of value into the center of legal theory means to appreciate precisely the way in which the law defends individual and collective interests. A value-based, minimal and open value system could include: legal truth, freedom, justice, legal security, public good. The concentrated expression of this system, its paradigm could be human dignity, in the broadest sense, as respect for the human condition in all its variety.*

In contemporary societies, in democratic states, the establishment of law is made by the recipients of legal norms by citizens by promoting the interests and values shared by them in democratic processes that confer lawfulness and legitimacy to law (J. Habermas). This process is not exempt from disruptions, manipulations, perverse effects, in which the law is always imperfect but perfect, and social values guide that. Romania makes the historical experience, in specific ways, of the value dimension of law.

The overcoming of negative, crisis phenomena can not be done outside the promotion of culture as a patrimony of humanity. The culture of time and of society is the factor that, ultimately, gives value to democratic processes and controls the law. Also, education, social innovation processes, where technology and the information society are value-oriented, protect the identity and dignity of the human being, their right to a decent life, fundamental rights and freedoms, where law has a prime role rank and in which Justice as a value is the principle of coordination among human beings that tends towards harmony, congruence, proportionality, emerges as the original value of law, in solidarity with other social values.

Key words: *axiology; law; juridical values; romanian society; contemporaryity,*

I. Coordonate cardinale ale valorii. Valoare și contemporaneitate

Universul filosofic al valorii atrage, repugnă sau provoacă reticențe dar se vădește de neocolit de către ființa umană în perpetua sa tentativă de autodefinire și "construire".

Relația omului cu lumea valorilor nu este pur și simplu un "exercițiu cultural" mai mult sau mai puțin opțional. Lumea valorilor este chiar lumea sa, omul este și un "aestimans", o ființă care alege în mod inerent. El alege nu numai pentru că preferă să aleagă ci și pentru că se află neîncetat și efectiv în tot felul de situații în care trebuie să aleagă, resimțind acut nevoia unei ghidări apreciative, a unei opțiuni valorice.

În contemporaneitate se poate remarca coexistența marilor tradiții axiologice, nuanțarea extrem de diversă a acestora, apariția unor puncte de vedere noi, axiologia înregistrând "zone" certe dar și controversate, probleme soluționate dar și probleme rămase deschise, aspecte perene dar și efemere, elucidate sau încă necunoscute, pline de mister, ca însăși condiția umană¹.

Valoarea poate fi definită ca o "relație socială în care se exprimă prețuirea acordată unor obiecte sau fapte (naturale, sociale, psihologice), în virtutea unei corespondențe a însușirilor lor cu trebuințele sociale ale unei comunități umane și cu idealurile acesteia. Deși valoarea se constituie prin raportarea obiectelor la trebuințele sociale, istoricește determinate de practică, se atribuie denumirea de valoare chiar lucrurilor, ideilor sau acțiunilor cărora anumite comunități umane le acordă prețuire și către care ele aspiră."² Valoarea, ca fenomen, prezintă o triplă determinare:

- a. actul valorizator se desfășoară la nivelul conștiinței sociale;
- b. aprecierea umană deși e subiectivă are premise obiective;
- c. valoarea se stabilește pe anumite criterii condiționate istoricește și socialmente de praxis³.

Încercând să conchidem cu privire la aspectele semnalate în această scurtă incursiune în lumea valorii incluzând și alte note definitorii, fără a viza însă o prezentare exhaustivă care să excludă controversa, ci doar o posibilă schiță a unui "tablou referențial axiologic" cu intenția de a o valorifica în analiza fenomenului juridic sintetizăm:⁴

- pentru a sesiza faptele sociale în genere, omul trebuie să aibă o conștiință teleologică, adică o conștiință a scopului și a valorii (P. Andrei);

* Prof. univ.dr., Cercetător științific de onoare, Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române; e-mail: icraiovan@yahoo.com

¹ Culic, N. *Valoarea – dimensiune a existenței umane*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1988.

² *Dicționar de filosofie*, Editura Politică, București, 1978, p. 759.

³ Alexandrescu I., *Persoană, Personalitate, Personaj*, Editura Junimea, Iași, 1988, p. 316.

⁴ Grunberg L., *Axiologia și condiția umană*, Editura Politică, București, 1972.

- însușirea existenței de către conștiința umană se realizează printr-un demers discursiv, rezultat al actului de cunoaștere rațională, care constituie o tentativă cognitivă de dezvăluire a structurilor lumii “ca atare” dar și printr-o atitudine valorizatoare prin care omul instituie semnificații, conferă lucrurilor și acțiunilor un statut preferențial;

- un fapt devine valoric de îndată ce intră în câmpul dinamic al intereselor și aprecierilor noastre;

- valoarea implică un raport între “ceva” demn de prețuit și “cineva” în măsură să acorde prețuire, un raport între obiectul valorizat și subiectul valorizator. Acest raport are un caracter social întrucât subiectul valorizator acordă prețuire acelor obiecte, activități sau creații care, prin însușirile lor obiective, se dovedesc apte să satisfacă trebuințe, necesități, aspirații umane iar aceste trebuințe, necesități, aspirații sunt istoricește și socialmente condiționate de practică. Există deci o corespondență inalienabilă între însușirile unui fapt valoric și trebuințele și idealurile umane;

- actul de valorizare, constituindu-se la nivelul conștiinței sociale, are prioritate față de actele de preferință, care au loc la nivelul conștiinței individuale deși se realizează numai prin acestea. Altfel spus, actul de valorizare este o preferință validată de o comunitate umană;

- există un sistem de valori pentru fiecare comunitate umană, schimbările istorice și sociale antrenând modificări ce privesc criteriile de valorizare cât și pe cele de înlănțuire și ierarhizare ale valorilor și imprimând o anumită dinamică a valorilor;

- poate fi remarcată existența unor valori general-umane, valori care răspund unor trebuințe (nevoi și aspirații) universale ale tuturor oamenilor, aceștia le-au valorizat (prețuit și dorit) și valorificat indiferent de timpul istoric;

- fiecare valoare are o finalitate intrinsecă, ceea ce echivalează cu a spune că valorile sunt ireductibile, neputând fi raportate la o categorie mai largă. În acest sens, Kant arată că există trei manifestări ale sufletului omenesc producător de cultură – adevărul, binele, frumosul – ce rezultă din trei energii speciale ale sufletului uman: adevărul – din ceea ce numește rațiunea pură; binele – din rațiunea practică și frumosul – din sentiment. Demersul axiologic trebuie să releve funcția specifică ireductibilă a fiecărei valori în viața socială și a individului⁵;

- omul creează valori și se creează prin valori, care devin coordonate ale acțiunii umane și determinanții ontologice ale condiției umane. Valorile motivează, orientează, oferă criterii de apreciere, modele și sisteme de referință, principii de evaluare, pentru acțiunea umană. Ele propun individului un complex de soluții codificate care “memorează” experiența colectivă a grupului din care face parte, anticipează și umanizează creațiile sale;

- valorile contribuie la cooperarea indivizilor, având o funcție integratoare în societate, fiind în același timp “fermenți” în procesele de anticipare și creativitate socială.

Încercările contemporane de surprindere a diferitelor configurații valorice și a unor posibile ierarhii, relevă semnificația valorilor filosofice, morale, științifice, politice, juridice, religioase, economice, artistice⁶.

Se argumentează poziția privilegiată a filosofiei, aptă să soluționeze “deruta axiologică”, să dețină un rol coordonator, ordonator și de călăuză, în condițiile pluralismului de idei, prin acele concepții de viață care ies învingătoare dintr-o confruntare loială dusă cu forța argumentelor convingătoare⁷. Pentru realizarea acestui deziderat nobil dar plin de riscuri și responsabilități, filosofia trebuie să fie o instanță capabilă să “regândească” problemele umane și deopotrivă, aptă să ofere și modul de rezolvare a acestora⁸.

II. Drept și valoare

Introducerea noțiunii de valoare în centrul teoriei juridice, apreciază M. Virally, nu este o operă inutilă, nici orientare spre idealism, nici lansare în speculații de ordin filosofic sau moral. Din contră, înseamnă a aprecia cu exactitate maniera în care dreptul apără interesele individuale și colective⁹.

Conceperea complexă a dreptului include dimensiunea axiologică, dreptul, fiind produsul faptelor sociale și al voinței omului, un fenomen material și un ansamblu de valori morale și o ordine normativă, un ansamblu de acte de voință și de acte de autoritate, de libertate și de constrângere¹⁰. Dreptul, remarcă Fr. Rigaux, este în indisolubilă legătură cu valorile supreme ale societății noastre. Rehinder propune o teorie tridimensională a cunoașterii dreptului ca știință a valorilor, știință a normelor, știință a realității, cu privire la care s-a remarcat caracterul complex al conceperii dreptului¹¹.

Însuși procesul de constituire a normei juridice implică o dimensiune valorică inerentă, deoarece acesta se raportează la plenul posibilității și al virtualității, reținându-se selectiv ceva din sfera posibilității, voința raportându-se la ceea ce nu este încă, la un ideal spre care trebuie să tindă o realitate.

⁵ Stroe C., *Despre ierarhia valorilor și criteriile sale*, în Revista de filosofie nr. 1/1993, p. 26

⁶ *Ibidem*, p. 156.

⁷ Parfait N., *Heidegger et la politique, Hermeneutique et revolution în Le Cahier de college internationale de philosophie*, nr. 8, Editions Osiris, Paris, oct. 1989, p. 113.

⁸ Witt-Hansen J., *Le futurologue*, în Le temps et le philosophes, P. Ricoeur, Paris, 1978, p. 235-248.

⁹ Virally M., *La pense juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 30.

¹⁰ Bergel I.L., *Theorie generale du droit*, Dalloz, Paris, 1985, p. 13.

¹¹ Carbonnier J., *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, p. 18-19.

Astfel selecția împrejurărilor evocate de ipoteza normei juridice are un temei valoric, nefiind o simplă prezentare ale unor elemente factuale, dispoziția se dă în numele unor valori, care o legitimizează, iar sancțiunea este și ea indisolubil legată de rațiuni axiologice.

Se poate constata primatul valorii asupra normei juridice, aceasta din urmă "fixând" valoarea ca atare, conferindu-i o dimensiune juridică, "operaționalizând" instituind prescripții care în diverse maniere, prin prohibiții, obligații, variante comportamentale permise, apără valoarea.

Normele juridice pot fi concepute ca "modele abstracte și generale de intervenție în relațiile interindividuale și de grup, astfel încât să se obțină coordonarea conduitelor individuale cu aspirațiile valorice obiective estimate și totodată să fie satisfăcute și interesele materiale și spirituale ale mării majorități a indivizilor din comunitate"¹².

Dreptul, "el însuși un fapt social" (E. Durkheim) nu preia în mod mecanic faptele, semnificația fiind atribuită prin referință la valori¹³.

III. Valorile care orientează dreptul

Valorile ca "entități preuite" sunt preferate prin excelență pentru a exprima ceea ce este dezirabil în drept, ceea ce "trebuie să fie".

Dreptul implică o ierarhie de valori fără de care consistența sa va fi inexplicabilă, însă cât privește găsirea valorii unice și ultime, dar și a ansamblului "construcției valorice", filosofia și doctrina juridică relevă un adevărat caleidoscop. În acest sens, M.F. Puy prezintă o enumerare a cărei dezvoltare este considerată instructivă: binele (Platon), justiția (Aristotel), ordinea (Cicero), pacea (Sf. Augustin), binele comun (Sf. Thomas), puterea (Machiaveli), certitudinea (Bacon), securitatea (Hobbes), egalitatea-democrația (Rousseau), libertatea (Kant), utilitatea generală (Bentham), statul (Hegel), previziunea (Comte), solidaritatea (Duguit)¹⁴.

Comentând rolul valorilor sociale ca factori de configurare a dreptului, prof. I. Ceterchi preciza că valorile care ghidează dreptul nu sunt de natură strict și exclusiv juridică, dimpotrivă, ele au o dimensiunea mai largă de natură morală, politică, socială, filosofică în general. Aceste valori trebuie înțelese în dinamica lor istorico-socială. Deși unele dintre ele pot fi regăsite în toate sistemele de drept ca, de pildă, justiția, totuși specificul și particularitățile istorice își pun amprenta asupra lor. Valorile sociale ale unei societăți trebuie deduse primordial din filosofia (socială, morală, politică, juridică) ce prezidează și orientează forțele sociale din societatea respectivă.

Referindu-se la valorile sociale care orientează dreptul în perioada posttotalitară în România, autorul menționat, enumera, alături de justiție, democrația, demnitatea umană, securitatea (siguranța) juridică, statul de drept, proprietatea în formele ei multiple, societatea civilă, suveranitatea națională¹⁵.

Un sistem valoric, minimal și deschis care orientează dreptul ar putea cuprinde: adevărul juridic, libertatea, justiția, securitatea juridică, binele public. Expresia concentrată a acestui sistem, paradigma sa ar putea fi demnitatea umană, în sensul cel mai larg, ca respect al condiției umane în toată varietatea sa. Într-adevăr, adevărul juridic este și o chestiune de demnitate umană; libertatea permite exprimarea demnității umane, afirmarea sa plenară; justiția este și recunoașterea și echilibrul demnității umane regăsită și recunoscută în alții; securitatea juridică protejează demnitatea umană; binele public autentic nu poate fi decât binele demnității umane la scara societății.

În condițiile pluralismului cultural al societății contemporane se remarcă tot mai mult necesitatea reconsiderării principiului demnității umane a demnității omului – omul înțeles ca sistem unitar – probleme care nu numai că preced aprecierile științifice, ci acționează subteran sau deschid în miezul problematicei științei¹⁶.

Ca expresie a consubstanțialității, afinității, interdependențelor între valorile propuse, demnitatea umană nu anihilează caracterul ireductibil al acestor valori. Ea este însă în măsură să ofere principiul director, axul structural al sistemului valoric care ghidează dreptul: Dreptul este pentru om, pentru persoana umană în diversitatea nevoilor și manifestărilor sale. Aceasta înseamnă că dreptul trebuie să contribuie prin climatul său normativ specific la conservarea și dezvoltarea omului ca ființă bio-psiho-socială; la normalitatea asigurării satisfacerii nevoilor fiziologice; la realizarea siguranței civice; la instituirea și dezvoltarea cadrului social, în care fiecare este cu alții și libertățile trebuie să coexiste; să ofere repere legitime în competiția pentru afirmarea personalității umane; să asigure climatul juridic necesar realizării de către fiecare a idealului creator. M. Djuvara preciza: „ideea fundamentală care stă la baza dreptului este (...) respectul demnității omenești, respectul omului față de om, cu simpatia față de semenii, prin urmare respectarea tuturor drepturilor lui legitime, adică a acelora care nu reprezintă încălcarea libertății celorlalți”¹⁷.

¹² Dobrinescu I., *Dreptatea și valorile culturii*, Editura Academiei Române, București, 1992, p. 35.

¹³ Virally M., *op.cit.*, p. 24.

¹⁴ Batiffol H., *Problemes de base de philosophie du Droit*, LGDJ, Paris, 1979, p.394-397.

¹⁵ Ceterchi I., Craiovan I., *Introducere în teoria generală a dreptului*, Editura ALL, București, 1993, p. 23-24.

¹⁶ Morin E., Piattelli-Palmarini M., *Unitatea omului ca fundament și abordare interdisciplinară în volumul Interdisciplinaritatea și științele umane*, Editura Politică, București, 1986, p. 273.

¹⁷ Djuvara M., *Teoria generală a dreptului*, vol. II, Editura Librăriei SOCEC, București, 1930, p.78.

4. Dimensiunea axiologică a dreptului, România și societatea globală

Dimensiunea axiologică a dreptului este inerentă. La modul original ea se configurează prin opțiunea pentru principiile valorice: *honeste vivere*, *alterum non laedere*, *sumum quique tribuere*. Chiar dacă dreptul s-a configurat, mai ales la începuturi, ca sistem normativ imperativ, susceptibil de constrângere, instrument în mâna forțelor sociale care dețin puterea, trăsătură definitorie și astăzi, cu mențiunea exercițiului democratic al puterii, în majoritatea statelor, el nu a putut fi lipsit de o anumită idealitate, de finalitate valorică, care să îi confere legitimitate și sens, fiind dat în numele ideii de justiție, așa cum a fost aceasta concepută într-un timp și spațiu istoric. Societatea contemporană încearcă la nivel statal, instituirea dreptului, cu câteva excepții, de către destinatarii normelor juridice, de către cetățeni, prin promovarea intereselor și valorilor împărtășite de aceștia în procesele democratice, care conferă legalitate și legitimitate dreptului (J. Habermas). Proces care nu este scutit de dereglări, manipulare, efecte perverse, în care dreptul este mereu imperfect dar perfectibil, iar valorile sociale ghidează în acest sens. România face experiența istorică, în modalități specifice, a dimensiunii valorice a dreptului. Această dimensiune, deși a cunoscut întruchipări valorice, economice, științifice, culturale, a fost sufocată în societate totalitară, factor, care a condus, între altele, la schimbarea radicală a sistemului social, la opțiunea fermă pentru valorile democrației occidentale, euro-atlantice. Această opțiune nu a fost și nu este scutită, într-o perioadă de tranziție, mereu perpetuată, uneori la modul nonnecesar, de fenomene nocive, de nonvaloare, de derută axiologică, care nu pot fi ocolite nici de societatea occidentală, considerată uneori, într-o profundă criză valorică. Nici integrarea în Uniunea Europeană, relația drept național- drept al Uniunii Europene (drept prioritar, conform competențelor atribuite) nu sunt scutite de contradicții, de nevoia acută de raportare la valori. Depășirea acestei crize nu poate fi făcută în afara promovării culturii-ca patrimoniu al umanității. Cultura unui timp și a unei societăți este factorul care, în ultimă instanță, dă conținut valoric proceselor democratice și controlează dreptul. De asemenea, educația, procesele sociale de inovare, în care tehnologia și societatea informațională, să fie orientate valoric, să protejeze identitatea și demnitatea ființei umane, dreptul acestia la viață decentă, la drepturile și libertățile fundamentale, au un rol de prim rang. Entitățile esențiale ale societății globale, nu pot promova conflictul major în relațiile dintre ele fără riscul pieirii tuturor. Rămâne ca unică alternativă viabilă calea recunoașterii identității celorlalți, a acceptării, corelării, toleranței și cultivării acțiunii și speranței comune. Unitatea globală într-o diversitate, minimal măcar, armonică. Toate resursele societății globale trebuie valorificate în acest sens. Natura profundă a dreptului configurează o asemenea resursă. Dreptul este prin excelență un fenomen social care presupune ființa umană în relație cu alta. Capacitatea sa antientropică, de a se opune dezagregării, dezordinii și conflictelor sociale, de a fi un factor reglator și ordonator în societate, de a conferi certitudine și protecție persoanelor ce îi respectă prescripțiile sunt cunoscute. Dreptul – să ne amintim faimoasa abordare kantiană – corelează libertățile și constrânge în numele unui principiu universal al libertății. Desigur, este vorba despre un drept legitim, validat democratic, care are o dimensiune valorică, el fiind generat, structurat și direcționat în indisolubilă legătură cu constelația de valori a timpului istoric în care este elaborat, în care Justiția ca principiu de coordonare între ființele umane ce tinde spre armonie, congruență, proporționalitate apare ca valoare originară a dreptului, solidară cu alte valori sociale.

CONTRIBUȚII ROMÂNEȘTI LA DEZVOLTAREA FILOSOFIEI DREPTULUI ÎN ULTIMA SUTĂ DE ANI - VĂLIMĂRESCU, IONAȘCU, PANDREA, DRĂGHICESCU, SPERANȚIA, DJUVARA

Mihai BĂDESCU*

Abstract : *In the last hundred years, starting with the year of the fulfillment of the forever dream - the union of all Romanians - and the exertion of our country's sovereignty for the first time, both internally and externally, among the incontestable Romanian achievements in the fields of politics, poetry, prose, criticism, mathematics, medicine, philosophy and history, philosophers and jurists, prominent representatives of Romanian creativity, have made themselves noticed.*

The Romanian philosophers of law, during the period mentioned, were numerous. The space allocated to this study can not encompass all (or most of them).

Through this paper, we want to highlight the ideas, conceptions, theories of the Romanian authors, their real contribution to the development and affirmation of the philosophy of law in the attempt to explain and evaluate the principles on which one of the major dimensions of human existence is based: the normative dimension (ethical and juridical). To the consistent questions about the basis, the role and the importance of the law in society, the Romanian authors have found relevant, well-reasoned answers. What is the Encyclopedia of Law? What is the relationship between the Encyclopedia of Law, the Philosophy of Law, and the General Theory of Law? What is the law? What is the relationship between norm and normativity? But between subjective right and objective right? Is it, as Jhering said, a kind of "Horn head" of the philosophy of law, the relationship between law and morality? What are the coordinates of the modern doctrine of punishment?

These fundamental questions were answered, among others, by Alexandru Vălimărescu, Traian Ionașcu, Petre Pandrea, Dumitru Drăghicescu, Eugeniu Speranția, Mircea Djuvara.

Keywords: *philosophy of law; law; moral; normative; legal encyclopaedia; the right of society to punish.*

Alături de știință, artă și religie, **filosofia reprezintă o parte a efortului uman de înțelegere a lumii, a universului infinit în spațiu și etern în timp, adică existența în ansamblu „... considerată în integritatea ei, adică în unitatea dintre lumea externă și lumea interioară a omului”¹.**

Fundament al culturii și civilizației, filosofia și marile sisteme filosofice au fost meditații despre natura, esența și scopul existenței umane (rostul ființei umane în lume). Cunoștința filosofică este întemeietoare, în sensul atotcuprinderii și al atotlegitimării; ea reprezintă bunul și valoarea supremă, nădejdea unei lumi prin care trăim edificați universal ori, cel puțin, ca ființe cărora ne este dat să edificăm, prin felul nostru de a fi, cu măsura universului².

Dacă știința generează filosofia științei, în particular, **știința dreptului a dat naștere filosofiei dreptului.**

Reprezentând reflecția filosofică având ca obiect dreptul – înțeles atât în sens obiectiv, ca ansamblu de reguli ce reglementează viața socială, cât și în sens subiectiv, ca prerogative, posibilitate, facultate atribuită unui individ, în interesul său – **filosofia dreptului are drept scop punerea în lumină, explicitarea și evaluarea principiilor pe care se fundamentează dreptul.**

În România, **începuturile Filosofiei dreptului** coincid cu deșteptarea sentimentului național unitar, întemeiat pe ideea originii române a națiunii (G. del Vecchio). Putem considera drept **repere importante în nașterea, evoluția și dezvoltarea filosofiei dreptului** în România, următoarele: operele cronicarilor secolelor XVII și XVIII (din care unii au fost adevărați filosofi ai dreptului public); prima codificare a dreptului privat (în Muntenia și Moldova) prin opera diferiților juriști, printre care: **C. Flechtenmacher, C. Bosianu, V. Boerescu**; „Etica și dreptul firii” (1800), - traducere a lui **Samuil Micu** după Baumeister; 1861 – „Logica judecătorească urmată de logica conștiinței” (autor **Alexandru Aman**); **Simion Bărnuțiu** (1808-1864), profesor de filosofie a dreptului la Iași, fondator al sistemului său de drept natural public și privat; **Timotei Cipariu** – „Elemente de filosofie” – traducere, în două volume (1861-1863) după W.T. Krug; 1869, **Ștefan Șendria** a predat un curs de „Drept natural și al ginților”; 1883, **Christodul Suliotis** publică „Elemente de drept natural sau filosofia dreptului”; 1898, **Teodor Păcățianu** scrie „Scopul în drept, după Jhering”; **Titu Maiorescu** (1840-1917), autor al unor opere filosofice, studii juridice și politice care au avut un mare ecou la timpul lor; **C. Dissescu**, scrieri de filosofie juridică în 1899, 1911, 1915; **Paul Negulescu**, autor care, la începutul secolului XX, iar ulterior, în perioada interbelică, în scrierile sale juridice, a introdus elemente de filosofia dreptului;

* Prof. univ.dr. , Academia de Studii Economice București; membru titular al Academiei Oamenilor de Știință din România; e-mail: badescu.vmihai@gmail.com

¹ Georgescu St., *Filosofia dreptului. O istorie a ideilor din ultimii 2500 de ani*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 5.

² *Ibidem*.

P. Misir, a scris (în 1904), „Filosofia dreptului și dreptul natural”; **G. Mironescu** – autor reprezentativ al primei jumătăți a secolului XX în materia filosofiei dreptului; până în Primul Război Mondial, s-au situat pe pozițiile unor analiști și filosofi ai dreptului și următorii: E. Erbiceanu, Lupu Dichter, D. Negulescu, C. Dumitrescu-Iași, Spiru Haret, Felix Somolo, Iorgu Radu, Cassin Marin.

Epoca interbelică aduce o tot mai accentuată afirmare a preocupărilor închinat filosofiei dreptului în România, reținând atenția autori, precum: G. Drăgnescu, G. Leon, C. Botez, Al. Oteteleșanu, P. Costea, V.V. Pella, P. Andrei, I. Petrovici, A. Rădulescu, M. Ralea, F. Sion, Gr. Taușan, G. Tașcă, A. Teodorescu, N. Titulescu, M. Cantacuzino, P.I. Ghiață, Șt. Zeletin, V. Veniamin, P.P. Negulescu, Ghe. Băileanu.

Cei mai reprezentativi au fost însă, Alexandru Văllimărescu, Traian Ionașcu, Petre Pandrea, Radu Goruneanu, Dumitru Drăghicescu, Octavian Ionescu.

Gânditor de primă mărime și adevărat spirit enciclopedic a fost Eugeniu Speranția, autor al unei impresionante opere în domeniul filosofiei dreptului.

Mai presus de toți autorii români care și-au consacrat viața și opera scrierilor filosofico-juridice este **Mircea Djuvara**, personalitate reprezentativă a culturii românești, întemeietor al unui sistem de gândire original, de certă valoare teoretică și metodologică.

Din epoca postbelică și până în contemporaneitate, pot fi reținute drept contribuții majore la dezvoltarea și afirmarea filosofiei dreptului în România, scrierile unor autori, precum: **Anita Naschitz, Mircea Manolescu, Nicolae Popa, Sofia Popescu, Ion Craiovan, Ioan Humă ș.a.**

În acest studiu, din cauza cerințelor de publicare, nu putem include decât o parte dintre aceștia. I-am ales pe Alexandru Văllimărescu, Traian Ionașcu, Petre Pandrea, Dumitru Drăghicescu, Eugeniu Speranția și Mircea Djuvara. Cu alt prilej, vom continua prezentarea contribuțiilor altor filosofi români ai dreptului.



I. Alexandru Văllimărescu

Ce este enciclopedia dreptului?

Preocupându-se de a răspunde la întrebarea “Ce este enciclopedia dreptului, care este importanța sa, și cum a evoluat?”, Văllimărescu face o incursiune științifică în rândul teoriilor care concep într-un fel sau altul enciclopedia dreptului. Din această perspectivă, există **cinci** importante **teorii**:³

a) teoria care consideră **enciclopedia** ca un **studiu rezumativ** al diferitelor **ramuri ale dreptului**, studiu pur dogmatic, fără nici un caracter critic;

b) a doua concepție este aceea care vede în **enciclopedia dreptului** un **studiu introductiv la știința dreptului**;

c) cea de-a treia concepție susține că **enciclopedia dreptului se confundă cu filosofia dreptului**.

Văllimărescu își precizează din acest punct de vedere poziția, susținând că între enciclopedia și filosofia dreptului nu pot exista raporturi ca între două discipline diferite, ci simple raporturi de la parte la tot, enciclopedia înglobând și filosofia dreptului. Cele două discipline au evoluat în mod deosebit și au corespuns multă vreme unor necesități diferite. Enciclopedia mult timp, n-a fost decât un compediu al cunoștințelor juridice. Dimpotrivă, filosofia dreptului a început prin a fi înglobată în filosofia generală: în antichitate filosofia dreptului făcea parte din științele etatice sau practice, confundându-se cu morală. În Evul Mediu, filosofia dreptului, ca și etatica, era absorbită de teologie. De-abia din secolul XVII-lea, filosofia dreptului dobândește caracterul unei discipline distincte prin deosebirea pe care Thomasius o face între drept și morală. Din acel moment ea își dobândește autonomia, devenind studiul dreptului natural, adică al acelei părți a dreptului eternă, invariabilă și universală, fiind impusă de rațiunea omenească.

În realitate, susține Văllimărescu, **filosofia dreptului nu se identifică cu teoria școlii dreptului natural**, care, pe acea vreme constituia teoria dominantă în filosofia dreptului.

Văllimărescu concluzionează și apreciază că “filosofia se cuprinde în enciclopedia dreptului, aceasta având de obiect studiul dreptului sub toate aspectele lui, deci și cel filosofic”⁴.

d) al patrulea sistem susține că **enciclopedia dreptului**, concepută ca un studiu de ansamblu al tuturor ramurilor dreptului, și **filosofia dreptului**, concepută ca știință care caută bazele dreptului în noțiuni a priori, **se vor confunda într-o a treia**, care, luând din metodele fiecăreia dintre ele, vor forma o disciplină nouă, **teoria generală a dreptului**. Aceasta va studia datele istorice și pozitive ale dreptului, va generaliza ca filosofia, fără însă a mai admite concepte a priori, va studia instituțiile, ca enciclopedia, dar nu le va mai trece pe toate în revistă. Teoria generală a dreptului va întrebuița o metodă dogmatico-critică.

e) ultima teorie, consideră **enciclopedia ca pe o știință specială, o știință autonomă** (teoria organică).

După prezentarea acestor concepții, Alexandru Văllimărescu își expune **propriul punct de vedere, potrivit căruia, mare parte din controversale expuse sunt datorate neînțelegerii asupra termenilor întrebuițați**, de aceea trebuie definiți cu claritate. Astfel:

³ Pe larg, vezi Văllimărescu A., *Tratat de Enciclopedia Dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p.18 și urm.

⁴ *Ibidem*, p. 23.

- enciclopedia, în sens etimologic, reprezintă studiul unui ciclu de cunoștințe*;
- filosofia, spre deosebire de știință- care procedează prin observație directă și prin constatarea obiectivă a faptelor, deci prin experiență- se servește de o metodă total subiectivă, căutând prin reflexie și apreciere critică să găsească explicații de ordin general fenomenelor;
- filosofia este o disciplină care consistă în cercetarea prin reflexie a cauzelor prime și a principiilor generale care cârmuiesc fenomenele și în aprecierea lor critică;
- filosofia dreptului va fi deci cercetarea originii dreptului, a fundamentului său și a principiilor generale după care se stabilesc și evoluează normele de drept;
- într-un sens mai restrâns, filosofia dreptului se concepe în sensul de **metafizică juridică** și în această dimensiune ea va fi cercetarea absolutului, a realității, a ideii ce se ascunde în spatele fenomenelor; metafizica juridică va cerceta ideea dreptului în absolut, pe când știința sau sociologia o va studia în timp și în spațiu, deci în mod relativ⁵;
- enciclopedia dreptului este știința dreptului. Toate celelalte ramuri ale dreptului se ocupă cu dreptul la care se adaugă un atribut, dreptul civil, dreptul comercial, dreptul roman, dreptul internațional, am putea spune deci, că au ca obiect dreptul calificat, cu epitet, căci se ocupă cu instituțiile, regulile unei materii determinate a dreptului;
- enciclopedia dreptului se ocupă de Drept, fără atribut, adică de drept în general, în esența lui;
- dreptul de care se ocupă enciclopedia se găsește, este inerent, s-ar putea spune, în subconștientul oricărei manifestări speciale ale dreptului, într-una din ramurile sale; de aceea disciplina se numește “enciclopedie” pentru că privește **dreptul sub toate aspectele lui, urmărește ce este permanent în drept** și cum acest element permanent se manifestă în formele trecătoare ale dreptului⁶.

După Văllimărescu, **problemele generale ale dreptului** sunt trei:

- Ce este dreptul? Care este definiția și natura lui?;
- Cum se elaborează dreptul? Altfel spus, care sunt izvoarele și metodele de creare ale normei de drept?;
- Care este conținutul său? sau Care sunt principiile sale fundamentale?

Dreptul, în concepția lui Văllimărescu, **este o disciplină** tripartită: este în același timp și **știință** și **filosofie** și **artă**. Având drept scop stabilirea unor norme de comportament social, pentru elaborarea acestor norme trebuie îndeplinită o întreprindere operă:⁷

- o operă științifică- prin care să se studieze, după metode științifice, diferiții factori care determină producerea fenomenului juridic, care construiesc substratul social al dreptului, factori de ordin social propriu-zis, economic, politic, psihologic, biologic sau moral, în timp și spațiu;
- o operă metafizică - prin care rațiunea umană caută principiile superioare care trebuie să domine orice organism social;
- o operă tehnică, grație căreia materialul științifico-filosofic, să fie tradus în reguli adecvate scopului urmărit.

Ținând seama de toate acestea, “enciclopedia dreptului va studia dreptul sub aceste trei aspecte ale lui, în principiile lor și în același timp, în integrarea lor în diferitele instituții, în timp și în spațiu”⁸.

II. Traian Ionașcu

Ce este enciclopedia dreptului?

Pentru reputatul profesor, enciclopedia juridică* este „o încoronare a studiilor de drept, ceea ce este egal cu filosofia dreptului.... Studiile de drept trebuie sfârșite cu filosofia dreptului, care este forma cea mai superioară de investigație.”⁹

Dreptul este o disciplină prin excelență care are ca obiect stabilirea ordinii în societate prin reguli (precepte) a căror respectare de către indivizi este asigurată prin mijloace de constrângere materială, exercitată în numele unei autorități constituite.

* Cuvântul *enciclopedie* este de origine greacă și înseamnă studiul unui ciclu de științe, *en Kzklos paidiea*. Prin urmare, *enciclopedia* cuprinde mai multe științe, sau, mai bine zis, mai multe discipline. La greci, cuvântul desemna învățământul științelor, și artelor care se predau unui tânăr. Romanii îl numeau *orbis doctrinarum* (Quintilian). Enciclopedia poate fi *generală*, cuprinzând un ciclu de științe, o expunere sistematică a tuturor cunoștințelor, sau *specială*, cuprinzând o expunere sumară a tuturor ramurilor unei științe. În acest sens este înțeleasă expresia „*enciclopedia dreptului*”.

⁵ Hubert, *Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit*, Archives de philosophie, 1931, 1-2, p.63.

⁶ Picard E., *Le droit pur*, p. 12.

⁷ Fr.Geny nu vede decât două aspecte ale dreptului: un aspect științific și un aspect tehnic, el înglobând în știință și filosofia dreptului (vezi, *Science et technique*, t.1, p.96); Bonnacase vede alături de știință și tehnică, metoda. (*Introduction a l'étude du droit*, p.96); Dabin, distinge filosofia și tehnica înglobându-le în filosofia științei (*La phil. de l'ordre jurid. positif*...., p.98).

⁸ Văllimărescu A., *Tratat*...., p.29.

* Autorul ne învederează că termenul „enciclopedie”, este format din două cuvinte: *enciclo* și *pedia*, care înseamnă învățământ/învățare circular(ă), însușirea „unui tot de cunoștințe închise, care formează un singur tot, sau elemente ce se cuprind într-un singur tot.” (Ionașcu T., *Introducere în studiul dreptului. Enciclopedie juridică*, Institutul de Arte Grafice <<PRESA BUNĂ>>. Iași, 1929-1930, p. 11).

⁹ *Ibidem*, p. 11-12.

Dreptul are misiunea de a asigura ordinea în societate. Dar existența disciplinei este ceva pur rațional sau dreptul este un fapt material și sociologic? La această întrebare, Ionașcu afirmă că „existența dreptului pentru rațiunea noastră ne indică că trebuie să fie o ordine în societate și că societatea fără ordine nu poate exista.”¹⁰ Și sociologia și rațiunea ne indică necesitatea unei ordini în viața socială. Astfel, este justificată și rațiunea și sociologia. „... Individul nu poate trăi decât în societate. Persoana nu poate exista decât numai în cadrul vieții sociale. Numai prin contactul cu semenii săi ... personalitatea omenească ia cunoștință de însușirile ce o deosebesc de celelalte ființe. Dacă individul nu poate trăi decât în societate, societatea stabilește relații de la individ la individ.”¹¹

Subiectiv și obiectiv în drept

Aceste două teme - subiectivismul și obiectivismul juridic – se răsfrâng nu numai în drept, dar și în filosofie, în teoria conștiinței, în etică și oriunde avem de a face cu analiza fenomenului gândirii.

În filosofie, teoria subiectivă pleacă încă de la Platon care distinge în teoria ideilor, lumea ideilor de realitate, realitatea nefiind decât o reprezentare a subiectului gânditor.

Teoria obiectivă, dimpotrivă, consideră lumea teoretică și practică ca pe două realități obiective oferite subiectului gânditor. Pe de altă parte, opoziția dintre voluntarism și obiectivism își are originea încă din gândirea Evului Mediu, unde diferendul nominaliștilor <<universalialia sunt nomina – nomina flatus vocis>> și al realiștilor <<universalialia sunt realia>>, consacrau astfel dezacordul între aceste două teze.

Prin urmare, această chestiune conține în germenii săi, opoziția dintre idealism și realism, dintre raționalism și empirism, dintre dogmatism și scepticism.

Teoria subiectivă a valorii

Teoria subiectivă a valorii implică de la început, respingerea unui drept natural obiectiv, respingerea ca atare a posibilității unui drept internațional, precum și respingerea unor principii fundamentale superioare de care societatea are nevoie pentru armonia pe care o urmărește. De asemenea, originea comună a valorii subiective nu permite o diferențiere specifică a categoriilor diferitelor norme (în norme juridice, etice, economice și sociologice etc.), ci le confundă, după o singură origine și un singur scop, lucru inadmisibil.¹²

Teoria obiectivă a valorii

Contrară teoriei subiective, teoria obiectivă a valorii consideră valoarea ca o calitate inerentă obiectului, care determină starea subiectului, fiind o consecință a acelei valori. Valoarea obiectului există și se raportează unui scop, unei finalități.

Obiectul are existență obiectivă, în afara subiectului, prin fenomenul cauzalității, după cum tot acel obiect are o valoare obiectivă în afară de subiect, prin fenomenul finalității. Existența obiectului este arătată de indicativ, ceea ce este, este și va mai fi, iar valoarea obiectului este arătată de imperativ, ceea ce trebuie să fie. O cauză se poate finaliza, un mijloc se poate cauzaliza numai în conștiința omului. Indicativul și imperativul se pot întâlni numai aici.

Prin obiectivarea valorii care nu va mai depinde de particularitățile fiecărui individ în parte, ea își va găsi o universalitate și o permanență hotărâtă, în raport cu finalitatea pe care o urmărește.

Finalitatea dreptului în raport cu judecata de valoare juridică

Pentru T. Ionașcu, prima întrebare care se pune în problema „finalismului juridic” este de a ști precis, care este distincția dintre drept și morală.

Sunt multe norme juridice care sunt norme morale investite cu sancțiune. Pentru a ierarhiza normele morale față de normele juridice, și pentru a spune, în consecință, că primele sunt supraordonate celor din urmă, vom apela la concepția obiectivă a valorii după care normele se atașează unui scop determinat. Scopul acesta va urmări în concepția valorilor morale, să perfecționeze ființa individuală, de unde **valorile morale asigură progresul individual**, iar în concepția valorilor juridice, să perfecționeze ființa socială, de unde **valorile juridice asigură progresul social**.¹³

În general, valorile practice, ale moralei practice ca și ale dreptului, caută să satisfacă pe cât posibil nevoile de prim ordin ale omului, apoi pe cele intelectuale, economice, politice, estetice etc. Desigur că această preferință a unor nevoi asupra celorlalte este direct proporțională cu gradul de educație, de cultură și de civilizație al individului.

Omul, potrivit calităților sale, are două idealuri fundamentale: este, totodată, **o ființă individuală** și **o ființă socială**. O ființă individuală, adică este o ființă în el însuși, prin el însuși și pentru el însuși, făcând abstracție de semenii săi. Este **o ființă socială**, adică este ceva prin și pentru semenii săi. Din aceste două calități, rezultă două idealuri distincte: unul constituit din plenitudinea ființei individuale care trebuie să fie, și altul, din plenitudinea ființei sociale care de asemenea, trebuie să fie.

Ce înseamnă această plenitudine? Această plenitudine înseamnă a da un conținut acestor idealuri fundamentale. În concepția **empirico – rațională**, finalitatea acestor idealuri este o simplă sistematizare a experienței noastre asupra

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem, p. 197.

¹³ Ibidem.

oamenilor și asupra lucrurilor. În concepția opusă, **metafizico – ideală**, finalitatea este stabilită în cunoașterea ființei umane degajând perfecțiunea sa ultimă.¹⁴

Din aceste două idealuri se naște **judicata de valoare, ideea de valoare**, care există, ca atare, în măsura în care poate înfăptui aceste idei fundamentale.

În consecință, se pot distinge două feluri de valori: **valorile individuale** constituite prin apropierea de idealul individual și **valorile sociale** constituite prin apropierea de idealul social. Acestor două valori le corespunde morala pentru realizarea progresului individual și dreptul pentru cel social. Vom avea deci, două finalități: **finalitatea individuală cu valori morale și finalitatea socială cu valori juridice**.

Conceptul și ideea de justiție

Conceptul de justiție și ideea de justiție, sunt unul și același lucru? – se întreabă cu just temei prof. Ionașcu. Pentru a încerca să găsească un răspuns la această întrebare, Ionașcu îl citează pe Jaquel Chevalier¹⁵ care arată că „nu trebuie să zicem ca Platon: **justiția este**, ci trebuie să spunem: **aceasta este just**. Justiția nu este un subiect, ci un atribut; ea nu este un subiect individual ci un concept.”¹⁶

Conceptul este general și necesar, eliminând contingentul și individualul, ceea ce face să ne întrebăm, cum vom putea cunoaște prin el realitățile care sunt individuale.

După logicieni, care acordă ideii o existență pur logică, ideală și posibilă, nu reală și actuală, se ridică ideii caracteristica sa primordială: realitatea. Dimpotrivă, după psihologi, care studiază forma stărilor noastre de conștiință, diferența dintre concept și idee va fi luată în seamă în raportul subiectului cu această realitate.

Îmbrățișând opinia lui Chevalier în materie, Traian Ionașcu admite că **ideea de drept este ideea de justiție**. Ideea de drept are mai multe categorii, pe când ideea de justiție este unitară.¹⁷

„Problema” dreptului subiectiv

Profesorul T. Ionașcu abordează și problematica dreptului subiectiv, de altfel, destul de discutată în doctrina de specialitate.

Față de teoria lui Windscheid, Traian Ionașcu are o serie de critici și rezerve. Astfel, „plasarea dreptului subiectiv în voința titularului conduce la consecințe inadmisibile.”¹⁸

Este de neadmis, pentru că ar urma, din punct de vedere logic – și tehnica juridică lucrează cu logica – ca să nu se poată recunoaște drepturi subiective decât acelor ființe ce sunt capabile de voință conștientă; adică, copiii, nebunii, colectivitățile, așezămintele ce nu au, din punct de vedere metafizic o voință conștientă nu pot fi subiecte de drept subiectiv? „Este inutil a zice că lucrurile acestea trebuie să se petreacă poate astfel, dar interesele practice reclamă a recunoaște copiilor, nebunilor și așezămintelor o anumită capacitate de a fi titulari de drepturi subiective.”¹⁹

Pentru a evita această inadvertență logică, Windscheid îi consideră, pe aceștia, **subiecte de drepturi fictive**. „Aceasta ar urma – consideră Ionașcu – dacă, după Windscheid am face din voință un element primordial al dreptului subiectiv ... apoi nu s-ar putea zice că aceste ficțiuni s-ar justifica prin aceea că oricum subiectele fictive recunoscute ca atare, deși nu au voință proprie dintr-un început, dar sunt recunoscute ca subiecte fictive, pentru că avem speranța că o vor dobândi în viitor.”²⁰

Această speranță – afirmă Ionașcu – nu se poate aplica decât la copil care-și va căpăta o voință conștientă proprie la majorat, nu însă și la alienatul ori debilul mintal, care nu se știe dacă se poate îndrepta.²¹

Dacă dreptul obiectiv recunoaște drepturi unor persoane care nu sunt subiecte de voință conștientă, atunci și copilul născut este un subiect de drepturi. De aceea, copilul chiar în vârstă de o zi, va fi moștenitorul tatălui, fără totuși să aibă voință conștientă.²²

Voința nu poate constitui substanța dreptului subiectiv (Jhering), pentru că voința singură nu prezintă niciun interes de a fi protejată de către ordinea juridică. În dreptul obiectiv, desigur că voința poate fi substanța dreptului. Este un imperativ a cărui realizare este asigurată. Dacă pentru dreptul obiectiv elementul substanțial este voința, atunci ca să deosebim dreptul obiectiv de dreptul subiectiv, trebuie neapărat să vorbim de un drept subiectiv cu un conținut care să fie neapărat sensul regulii de drept?²³

Organul care joacă rolul de izvor formal al regulii de drept, face un act de voință, vrea ceva, are un obiect și un scop, reflectat în lege sau în cutumă, adică regula de drept are un conținut pentru un anumit scop. „Și, pentru dreptul subiectiv, ar urma ca voința să fie și ea luată cu un conținut care, după Jhering, este **interesul**, căci doctrina, jurisprudența și practica extrajudiciară nu recunosc drepturi care să beneficieze de sancțiuni coercitive decât pentru că

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Chevalier J., *Le concept et l'idée*, 1929.

¹⁶ Ionașcu T., *op. cit.*, p. 200.

¹⁷ *Ibidem*, p. 201.

¹⁸ *Ibidem*, p. 233.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, p. 234.

satisfac interesele și nevoile oamenilor pentru viața lor.”²⁴ Dacă destinația oricărui drept este satisfacerea acestor interese omenești, iar dreptul obiectiv le recunoaște acestora posibilitatea ca ei să-și atingă scopul lor în legătură cu interesele lor, atunci dreptul subiectiv nu poate fi considerat ca voință abstractă, ci ca un interes protejat de către ordinea juridică.²⁵

Pentru Jhering, dreptul subiectiv este interesul juridicește protejat. Interesul, fie moral, fie material, fie actual sau viitor este protejat prin mijloacele de constrângere ale regulii de drept continuată în dreptul obiectiv. Dreptul subiectiv este un interes protejat de regula de drept obiectiv prin sancțiunea ce este atașată acesteia. Cele două idei care alcătuiesc dreptul subiectiv (la Jhering) sunt: ideea de interes, adică elementul material al dreptului și ideea de protejare a lui de către dreptul obiectiv, adică elementul formal al dreptului.

Teoria lui Jhering – arată Ionașcu – a fost criticată de Hans Kelsen.²⁶ În această critică – adusă lui Jhering și lui Windscheid – Kelsen pleacă de la ideea că dreptul obiectiv este construit de o voință, însă, „voința organului comun, este izvorul formal al dreptului obiectiv specific acestuia, emițând ordine prin care să se tranșeze conflictele dintre voințele particulare, pentru ca un particular să-și impună voința sa față de voințele recalcitrante ...”²⁷

Dar regula de drept nu se aplică decât prin voința subiectului de drept. Rezultă, astfel, că nu pot fi drepturi subiective decât numai dacă subiectul de drept este un subiect de voință „care să miște interesul asigurat de către regula de drept.”²⁸

Interesul – admite Ionașcu – nu poate ajunge la aplicarea regulii de drept care-l protejează, dacă n-are în spatele lui elementul de voință conștientă care să-l reprezinte și să pună în mișcare regula dreptului obiectiv ce-l protejează.²⁹

În concluzie, dreptul subiectiv nu este nici o putere de voință, nici un interes juridicește protejat. **El se bazează pe aceste două elemente.** El este interesul protejat de ordinea juridică, prin aceea că recunoaște titularului, puterea de voință de a realiza acel interes. Titularul voinței va putea fi altul decât titularul interesului, dar titularul voinței trebuie să fie persoana în serviciul titularului interesului.³⁰

III. Petre Pandrea

Doctrina modernă a pedepsei – contribuție majoră a lui Petre Pandrea la dezvoltarea filosofiei dreptului

De ce se pedepsește? Ce exprimă criminalitatea sintetică? Cum se manifestă psihologia răzbunării? Care sunt limitele pedepsei? Și alte asemenea întrebări, sunt pentru Petre Pandrea **coordonate majore circumscrise conceptului de doctrină modernă a pedepsei**, cuprinse în lucrarea sa cu același nume*.

De ce se pedepsește? se întreabă – în lucrarea sa - mai întâi, Petre Pandrea. Există, din acest punct de vedere, în doctrină (Sergius Hessen) două tipuri de justificări ale pedepsei:

- justificarea kantiană a autonomiei pedepsei, pedeapsa fiind corelatul infracțiunii („așa cum copacul înșorit aruncă umbra sa”), altfel spus, **pedeapsa nu are scop, ci este o valoare de sine stătătoare**;
- justificarea eteronomă a pedepsei, categorie în care vom distinge între teoriile privitoare la valoarea socială a pedepsei și utilitatea ei pedagogică.

Textele străvechi ale Bibliei, Cartea egipteană a morților, ca și textele civilizației elino-romane sau ale teologiei medievale – ne asigură Pandrea – cuprind răspunsuri la întrebarea de mai sus.

Epocile în care se nasc întrebări asupra cauzelor, legitimărilor și fundamentelor unor instituții sunt epoci revoluționare sau reformiste. Același lucru se întâmplă și în cazul întrebării De ce se pedepsește? Pedeapsa există în societate și era considerată ca un fenomen natural „aproape ca ploaia, lumina soarelui și întunericul nopții”, însă, spiritul iluminist** - care a prefațat revoluțiile burgheze de la 1789 și 1848 – cercetările minuțioase asupra genezei criminalității, au pus la îndoială sistemul existent de pedepsire.

Este pedeapsa autonomă sau eteronomă? – se întreabă Pandrea, care admite că pedeapsa este privită în raport cu valoarea socială și utilitară a acesteia.

Citându-l pe Welcker, Pandrea prezintă cele **șapte „efecte” ale pedepsei**:

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ În „*Hauptprobleme der staatslehre*”.

²⁷ Ionașcu T., *op. cit.*, p. 235.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

* A se vedea, Pandrea P., *Doctrina modernă a pedepsei* (Extras din „*Pandectele române*”, nr. 3/1941), Imprimeria Națională, 1941. În același sens și de același autor, cităm: „*Infracțiunii de socialitate în art. 393 c.p.*” (1939), „*Exner și biologia criminală*” (1940), „*Nota criminologică despre 5 regularități în materia sinuciderilor*” (1941).

** Îi datorăm lui Cesare Beccaria și altor scriitori iluminiști inițiativa cercetării amănunțite a sistemului punitiv al epocii, care s-au ridicat împotriva legislației penale plină de cruzime și a lipsei de umanitate a dreptului penal feudal (Despre teoria pedepsei în concepția lui Beccaria, a se vedea, Bădescu M., *Sancțiunea juridică în teoria, filosofia dreptului și în dreptul românesc*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 138-145 și Stroe C., și Culic N., *Momente din istoria filosofiei dreptului*, Ed. Ministerului de Interne, București, 1994, p. 164 și urm.).

- ameliorarea morală a infractorului;
- ameliorarea politică;
- restabilirea încrederii celorlalți cetățeni în legea încălcată prin infracțiune;
- intimidarea celor care ar fi dispuși să urmeze exemplul infractorului;
- restabilirea onoarei părții vătămate;
- restabilirea încrederii în lege și supunerea pașnică față de lege a părții vătămate, care renunță la răzbunarea individuală;
- purificarea statutului de infractorii care sunt izolați prin faptul pedepsirii.

Limitele și eficacitatea pedepsei

După Pandrea, există trei categorii de teorii referitoare la pedeapsă: teoriile absolute, teoriile relative și teoriile sincretiste (eclectice sau mixte).

Potrivit teoriei absolute, infracțiunea este însăși motivarea pedepsei, pedeapsa este o valoare în sine, născută automat în momentul consumării infracțiunii, reprezentând răzbunarea societății împotriva individului care încalcă norma.

Pentru Kant – unul dintre filosofi care au conturat teoria absolută a pedepsei (alături de Hegel și Stahl) – norma juridică este un imperativ categoric, mai precis, un postulat al rațiunii practice. Fundamentul pedepsei este răzbunarea organizată juridic*.

„De ce se pedepsește?” – se întreabă Pandrea, și tot el răspunde: fiindcă s-a comis o nedreptate și s-a încălcat o lege.³¹ Nu interesează nevoile societății de a pedepsi sau de a ierta*.

Societatea umană – arată Pandrea – pedepsește din două necesități: necesitatea justiției și a domniei legii în sânul societății și necesitatea expiațiunii pentru psihologia individuală a infractorului și a lui ius talionis pentru psihologia colectivelor.

Pe aceeași poziție cu Kant se situează și Hegel, pentru care pedeapsa este o necesitate dialectică, dar și Julius Stahl, în concepția căruia pedeapsa este arma divinității pentru organizarea ordinii etice pe Pământ.

Teoriile relative, în opinia lui Pandrea, caută fundamentul pedepsei în necesități utilitare: fie pentru utilitatea societății, fie pentru corijarea infractorilor. Finalitățile lor sunt finalități de politică criminală³².

Sincretismul amalgamează cele două poziții de contemplare și explicare a fenomenului pedepsei.

Limitele instituției penitenciare

În demersul său – de studiere și reevaluare a doctrinei pedepsei – Petre Pandrea aduce în discuție și limitele instituției penitenciare.

Ca instrument de represiune în mâna statului, instituția penitenciară are două limite naturale:³³

- prevenția generală nu poate fi fixată în date statistice și nu întotdeauna pedepsele privative de libertate ispășite în penitenciare sunt instrumente de prevenție generală și nici de prevenție specială. Fără dubla funcție preventivă, conținutul instituției se goleşte;

- orice infracțiune presupune o agresiune, dar nu orice agresiune infracțională presupune un simptom de morbiditate socială. Instinctele de agresiune sunt fenomene originare. „Pe aceste instincte se sprijină declanșarea și conducerea războiului, iar războaiele sunt departe de a fi considerate ca o <<criminalitate colectivă a statelor>> (propunerea V.V. Pella)”³⁴. Pe instinctele agresive – continuă Pandrea – se grefează majoritatea activităților creatoare umane. Progresul în sine este act de agresiune, act de violentare a concepțiilor sau a tehnicilor anterioare³⁵.

În afara acestor două limite – penitenciarul nu corespunde prevenției speciale sau generale și nu orice agresiune pedepsită cu închisoarea este substanțialmente antisocială, instituția penitenciară – în concepția lui Pandrea –, în sine, suportă patru critici:

1. dispariția sentimentului de onoare din penitenciare din pricina promiscuității care scade nivelul moral;
2. apariția complexelor antisociale;
3. capacitatea de adaptare la mediu se diminuează în penitenciare din cauza atmosferei artificiale;
4. penitenciarul se transformă prea lesne în „școala crimei”³⁶.

* Teoria kantiană a pedepsei de aceea poartă numele de teoria răzbunării juridice (*Ibidem*, p. 33).

³¹ *Ibidem*.

*, „Chiar dacă o societate este pe cale de dizolvare, ultimul criminal trebuie pedepsit cu spânzurătoarea, dacă prescrie legea, înainte de dizolvarea societății, pentru a împlini imperativul categoric al legii și postulatul rațiunii practice” (*Ibidem*, p. 34).

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 35.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

Condițiile pedepsei în concepția lui P. Pandrea

Pentru ca pedeapsa să-și atingă scopul – ne spune Pandrea – este necesar ca aceasta să îndeplinească anumite condiții care țin de esența oricărei pedepse.

Condițiile (trăsăturile) pedepsei sunt³⁷: legalitatea, personalitatea, proporționalitatea, dozabilitatea (elasticitate și divizibilitate), aflictivitatea, exemplaritatea (moralizare și intimidare), justiția, conformismul, reparabilitatea (remisibilitatea).

1. **Legalitatea** pedepselor, în sensul egalității în fața legilor penale este o cucerire a legislației Revoluției franceze de la 1789, concretizată în preceptul juridic *nulla poena sine lege*. Pedeapsa trebuie să atingă pe oricare dintre cei care încalcă legea.

2. „**Personalitatea pedepselor** – scrie Pandrea – a fost cucerirea cea mai zgomotoasă a dreptului penal iluminist... Ce înseamnă că pedepsele sunt personale? Că nu ating în efecte averile, ci numai persoanele. Patrimoniul este decretat sacrosanct. Codul penal apără cu tărie averile, chiar dacă proprietarul intră la pușcărie. I se ia libertatea, dar nimeni nu se atinge de avere, care aparține firmei sau familiei”.

3. **Proporționalitatea** unei pedepse este cerința naturală a lui ratio aplicat în represiune. „Scara pedepselor este în funcție de stilul de gândire și emoție al epocii”³⁸.

Termenul de <<proporționalizare>> în materie de pedeapsă a fost promovat de Beccaria. Pedepsele severe medievale se refereau la superstițiile vrăjitoarești, la erezii și la infracțiuni considerate ca atare de bigotism. Dreptul penal pozitiv a răsturnat pozițiile teoretice, preconizând pedepsele pe termen lung și abolirea celor pe termen scurt, înmulțirea pedepselor sever aflictive, precum și o altă selectare a criteriilor de proporționalizare a pedepselor³⁹.

Totodată, nu trebuie omis faptul că „un minimum de normalitate este premisa oricărei pedepse”⁴⁰. A pedepsi înseamnă a inflige o suferință unui individ care a încălcat norma juridică. Individul care primește pedeapsa trebuie să aibă nu numai capacitatea penală pentru a se pronunța o pedeapsă împotriva lui, o pedeapsă plină în conformitate cu elemente constitutive ale infracțiunii, ci și sensibilitatea necesară pentru a primi și asimila suferința. Premisa sănătății infractorului este premisa oricărei pedepse. Aplicarea pedepsei unui condamnat bolnav sau insensibil nu atinge teleologia ordinară a oricărei pedepse și se transformă automat, în măsură de siguranță⁴¹.

4. **Dozabilitatea pedepselor** are două aspecte: divizibilitatea și elasticitatea⁴².

Dozabilitatea derivă din proporționalizare. Este o proporționalitate a pedepsei gândită întâi abstract și apoi aplicată concret de judecător.

Legiuitorul fixează cadrul dozării între un minimum și un maximum. Judecătorul chibzuiește aplicarea între aceste două limite. Între maximum și minimum, o bună pedeapsă trebuie să fie divizibilă. Idealul pedepsei divizibile este pedeapsa pecuniară.

Elasticitatea pedepsei este o noțiune care se referă la capacitatea pedepsei de a individualiza. Nu se judecă infracțiunea, căreia i se cuvine un prototip de pedeapsă, ci infractorul. Individualizarea se face în două etape: o individualizare judiciară, cu prilejul condamnării și o individualizare penitenciară, cu prilejul comportării în penitenciar⁴³.

Individualizarea și elasticitatea pedepsei sunt operațiuni calitative.

5. **Aflictivitatea** este de esența pedepsei. O pedeapsa îmbucurătoare sau o pedeapsă indiferentă îi înlătură caracterul de pedeapsă. Prin aflictivitatea pedepsei se urmăresc cele două efecte: exemplaritatea și intimidarea. „O pedeapsă – conchide Pandrea – are efecte publice”. Societatea ia cunoștință de pedeapsă. Cei care sunt predispuși să comită infracțiuni (criminalitate larvată) sunt opriți printr-un proces de inhibiție* să mai purceadă la consumarea infracțiunilor iminente sau posibile. Însuși criminalul condamnat este intimidat, prin aflictivitatea pedepsei ispășite în penitenciar, să mai repete infracțiunea. Teoretic, aflictivitatea ar trebui să joace rol de recidivă, anihilând-o prin intimidare⁴⁴.

6. „**Justiția unei pedepse** înseamnă pronunțarea ei în condiții care să nu lezeze sentimentul de echitate”⁴⁵.

O hotărâre nedreaptă – afirmă Pandrea – compromite noțiunea de pedeapsă și surpă temeliile justiției. Aureola creată în jurul unei pedepse injuste se răsfrânge și asupra pedepselor similare, răpindu-le eficacitatea⁴⁶.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

⁴² *Ibidem*, p. 43.

⁴³ *Ibidem*.

* Asupra căruia a atras atenția cu insistență Fenerbach în „*Teoria constrângerii psihice*”.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

7. **Conformismul** unei pedepse se referă la afinitatea ei structurală cu mediul din care iese și unde se aplică. O pedeapsă nu trebuie să ofenseze bunele moravuri, nu trebuie să fie de o originalitate stridentă, nu trebuie să rămână în urmă sau să depășească obișnuita capacitate de înțelegere a societății⁴⁷.

„Nu numai pedeapsa cidului este conformă cu bunele moravuri. Judecătorul care împarte și dozează pedepsele trebuie să sesizeze cu subtile antene ceea ce este <<mijlociu>> și plăcut societății în numele căruia împarte justiția penală”⁴⁸.

8. **Reparabilitatea și remisibilitatea** pedepselor sunt corectivele erorilor judiciare, reglementate prin două instituții juridice: revizuirea și reabilitarea.

Pedeapsa cu moarte este iremisibilă. Rămâne pentru aceste cazuri unica posibilitate în reabilitarea post mortem, deschisă rudelor și prietenilor. În reabilitare, străbate ideea creștină a reînvierii⁴⁹.

IV. Dumitru Drăghicescu

Raportul dintre individ și mediul social sau raportul între libertate și determinism. Problema fundamentală de la care a plecat Drăghicescu a fost **raportul dintre individ și mediul social**, care adâncit se prezintă ca un **raport între libertate și determinism**⁵⁰.

Plecând de la înțelegerea **rolului activ al individului în societate**, Drăghicescu a evidențiat o parte dintre caracteristicile vieții psihice specifice omului și activitățile social-umane⁵¹; potrivit concepției sale, individul dispune de capacitate de inițiativă, de acțiune autonomă, liberă, conștientă: „nici o faptă de ordin istorico-social nu se realizează decât prin intermediul eforturilor umane întotdeauna conștiente, prevăzute, premeditate...”⁵²; individualitatea umană se caracterizează prin aceea că „își propune scopuri, concepe posibilitățile și urmărește realizarea lor”⁵³.

Drăghicescu a fost preocupat de relevarea **determinismului social** asupra naturii umane, de relația acestuia cu **determinismul biologic** și cu specificul determinării social-culturale la nivel uman⁵⁴. În acest sens, el sublinia că, în structura individualității umane, „e social tot ceea ce nu este transmisibil, tot ce nu este înăscut; e biologic tot ce este înăscut, transmisibil”⁵⁵.

Identitatea între legile sociale și legile juridice

În contextul în care sociologii căutau să descopere legile ce stau la baza activității juridice, al cărei produs este dreptul pozitiv (legislația), sociologi pentru care dreptul pozitiv este obiect de studiu al sociologiei, Drăghicescu admite că:

- „legile juridice pozitive sunt adevăratele legi ale societăților, căci în afară de ele nu există legi naturale care să guverneze societățile”⁵⁶;
- „științele sunt codurile naturii cum codurile noastre [de legi] sunt științele societății noastre”⁵⁷;
- „nimănui până acum nu i-a venit în minte să privească legile juridice pozitive ca fiind adevăratele legi sociologice”⁵⁸;
- a abandona legile – cum fac sociologii pentru a căuta legile legilor – înseamnă să fii asemenea câinelui „care a lepădat bucata din gură pentru umbra ei pe care o vedea în apă”, să fii „filosoful care a căzut în puț tot căutând la stelele cerului”⁵⁹;
- sociologia obiectivă ocupându-se de legi „a comis o inversare supărătoare, luând legile ca fenomene elementare cărora ea trebuie să le descopere regulile”, prezentându-se ca „o știință care se ocupă, fără știrea sa, de legile legilor”. Această metodă îndreaptă eforturile dincolo de obiectiv, ea „pune astfel un obstacol, o obscuritate completă, între investigație și scopul său”⁶⁰.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁰ Bagdasar N., *op. cit.*, p. 410 și urm.

⁵¹ Pe larg, Constantinescu-Stoleru P., *Contribuțiile lui Dumitru Drăghicescu privind determinismul social, la nivelul vieții psihice și al personalității umane*, Ed. Hamangiu, București, 2013.

⁵² Drăghicescu D., *Du Rôle de l'Individu dans le Déterminisme Social*, Paris, Felix Alcan, 1904, p. 12.

⁵³ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁴ Drăghicescu D., *Le Problème du Déterminisme Social. Déterminisme Biologique – Déterminisme Social*, Editions de la Grande France, 1903.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 84.

⁵⁶ Drăghicescu D., *Raporturile dintre drept și sociologie*, Tip. Gutenberg, J. Göbe, București, 1904, p. 8.

⁵⁷ *Idem*, *Droit, morale et religion*, în „Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique”, nr. 1-2, 1932, p. 243.

⁵⁸ *Idem*, *Raporturile...*, p. 8.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 8 și 10.

⁶⁰ *Idem*, *La réalité de l'esprit. Essais de sociologie subjective*, Libr. Felix Alcan, Paris, 1928, p. 77 (cit. de Berceanu B.B., *Aspecte juridice din opera lui Dumitru Drăghicescu*, în *Rev. „Studii de drept românesc”, serie nouă, 4, anul 6 (39) octombrie-decembrie, 1994, Ed. Academiei Române, p. 403-412*).

Drept, morală, religie

Pentru Dumitru Drăghicescu, „un fenomen juridic nu este altceva decât determinarea raporturilor sociale sau economice ale membrilor societății.”⁶¹

În privința aspectului economic, idealul legilor juridice e acela de a reglementa „distribuția economică a bunurilor” astfel încât „forțele productive să satisfacă necesitățile, apetiturile [...], legile juridice, ce garantează viața economică, nu numai că nu fac nimic spre a proporționa energiile producătoare cu cele consumatoare, dar le lasă în așa anarhie încât forțele consumatoare mor de inaniție”⁶².

Relativ la **raportul dintre drept, morală și religie**, reținem cele mai importante idei, potrivit concepției autorului:

- „religia inspiră morala și aceasta dreptul”, iar „Dumnezeu este [...] modelul, idealul regulilor de drept”⁶³;
- Dumnezeu nu este altceva decât conștiința colectivă a omenirii, divinizată⁶⁴, una dintre expresiile demnității speciei umane, contrarul a ceea ce știm că se numește religie;
- între drept și morală sunt, desigur, diferențe, unul fiind fapt exterior, celălalt fapt al conștiinței: „legea ca intenție și program de acțiune individuală e un act volitiv care se raportează la o categorie, la o generalitate și la situații schimbătoare”, ceea ce face ca legea generală să fie contingentă, în timp ce principiile morale sunt legi „universale, imuabile, adică eterne [...] putând imprima o formă particulară tuturor materiilor istorice”, legi compunând „codul etern”, „codul model”, „legislația limită”⁶⁵;
- **morală are o esență comună cu dreptul**: „legea etico-socială cea mai incontestabilă, care conduce raporturile exterioare ale indivizilor, e justiția, și prin urmare egalitatea și solidaritatea, care sunt negația însăși a legilor naturale: selecția, concurența, inegalitatea”⁶⁶;
- **dreptul depinde de etică**; fie obiect de studiu științific, fie considerată psihologic, viața juridică nu se poate dispensa de noțiunile morale, care servesc drept criteriu la analiza faptelor*;
- **scopul dreptului e binele, binele comun, interesul general**, rezultat la care se ajunge numai „grație ideii de justiție care realizează o egală libertate a tuturor, nu justiție ca egalitate mecanică, ci egalitatea între egali care e proporționalitatea cu serviciul și cu nevoia”⁶⁷;
- „dreptul se prezintă ca logicizare a moralei, cuantificare și raționalizare a elementelor pur calitative și iraționale, înghețarea căldurii activității creatoare în schematismul judecăților”; în același timp, funcția dreptului fiind de „a transforma cantitatea în calitate, spațialul și materialul în spiritual”⁶⁸;
- **între drept și morală sunt interdependențe, complementarități**: „dreptul nu se poate realiza fără morală, tot astfel cum etica se concretizează în formule juridice [...] ceea ce lipsește legilor juridice este caracterul de universalitate, iar ceea ce lipsește prescripțiilor morale este caracterul de sancțiune”⁶⁹;
- „ceea ce morală câștigă în elevație, pierde în puterea de realizare [...] realitatea nu comportă decât o oarecare doză de moralitate, atât cât poate impune legi, drept”⁷⁰;
- **dreptul se diferențiază de morală prin caracterul de exterioritate și de constrângere**, dar se identifică ei prin aceea că nu e decât expresia ei exterioară, concretă și prin aceea că forța sa de constrângere, sancțiunile concrete, el le atribuie prescripțiilor morale, într-atât cât acestea se exprimă în reguli de drept, pentru a fi realizate efectiv⁷¹;
- **dreptul și morală tind către un concept comun**: „idealul tuturor principiilor juridice este să devină tot atât de generale ca și unele prescripții ale moralei, iar idealul prescripțiilor morale este să devină tot atât de sigure și obligatorii ca și legile juridice”⁷²;
- **raportul dintre drept și morală capătă apropieri**, dacă nu identitate, cu raportul dintre dreptul pozitiv și dreptul ideal, dintre lege și justiție („adică între justiția legii și legea justiției”), dintre justiție și iubire, dintre dreptul istoric și dreptul natural sau rațional, dintre obligație și libertate⁷³; dacă principiile eticii s-ar putea aplica direct, dreptul n-ar mai avea rațiunea de a fi⁷⁴;

⁶¹ Drăghicescu D., *Raporturile...*, p. 7.

⁶² *Ibidem*, p. 27.

⁶³ *Idem*, *Droit, morale...*, p. 230.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 238.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 231-232.

⁶⁶ *Idem*, *Le Problème...*, p. 39; *Idem*, *Droit, morale...*, p. 237.

* De această concepție, Drăghicescu leagă împărțirea juriștilor dintre „dat” și „construit” (Geny), dintre regulile juridice normative și regulile constructive (Duguit).

⁶⁷ *Idem*, *Droit, morale...*, p. 234-235.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 236.

⁶⁹ *Idem*, *Raporturile...*, p. 6.

⁷⁰ *Idem*, *Droit, morale...*, p. 232.

⁷¹ *Ibidem*, p. 24.

⁷² *Idem*, *Raporturile...*, p. 6.

⁷³ *Idem*, *Droit, morale...*, p. 231 și pentru raportul justiție – iubire, p. 237.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 233.

• **dreptul nu se poate depărta de etică până la gradul imoral:** „dreptul ca util”, ca „expresie legală a economicului”, poate fi amoral, niciodată însă imoral, formulă care corespunde raportului dintre util și moral⁷⁵; dreptul este totdeauna legat de morală – de multe ori, printr-o legătură subtilă, complicată sau profundă – căci, „o lege care a încetat de a fi morală, pentru a deveni amorală, a devenit pur și simplu imorală”⁷⁶; devenind astfel un drept – cadru, el nu se mai poate menține decât printr-o intervenție de reformare⁷⁷.

V. Eugeniu Speranția

Rolul și importanța filosofiei dreptului

Eugeniu Speranția a fost unul dintre **cei mai fervenți susținători ai filosofiei dreptului**. Pentru el:

- filosofia dreptului este singura care poate aduce o întemeiere corespunzătoare Dreptului;
- filosofia dreptului capătă conotații practice*;
- dreptul are o întemeiere epistemologică, ceea ce permite o atitudine, o situație în raport cu experiența, cu rațiunea, cu lumea^{**}. Aceste idei sunt cu atât mai meritorii cu cât ele au fost scrise într-o epocă în care, așa cum proceda printre alții și Kelsen, valorile erau scoase pe ușa din spate din teoria dreptului. Este evident că Speranția împărtășea ideile neokantianismului, care apăruseră tocmai ca o reacție la spiritul pozitivist în ascensiune. Speranția, în spirit kantian, va susține că Filosofia dreptului “trebuie să cerceteze deci, care sunt fundamentele apriorice sau transcendente ale dreptului în genere”⁷⁸.
- filosofia dreptului trebuie să aibă în vedere – pe lângă aceste fundamente apriorice – și influența factorilor exteriori, extrinseci, importanți în elaborarea ordinii juridice;
- „finalitatea dreptului ca mijloc tehnic de spiritualizare progresivă a omenirii...”, se constituie într-un al treilea factor cu rol deosebit în funcționarea dreptului. „Aceste trei feluri de probleme...alcătuiesc scheletul logic”⁷⁹ al filosofiei dreptului așa cum o vedea el;
- filosofiei dreptului îi aparține și ideea justiției, care justiție „nu poate fi numai conformitatea cu legea în sine. Există atâtea cazuri când simțul justiției impune chiar schimbarea legii, pentru că el stăruie deasupra legilor. Sunt norme, sunt imperative pe care nu le-a decretat niciodată un legiuitor, dar din care legiuitorul se inspiră în mod expres, chiar fără să știe ce sau cine i le impune”⁸⁰.
- pentru că o filosofie a dreptului trebuie încadrată într-o viziune largă despre lume, ea trebuie să fie precedată de o filosofie a Spiritului. Cum „funcția caracteristică și primordială a spiritului este aceea de a confecționa norme”, înseamnă că dreptul are o întemeiere spirituală, iar problematica legată de spirit trebuie să se regăsească, în mod specific, în problematica dreptului. **Filosofia dreptului** concepută de Speranția **are ca scop** deci, **fundamentarea spirituală a dreptului**, care, înglobând știința, îi oferă posibilitatea să urce spre principii, sau primele cauze⁸¹.

Definirea dreptului

Eugeniu Speranția încorporează dreptul într-o viziune universală despre lume. Pentru el, dreptul este o realitate unitară, distinctă de alte realități, sens în care filosoful afirmă următoarele: „Filosofia dreptului are să considere dreptul ca un tot unitar, în ceea ce are el identic cu sine însuși întotdeauna și pretutindeni, - ceea ce îl face să fie o realitate unitară, în ceea ce-l distinge de orice altă realitate și în ceea ce-i desemnează un loc și un caracter propriu în lăuntrul întregii lumi imaginabile și cugetabile”⁸².

Analizând dreptul, Speranția reușește să-i surprindă **elementele caracteristice – esențialitatea** - adică ceea ce-l distinge în însăși **idealitatea și realitatea** sa.

Prima distincție – și principala de altfel – este cea dintre știința vieții sociale (sociologia) și știința dreptului și, corelativ, dintre filosofia socială și filosofia dreptului.

„Sociologia, susține Eugeniu Speranția, constată unele fenomene, le caută explicarea cauzală și regularitatea raporturilor lor, pe când punctul de vedere juridic nu este acel al explicării cauzale, ci acel al justificării logice”⁸³.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 230.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 231.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 235.

* „În toate ramurile de cercetare științifică devine tot mai greu de contestat adevărul că între concepția filosofică a lumii și soluția problemelor de detaliu, este o atât de intimă corelație încât orice mărunță descoperire sau ipoteză verosimilă poate determina o modificare în orientarea filosofică, dar poartă totodată într-însa, cu siguranță, unele răsunete dintr-o privire de ansamblu”. (Speranția E., *Principii...op. cit.*, p. 11).

** „Cu atât mai puțin se poate evita reflexiunea filosofică în domeniul dreptului unde avem de-a face cu adevăruri și raporturi de alt ordin decât cel material, cu atitudini ale sufletului omenesc și cu motivațiuni ale activității. Problema genezei și esenței dreptului nu poate fi atinsă, nici rezolvată fără o referire cât de rapidă la teleologia, la scopurile și valorile vieții noastre.” (*Ibidem*, p. 11).

⁷⁸ Popa N., Dogaru I., Dănișor Gh., Dănișor D.C., *op. cit.*, p. 266.

⁷⁹ Speranția E., *Principii...op. cit.*, p. 15.

⁸⁰ *Ibidem*, p.12.

⁸¹ Popa N., Dogaru I., Dănișor Gh., Dănișor D.C., *op. cit.*, p. 266.

⁸² Speranția E., *Principii...op. cit.*, p.1.

⁸³ *Ibidem*, p.4.

Exemplificarea concretă a acestei afirmații Speranția o face spunând că, la mai multe popoare, o instituție socială poate fi din punct de vedere sociologic identică, „dar dacă la fiecare popor ea este în chip divers justificată prin normele de drept și prin principiile organizatoare ale vieții locale, atunci ea nu mai este juridicește aceeași”⁸⁴.

Conceptul de constrângere este, de asemenea, analizat de către Speranția, asupra căruia face următoarele precizări:

- **sanctiunea sau nesanctiunea nu caracterizează numai normele de drept**, ea se exercită sub toate aspectele vieții sociale;

- **societatea însăși este o realitate care ne constrânge** și ne obligă să ne subordonăm modului ei de a fi;
- morala – la rândul ei – este și o constrângere, o constrângere internă;
- constrângerea* este o modalitate a imitației, „prin ea procesul de uniformizare, deci de imitațiune, se generalizează și se înlesnește”⁸⁵;

Consecvența este cea mai generală nevoie a spiritului omenesc, susține Speranția.

Normă și normativitate

Preocupat de înțelegerea unei dimensiuni sociale extrem de importantă, normativitatea – Speranția își propune încadrarea normei juridice într-un cadru normativ universal. În concepția sa:

- norma este un fapt natural, social, mintal și juridic;
- domeniul juridic apare – în acest context – ca un fenomen ce se desfășoară în continuarea unei normativități, altfel spus, își găsește întemeierea în cadrul unei normativități extinse în mod universal;
- nevoia de normă apare la om în mod involuntar și nereflectat – adică la nivelul impulsurilor naturale – ceea ce înseamnă că **viața** însăși – în esența ei – **este** normativă⁸⁶;
- normele în general și cele juridice în special sunt mijloace tehnice în vederea realizării unor scopuri; normele – crede Speranția – sunt respectate de către oameni prin consens, adică omul nu respectă normele pentru că urmărește anumite finalități, ci din nevoia de conformitate cu ceilalți.
- normativitatea este o manifestare involuntară, naturală a psihicului omenesc, pentru că întreaga activitate umană rațională nu este posibilă.

Drept obiectiv – drept subiectiv

Pentru Eugeniu Speranția, **dreptul obiectiv** se supune unui comandament precis: **afirmarea și garantarea spiritului omenesc**.

În privința **dreptului subiectiv** – corelativ dreptului obiectiv – importantă mai întâi, este precizarea **conceptului de interes**. În legătură cu aceasta, Speranția admite următoarele:

- interesele nu sunt altceva decât cerințele de posesiune ale anumitor valori;
- interesele sunt motorul activității practice, indiferent la ce nivel s-ar desfășura acestea;
- orice persoană urmărește realizarea anumitor interese;
- pentru că unele interese pot fi în dezacord cu valorile juridice consacrate de legiutor, **nu orice interes este și legitim** (în conformitate cu Dreptul) **și**, ca atare, **just**. „Pentru ca un interes să constituie <<un drept>>, el trebuie să fie un <<interes drept>>”⁸⁷;
- orice interes poate aparține unor valori de apartenență nelimitată, însă acestea se subordonează unor norme care nu aparțin juridicului; normele juridice intervin în situația în care este necesar să se dirijeze și să se delimiteze acele acțiuni care urmăresc valori de apartenență limitată⁸⁸;
- „normele cu care un interes trebuie să-și păstreze conformitatea logică pentru a fi considerat ca <<interes drept>>, vor fi norme sociale, norme consacrate în interiorul colectivității”⁸⁹;
- interesul particular este subordonat interesului colectiv, în numele socialității; dacă nu ar exista o asemenea subordonare, ordinea de drept nu ar fi posibilă;
- pentru a face posibilă ordinea de drept, este necesar ca **orice interes particular să fie în conformitate cu o normă**, normă care are rolul de a selecta interesele particulare pentru a le pune în concordanță cu interesul social. Altfel, dacă i s-ar acorda fiecăruia tot ce ar dori pentru a-și realiza interesul său, ar însemna să se desființeze însăși normarea, lucru care nu este stabil pentru că el „ar echivala cu proclamarea unei norme sociale care să anuleze

⁸⁴ *Ibidem*.

* Tarde considera că nu numai *constrângerea este motorul vieții sociale*, ci și *imitația*. În contradicție cu acesta, Speranția admite că în cazul imitației, chiar dacă nu suntem în prezența unei constrângeri exterioare, totuși ea este rezultatul unui impuls interior, involuntar, care de fapt, constrânge la o anumită adaptare la mediu.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁶ Potrivit Popa N., Dogaru I., Dănișor Gh., Dănișor D.C., *op. cit.*, p. 266-267.

⁸⁷ Speranția E., *Introducere...op. cit.*, p. 352.

⁸⁸ Popa N., Dogaru I., Dănișor Gh., Dănișor D.C., *op. cit.*, p. 273.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 274.

respectarea oricărei norme și, deci, în loc să contribuie cât de puțin la asigurarea conviețuirii sociale, ar comanda tocmai întreținerea acelor condițiuni care o subminează”⁹⁰;

Spirit și drept în opera lui Speranția

Dreptul, afirmă Speranția, se înfățișează „întotdeauna ca un produs spiritual sintetic ce tinde spre un maximum de armonie...”⁹¹.

Spiritul își creează anumite imperative cărora înțelege să li se supună, deoarece ele exprimă însăși viața spiritului și, mai mult, o face posibilă. Sunt conservate de către filosofi ca exigențe universale și necesare, fără de care spiritul însuși n-ar putea ființa, următoarele⁹²:

- spiritul se concepe pe sine însuși ca universal;
- spiritul se gândește pe sine ca suficient sieși;
- spiritul este și se cere să fie întotdeauna supus unei norme universale decretate de el însuși;
- exigența universalității este condiția raționalității;
- orice îngrădire a universalității unei norme constituie pentru spirit o înfrângere a exigenței sale fundamentale și primordiale;
- experiența sensibilă este o serie de înfrângeri ale aspirației spiritului către universal;
- orice înfrângere a aspirației către universal constituie o negație a identității realului cu spiritualul și raționalul, deci o contradicție a principiului identității;
- oroarea de contradicție, impulsul de a respinge și evita orice contradicție, este atitudinea defensivă a spiritului, care tinde să-și conserve identitatea sa cu sine însuși și aspirația sa către norma universală;
- spiritul individual („eul”), așa cum îl cunoaștem în conștiința subiectivă, postulează existența obiectivă a spiritului;
- grație exigenței de universalitate, „eul” concepe pe „alter” ca pe o exteriorizare a sa proprie;
- „eul” atribuie oricărui „alter” aceeași poziție de scop în sine și aceeași cerință de a se supune unei norme universale;
- ca și consecințe ale identității spiritului obiectiv și a aplicării unei aceleiași norme decurg: exigența egalității de „drepturi”, exigența „reciprocității” și exigența „compensației”;
- adevăratul „conflict social” se reduce la conflictul subiectiv, interior, dintre tendințele afective și normele raționale;
- orice interdicție care pornește din conștiința morală este o formă a imperativului necontradicției, este un refuz al logicii noastre, tot cum orice exigență a conștiinței morale este, de fapt, tot o exigență logică⁹³.

Speranția nu numai că se mulțumește să stabilească imperativele juridice care sunt, așa cum am văzut, exigențe ale spiritului, ci arată, la fel de sistematic, și înfățișarea pe care o iau aceste imperative în contingența socială.⁹⁴

VI. Mircea Djuvara

Caracterul social al dreptului

„Dreptul se aplică în mod direct și exclusiv numai faptelor sociale” – afirmă cu multă siguranță Mircea Djuvara⁹⁵. Orice alte realități – psihice, biologice, fizice etc. – nu interesează dreptul decât prin intermediul celor sociale.

Pentru Mircea Djuvara concepțiile privitoare la realitățile psihologice, biologice, geofizice, despre care vorbește uneori dreptul (Școala clasică a dreptului natural*, naturalismul obiectiv**, dreptul internațional și chiar dreptul public***) sunt inexacte pentru că ele trec cu vederea faptul că dreptul se aplică numai relațiilor sociale. Numai în cadrul existenței unor relații sociale, a unor relații între oameni, aceștia au, unii față de alții, drepturi și obligații. Fără asemenea activități sociale pe care, după caz, le impun, le interzic, le permit, drepturile (subiective) și obligațiile juridice (corelative) nici nu pot fi concepute.

Principiul consacrat *ubi societas, ibi jus*, invederează, o dată în plus, că nu poate exista drept decât acolo unde există relații sociale, unde există societate.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Idem, Principii...*, p. 16.

⁹² Pe larg, Bagdasar N., *op. cit.*, p. 347.

⁹³ Speranția E., *Principii...*, p. 17-30.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 31 și urm.

⁹⁵ Djuvara M., *Precis de filosofie juridică (Tezele fundamentale ale unei filosofii juridice)*, București, Tipografia Ziarului „Universul”, 1941, p. 49.

* Școală care fundamentează dreptul de cele mai multe ori, pe natura omului ca ființă individuală bio-psihică.

** Care uneori, explică dreptul prin realități geofizice, prin fenomene biologice sau psihologice.

*** Ramuri de drept care încearcă să explice dreptul, uneori, fie prin mediul fizic, fie prin fenomenele biologice, fie numai prin voința psihologică a conducătorilor popoarelor.

Ideea de societate joacă în realitate același rol pe care îl joacă ideea de univers în fizică, ori aceea de organism în biologie și psihologie. Activitățile sociale sunt de o extraordinară complexitate. Fiecare dintre ele este influențată într-o măsură mai mică sau mai mare de toate celelalte care se produc în societate. Drept pentru care, a considera fenomenele sociale în mod izolat înseamnă a trunchia realitatea lor. Fenomenele sociale se leagă între ele prin natura lor într-un tot unitar și nu se explică integral decât fiecare prin toate celelalte. „În fiecare din ele – afirma Djuvara – aflăm concentrate ca într-un microcosmos toate relațiile din societatea respectivă.”⁹⁶

Ideea de societate se întinde la orice grupare socială posibilă; orice grupare reală, atâta timp cât poate fi pusă în relație cu alta, face parte din societate. **Ideea de societate are astfel un caracter universal**, grupând toate structurile sociale reale, cele existente și posibile, cele trecute, prezente și viitoare⁹⁷.

Dreptul nu ia în considerare nimic din ceea ce nu aparține realității sociale; el se aplică direct și imediat realităților sociale. **În afara societății, nu poate fi vorba de drept**. Pe cale de consecință, dreptul nu reglementează în privința lucrurilor ori a animalelor.

Mircea Djuvara este preocupat în egală măsură și de **definirea noțiunii de societate juridică** deosebită de **societatea de fapt**.

Dreptul – în accepțiunea sa – constituie și instituie o ordine rațională, existând de sine stătătoare și nu numai sub forma unor „conflicte”, așa cum putem crede în mod obișnuit. „Prezența dreptului – afirmă filosoful – este însă de cele mai multe ori neștiută și ea nu apare în conștiința noastră decât numai în cazurile unor conflicte, întocmai după cum nu aflăm despre anumite funcții sau organe biologice ale noastre decât în cazul unei maladii...”⁹⁸.

Ideea de societate aplicată la un anumit grup social, admite Djuvara, exprimă noțiunea de „comunitate” a unei societăți date, considerând acea societate sub ambele ei aspecte: atât cel social, cât și cel juridic⁹⁹.

Mircea Djuvara admite că **dreptul are un caracter social datorat faptului că orice cunoștință juridică are în mod necesar la bază fapte sociale**. Analiza relației dintre drept și sociologie este importantă pentru a ajunge la o asemenea concluzie, dar nu și suficientă, susține filosoful. De aceea, el crede că **analizând relația dintre drept, morală și sociologie**, am fi în fața unei complete concluzii. Cum își explică autorul relația tridimensională expusă? Dreptul – afirmă el – se aplică în mod direct și imediat realităților sociale și nu altor realități (psihice, biologice etc.) care sunt luate în considerare în drept numai prin intermediul celor sociologice. „Aplicarea dreptului la realitățile sociale se face, contrar primelor aparențe, nu în mod direct, ci numai prin intermediul moralei. Morala constituie astfel, în ierarhia științelor treapta imediat superioară sociologiei și imediat inferioară dreptului”¹⁰⁰.

Faptul că dreptul – potrivit lui Djuvara – se întemeiază pe morală devine evident dacă admitem că **esența** însăși a **dreptului**, în general, și a dreptului pozitiv în special, **stă în ideea de justiție**. „Justiția – concluzionează Djuvara – nu poate fi imorală; ceea ce e obiectiv just, nu poate fi imoral”¹⁰¹.

Obiectul de reglementare al științelor juridice este unul cu o natură specifică, care nu poate fi confundat cu cel al sociologiei.

Prin aplicarea propozițiilor normativ-juridice la realitățile sociale, acestea din urmă își pierd natura lor proprie dobândind o natură nouă pe care le-o conferă cunoștința juridică¹⁰².

Ideea de justiție și cunoașterea juridică*

Obiectul cunoașterii juridice este, în această privință, exact în aceeași situație ca obiectele științelor despre natură și, „în măsura în care reușim să ne îndreptăm în mod real spre adevăr, cunoștințele noastre despre justiție au aceeași obiectivitate ca și cele despre natură”¹⁰³.

Această constatare îl determină pe Djuvara să afirme că morala și dreptul pot constitui în principiu știința, oricât ar fi ele încă de înapoiate în fapt „față de perfecția ideală spre care trebuie să tindă”¹⁰⁴. Așadar, dreptul poate exista și el ca știință, întocmai la fel ca științele despre natură, însă, atrage atenția Djuvara, „trebuie să se înțeleagă că știința dreptului nu stă numai în studiul dreptului pozitiv... dispozițiile schimbătoare ale acestuia din urmă sunt numai simple fapte, pe care, bineînțeles, știința dreptului trebuie să le cunoască cu precizie, dar de la care ea trebuie să se înalțe mai departe, ca oricare altă știință, spre adevăratele <<legi>> ale realităților specific juridice”¹⁰⁵.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 44.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 60.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 61.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 63.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 66.

* Problematika pe care o analizăm aici, a făcut obiectul unor prelegeri ale lui Djuvara în cursul lunii ianuarie 1942, la facultățile de drept ale universităților din Berlin, Viena și Marburg, și cuprinse în lucrarea autorului intitulată „*Contribuție la teoria cunoașterii juridice. Spiritul filosofiei kantiene și cunoașterea juridică*”, Tipografia Ziarului „Universul” – Brezoiu 23-25, București, 1942, p. 25-66.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Ierarhia științelor vedește că realitățile naturale, în frunte cu cele sociale, suferă o prelucrare esențială spre a da naștere „eticului”, și anume mai întâi moralului și apoi juridicului. „Justiția, ca și obiectele științelor despre natură, izvorăște viu din activitatea însăși a cunoașterii obiective”¹⁰⁶.

Cunoștințele noastre despre realitățile naturale pornesc de la așa-zisele simțuri, dar – afirmă Djuvara – spre a se putea constitui ca obiective, ele trebuie să depășească printr-o operație a minții, constatările sensibile: altfel, nu am avea nicio experiență obiectivă¹⁰⁷.

La fel se întâmplă și în privința cunoștințelor juridice, căci nici acestea nu pot apărea fără să derive din nimic; și ele sunt produsul activității cunoștinței noastre care lucrează prin diferențieri succesive asupra concretului original¹⁰⁸.

În acest mod explică Djuvara și existența unei „experiențe” a justului, adică o experiență specific juridică.

Experiența juridică nu poate avea numai un caracter social sau numai caracterul vreunei alte științe despre natură, „deși ea presupune și închide în ea, prefăcându-le, date experimentale sociale și prin aceasta și date ale celorlalte științe fără care o cunoștință socială nu poate exista”¹⁰⁹. Oricare cunoștință „generală” din drept nu ar putea totuși avea nimic juridic în cuprinsul ei, dacă nu ar fi extrasă din date experimentale care trebuie să aibă și un caracter juridic¹¹⁰.

Mai departe, referindu-se în continuare la rolul pe care-l joacă experiența în cunoașterea juridică, Mircea Djuvara exprimă următoarele idei¹¹¹:

- noțiunile generale nu se pot forma niciodată decât prin extragerea unor elemente comune constatate într-o serie de date experimentale;

- nu pot fi extrase elemente juridice – care sunt cuprinse în cunoștințele noastre generale din drept – decât din date experimentale care posedă și ele același caracter de juridicitate;

- experiența juridică, cu caracterele ei proprii juridice, este și ea „construită”, fiind condusă de „ideea” ei specifică, întocmai ca și experiențele pe care le reușim a le avea în științele despre natură;

- nu putem „alege” din datele brute prezentate și constitui o experiență proprie a unei științe, decât dacă urmărim realizarea punctului de vedere specific al acelei științe, adică **ideea ei**;

- această idee, în ceea ce are mai general, **reprezintă** tocmai **adevărul obiectiv** spre care tindem în mod necesar în orice act de cunoaștere;

- **ideea de justiție** – ca idee specifică a cunoștinței juridice – reprezintă astfel **valoarea absolută și obiectivă** de adevăr care conferă fiecăreia din cunoștințele noastre juridice reale, valoarea de adevăr pe care ea o poate avea;

- această **idee directoare** a tuturor cunoștințelor juridice are ca obiect totalitatea absolută a experiențelor juridice care sunt posibile în principiu Relația dintre drept și morală

Unul dintre reperele fundamentelor concepției lui Mircea Djuvara îl reprezintă, fără îndoială, **raportul dintre drept și morală**.

Concepția lui Mircea Djuvara privitoare la **raportul dintre drept și morală** se sprijină pe următoarele **idei de bază**:

- dreptul și morală fac parte din același grup de discipline, cu o strânsă legătură între ele;

- orice judecată asupra valorii raționale a unei activități poate fi de ordin moral sau de ordin juridic, în funcție de natura activității luate drept obiect al judecății: când această activitate este pur interioară, când este un sentiment, o pură intenție, o tendință non-exteriorizată, ne aflăm în domeniul moralei; dimpotrivă, orice acțiune exteriorizată și manifestată printr-un gest material al agentului în raport cu celelalte, intră în domeniul dreptului și poate, în funcție de circumstanțe, să devină drept pozitiv¹¹²;

- în morală, judecata se face asupra unui act interior, fiind scopul subiectiv al agentului care trebuie să fie însuși binele, pe când în cazul dreptului, dimpotrivă, judecata se face asupra acțiunii exteriorizate în integralitatea ei, inclusiv asupra scopului său. Acest act exteriorizat, în totalitatea și finalitatea sa obiectivă, trebuie să constituie dreptatea¹¹³;

- dreptul nu trebuie conceput ca acționând împotriva moralității, ci, dimpotrivă, dreptul are ca scop însăși moralitatea; întregul drept nu este altceva decât punerea în acțiune a moralității, în așa fel încât fiecare personalitate să-și poată desfășura activitatea nestânjenită și în condițiile cele mai prielnice în societate;

- morală, care conține totalitatea aspirațiilor ideale ale conștiinței, este fundamentul dreptului și îl explică; dacă la baza lui nu ar sta ideile moralei, atunci dreptul nu ar mai exista, și el s-ar identifica cu forța.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 58.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 60.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 61.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 61-62.

¹¹² Știr S., *Fundamentul moral și religios al dreptului*, Ed. Risoprint, Cluj-Napoca, 2014, p. 297.

¹¹³ Djuvara M., *Drept și morală*, în „Eseuri de filosofie a dreptului”, Ed. Trei, București, 1997, p. 59-60.



Acestea au fost, **în sinteză**, cele mai relevante contribuții românești la dezvoltarea și afirmarea filosofiei dreptului ale autorilor asupra cărora ne-am oprit.

Ca o **concluzie generală**, nu putem să afirmăm decât că, **marii noștri gânditori și-au făcut datoria**, au ținut pasul cu alți filosofi de elită ai vremii, **contribuind în mod substanțial la dezvoltarea filosofiei dreptului**. Cel puțin, dintr-un anumit punct de vedere, credem că avem dreptate, dacă luăm în considerare extraordinara apreciere pe care, un ilustru filosof al dreptului – **Giorgio del Vecchio** – a făcut-o la adresa lui **Mircea Djuvara**: „.....trebuie să fie recunoscut nu numai ca cel mai mare gânditor român, dar și unul dintre cei mai mari gânditori contemporani în domeniul Filosofiei juridice”.

CONSIDERAȚII PRIVIND EVOLUȚIA CONCEPTULUI DE CULTURĂ JURIDICĂ ÎN GÂNDIREA JURIDICĂ ROMÂNEASCĂ ÎN PERIOADA 1918 – 2018

Claudiu Ramon D. BUTCULESCU*

Abstract: *This paper briefly presents some aspects regarding the evolution of the concept of legal culture in Romanian legal thinking in the last century. Legal culture is a concept that has no precise definition, although it is of relevance to understanding the formation and evolution of legal phenomena. In the general theory of Romanian law, the concept of legal culture has an important role in analyzing the elements that contribute to the configuration of law, being influenced by the system of law and in turn influencing this system. The idea of legal culture entered the Romanian legal doctrine in the first decades of the century. XX, later being developed in several specialized works. At present, legal culture cannot exist in the Romanian legal system as a completely independent concept of European and international legal cultural, given the current tendencies of normalization of the legislation, especially at the level of the European Union.*

Keywords: *legal culture; juridical thinking; legal theory*

Introducere

Cultura juridică este un concept care se subsumează conceptului mai larg al culturii, considerat de unii cercetări similar conceptului de civilizație¹. J.J. Rousseau evidențiază legătura dintre cultură și natură². Nu în ultimul rând, cultura a fost analizată și prin antiteză cu anarhia, în acest sens Matthew Arnold arătând că expresia culturii este posibilă doar prin articularea anarhiei³.

Cultura a izvorât din diferite practici sociale⁴, având printre altele rolul de a crea fundamentul unor rețele sociale⁵. O definiție mai inedită a culturii ne arată că aceasta înseamnă tot ceea ce membrii unui grup cunosc, dar persoanele externe grupului nu. Cultura, în această viziune, se relaționează cu aspectele simbolice ale vieții persoanelor, ale locurilor în care se constituie sensuri și identități⁶. Cultura poate fi considerată drept o componentă a sistemului social, iar cultura juridică poate fi considerată o componentă a sistemului social normativ. Între conceptul de cultură și conceptul de cultură juridică există o relație de la întreg la parte, deoarece cultura juridică este parte a unui sistem cultural integrat alături de alte culturi, precum cultura economică, socială etc. Pe de altă parte, cultura juridică este parte a sistemului social normativ, fiind în directă și permanentă interacțiune cu sistemul dreptului, pe care-l îl influențează indirect. Noțiunea de cultură juridică nu poate fi analizată fără luarea în considerare a sistemului social normativ, astfel că încă din antichitate, cultura juridică a fost analizată în corespondență cu sistemul social normativ⁷, iar în prezent ea poate fi considerată o componentă⁸ a sistemului social normativ împreună cu celelalte categorii de norme care în mod tradițional sunt incluse în acest sistem : norme etice⁹, norme tehnice¹⁰, norme morale¹¹ etc. Contribuții valoroase cu privire la cultură regăsim și în literatura românească, iar printre autorii care au abordat acest subiect se numără P.P. Negulescu, Petre Andrei, Eugen Lovinescu, Dimitrie Gusti, Lucian Blaga, Tudor Vianu¹².

Scurte considerații privind cultura juridică

În literatura de specialitate cultura juridică a fost definitivă drept un ansamblu juridic complex de modalități prin care operatorii dreptului aplică legea în exercitarea atribuțiilor proprii¹³, în timp ce în lucrarea *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*¹⁴ se arată că nu trebuie confundat conceptul de cultură juridică

* Conf.univ.dr., Universitatea „Spiru Haret”, București; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail : butculescu@yahoo.com

¹ Edward Burnett Tylor, *Primitive Culture*, vol. I, Dover Publications, New York, 2016, p.1.

² Robert Wokler, *Rousseau, the Age of Enlightenment, and Their Legacies*, ed. Bryan Garsten, Princeton, Princeton University Press, 2012, p. 2.

³ Marc Manganaro, *Culture, 1922: The Emergence of a Concept*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 2.

⁴ John Robert Holton, *Network discourses : proliferation, critique and synthesis*, *Global Networks* 5, 2 (2005), p. 214.

⁵ Claudiu Ramon D. Butculescu, *Drept și cultură. Drepturi culturale și culturi juridice*, Editura Bibliotheca, Târgoviște, 2017, pp. 191-193

⁶ Michelle Lebaron, Zena D. Zumeta, *Windows on Diversity : Lawyers, Culture, an Mediation Practice*, *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 20, No. 4, Summer 2003, p. 464.

⁷ Eric Heinze, *Epinomia : Plato and the First Legal Theory*, *Ratio Juris*, Vol. 20, No. 1, March 2007, p. 113.

⁸ Claudiu Ramon D. Butculescu, *Drept și cultură. Drepturi culturale și culturi juridice*, Editura Bibliotheca, Târgoviște, 2017, p. 216.

⁹ Nicolae Popa, *Teoria Generală a Dreptului*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 111.

¹⁰ Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Editura Sitech, Craiova, 2013, p.82.

¹¹ Mihail Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 72.

¹² Claudiu Ramon D. Butculescu, *Drept și cultură. Drepturi culturale și culturi juridice*, Editura Bibliotheca, Târgoviște, 2017, p.24.

¹³ Anna-Maria Marshall, *Communities and Culture : Enriching Legal Consciousness and Legal Culture*, *Law & Social Inquiry*, Volume 31, Issue 1, March 2006, pp. 229 – 230.

¹⁴ „culture juridique”, Andre-Jean Arnaud, *Dictionnaire Encyclopedique de Theorie et de Sociologie du Droit*, Paris, 1992.

cu alte concepte precum : gândire juridică, dogmatică juridică sau doctrină juridică. În același dicționar se diferențiază între cultura juridică externă, care reprezintă ansamblul opiniilor publicului cu privire la sistemul juridic și cultura juridică internă, reprezentând cunoașterea specializată a operatorilor dreptului (specialiști ai dreptului, precum magistrați, avocați etc.). Și alți autori au teoretizat existența a două sub-componente ale culturii juridice – cultura juridică internă și cultura juridică externă¹⁵. Pe lângă această diferențiere, în doctrină s-a mai încercat creionarea unor idei privind dezvoltarea culturilor juridice, diferențiată în funcție de mediul rural sau urban¹⁶. Cultura juridică poate fi privită și ca un sistem cultural propriu fiecărei persoane, alcătuind matricea culturală a acestei persoane, fiind identificată prin atribute proprii ale persoanei, chiar dacă această persoană este la rândul său parte a unui grup sau comunități, participând și cultivând idei și obiceiuri comune¹⁷. În doctrină s-a sesizat imprecizia definirii conceptuale a culturii, arătând că acest concept se situează într-un crepuscul ideatic ce poate dăuna politicilor multiculturală care au încercat să consolideze identitatea culturală¹⁸. Mai mult decât atât, unii autori au arătat că se poate discuta și despre o contra-cultură juridică, fundamentată pe disensiune și gândire anarhică¹⁹, amintind în acest sens de ideile enunțate de Mathew Arnold, cu privire la relația dintre cultură și anarhie.

Potrivit altui cercetător, Volkmar Gessner, cultura juridică include comportamente, atitudini și valori elaborate și de asemenea, forme instituționalizate ale unor reacții individuale, concretizate prin modul în care întreprinderile, organizațiile profesionale sau instituțiile de stat sunt organizate²⁰.

Cultura juridică se manifestă atât la nivel internațional, cât și la nivel local, atât în ceea ce privește dreptul substanțial, cât și în ceea ce privește dreptul procesual. La nivel european, fiecare cultură juridică este considerată a fi prin ea însăși o formațiune epistemologică distinctă²¹. Însăși implementarea dreptului comunității europene în sistemele de drept naționale este obstrucționată de existența unor diferențe între cultura juridică a Uniunii Europene și culturile juridice naționale²².

În același sens, la nivel european, cultura juridică devine din ce în ce mai puțin formală, iar diferențele între culturile juridice naționale și cea europeană își vor pierde treptat din strictetea delimitării²³, deși în ceea ce privește interacțiunea dintre dreptul continental și dreptul anglo saxon, în literatura s-a arătat că în timp ce specialiștii dreptului continental tind către stabilirea unui drept comun, cultura juridică internă a dreptului anglo-saxon urmărește valențe opuse²⁴.

Cultura are o relație specială și cu izvoarele de drept. Cunoscutul cercetător L. Friedman arăta că, în sistemul anglo-saxon, cel mai apropiat izvor de cultură este doctrina. Dar, cultura este mai mult decât o simplă sursă a doctrinei, deși doctrina reflectă în principiu cultura juridică. Doctrina la rândul său este o proiecție a principiilor dreptului, în a căror construcție putem regăsi axiome juridice, cât și valori juridice fundamentale²⁵. Cultura este o atmosferă construită, un mod de gândire, ce dă viață doctrinei, o interpretează și o pune în locul său, dându-i vitalitate empirică²⁶. Pe de altă parte, în sistemul de drept american, dimensiunile ideologice, instrumentale și instituționale ale puterii sunt absolut necesare pentru înțelegerea caracterului culturii juridice. Unele norme juridice se resping reciproc, altele fuzionează relativ ușor, în timp ce altele se combină pentru a forma valori hibride²⁷. Cultura juridică își extinde influența și în materia dreptului comparat, acesta fiind considerat de unii autori drept o componentă indispensabilă a culturii juridice²⁸. Potrivit aceluiași autor, unul dintre scopurile principale ale dreptului comparat este de a clasifica sisteme juridice, culturi juridice și tradiții juridice. Tot în aceeași direcție, s-ar putea aprecia că pe de o parte, dreptul

¹⁵ Lawrence M. Friedman, Rogelio Perez Perdomo, *Legal Culture in the Age of Globalisation. Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, 2003.

¹⁶ Richard D. Shingles, Donald J. Shoemaker, *A Developmental Thesis of Legal Cultures*, Law and Policy Quarterly, Vol. 1, No. 4, October 1979, pp. 385 – 387.

¹⁷ Lawrence M. Friedman, *Is there a Modern Legal Culture?*, Ratio Juris, Vol. 7, No. 2, July 1994, p.118.

¹⁸ María José Afñón, *El reconocimiento de los derechos culturales de la minorías en Europa*, El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano, ED. Dykinson S.L., Madrid, 2006, p.42.

¹⁹ Roberta Kvelson, *Dissent and the Anarchic in Legal Counter – Culture : A Peircean View*, Ratio Juris, Vol. 15, No. 1, March 2002, p.16.

²⁰ Volkmar Gessner, *L'interazione giuridica globale e le culture giuridiche*, Sociologia del diritto, Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves, XX, 1993/1, p.61.

²¹ Marc Amstutz, *In-Between Worlds : Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning*, European Law Journal, Vol. 11, No. 6, November 2005, p. 781.

²² Chloe J. Wallace, *European integration and legal culture : indirect sex discrimination in the French legal system*, Legal studies, Volume 19, Issue 3, September 1999, p. 397.

²³ Claudiu Ramon D. Butculescu, *Drept și cultură. Drepturi culturale și culturi juridice*, Editura Bibliotheca, București, 2017, p. 206.

²⁴ Pierre Legrand, *Are civilians educable*, Legal Studies, Volume 18, Issue 2, June 1998, p.219.

²⁵ Alexandru Florin Măgureanu, *Sursele Principiilor Generale ale Dreptului*, Impactul transformărilor socio-economice și tehnologice la nivel național, european și mondial; Nr.5/2015, Vol.5, p.150.

²⁶ Lawrence M. Friedman, *Civil Wrongs : Personal Injury Law in the Late 19th Century*, Law & Social Inquiry, American Bar Foundation Research Journal, Vol. 12, No. 2/3 (Spring-Summer, 1987), p.373.

²⁷ Michael McCann, William Haltom, *On Analyzing Legal Culture : A Reply to Kagan*, Law & Social Inquiry, Volume 31, Issue 3, Summer 2006, pp.748, 753.

²⁸ Esin Orucu, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, Boston: Martinus Nijhoff, 2004, p.11.

comparat se diferențiază de această subramură a sociologiei dreptului, iar pe de altă parte s-ar putea sublinia complementaritatea dintre cele două²⁹. Nu în ultimul rând, cultura juridică include și elemente de semiologie și semiotică juridică, având în vedere că dreptul se poate constitui în forme de reprezentare simbolică³⁰.

Conceptul de cultură juridică în gândirea juridică românească

Prima conceptualizare a culturii juridice a apărut odată cu discursul de recepție al Academicianului Andrei Rădulescu, ținut în Aula Academiei Române, la data de 3 iunie 1922, intitulat „Cultura juridică românească în ultimul secol”. Cu ocazia acestui discurs, reputatul cercetător a analizat cultura juridică românească, începând cu perioada 1814-1818³¹. Ulterior, în anul 1942, a publicat un volum, intitulat „Cultura juridică românească”, conținând valențe științifice similare celor propuse de școala istorică a dreptului³².

Cultura juridică la acel moment era, fără îndoială influențată de marii juriști care au stabilit și structurat realitatea juridică românească interbelică. La acel moment, filosofia dreptului românesc începea să prezinte caracteristici proprii, să obțină o identitate proprie și să privească în mod critic mimetismul juridic. Acest mimetism juridic a fost criticat de Andrei Rădulescu, care arăta că în legiferare, au fost preluate legile străine, uneori traduse, alteori superficial adaptate la realitatea juridică românească³³. Acest aspect nu este nici izolat nici singular în ziua de astăzi, când numeroase voci pun în discuție modul de adaptare a legislației românești la corpul legilor Uniunii Europene, deși în doctrină s-a arătat că dincolo de mimetismul juridic, între două sisteme de drept naționale care se află în contact permanent, se poate produce un fenomen de aculturație juridică³⁴. Pe de altă parte, un cercetător al începutului de sec. XX arăta că dimpotrivă, Codul penal din 1864 trebuia să împrumute mai mult din Codul penal francez și Codul penal prusac, respectiv să înapsească pedepsele³⁵.

Cultura juridică a fost mai puțin studiată în perioada comunistă, deși cu toate limitările, au existat cercetări care au abordat, chiar și tangențial problematici referitoare la cultura juridică, sens în care amintim lucrări ale reputei cercetătoare Anita Naschitz, precum Conștiința juridică socialistă, publicată în anul 1964 sau Contribuții la studiul formării și dezvoltării conștiinței socialiste în țara noastră, publicată în anul 1957. Chiar dacă asemenea lucrări prezintă anumite limitări datorate regimului social care s-a caracterizat printr-o puternică limitare a drepturilor, aspectele științifice evidențiate în lucrarea respectivă nu trebuie date uitării. Ulterior și alți cercetători în teoria generală a dreptului au propus definiții ale culturii juridice. În opinia unui reputat cercetător, cultura juridică reprezintă printre altele o conștiință operantă a dreptului, o anume mentalitate juridică a justițiabililor, dar și a judecătorilor, a celor ce „spun” dreptul, a celor ce „fac” dreptul, dar și al celor ce administrează interesul și bunul public, conform dreptului și justului.³⁶

În literatura de specialitate³⁷ s-a mai arătat că dreptul constituie unul din mijloacele prin care se realizează funcțiile sociale ale culturii. În același sens, valorile culturale și modelele culturale exercită, în cadrul evoluției lor istorice, o puternică influență asupra vieții sociale, în spațiul reglementat de norme juridice. Valorile culturale sunt supuse unui proces interesant de transformare, prin integrarea în practica socio-umană. Produsul finit realizat în urma acestui proces de transformare îl constituie componentele vieții de zi cu zi, în toate manifestările sale. Acest proces contribuie la transpunerea valorilor culturale în fapte de civilizație. În majoritatea literaturii de specialitate, cultura juridică a fost desemnată drept un concept cheie³⁸ cu puternice implicații juridice sau un ansamblu de cunoștințe referitoare la drept³⁹.

Un alt autor recunoscut în domeniul teoriei generale a dreptului definește cultura drept un sistem de momente constitutive, funcții, dimensiuni și menționează elementele definitorii ale conceptului de cultură. În opinia reputatului

²⁹ Sofia Popescu, *Derecho comparado y sociologia juridica*, Volume „El derecho en Red, Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 401 – 415.

³⁰ „B. Lepetit, *Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale*, Albin Michel, Paris, 1995; J.-M. Ferry, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, Editions de Cerf, Paris, 1991, 2 voll.; P. Ricoeur, *Percorsi del riconoscimento*, cit., pp. 153 ss,” apud Pier Francesco Savona, *Diritti culturali e società „Glocale” : una questione di riconoscimento o di giustizia sociale?*, Sociologia del diritto, XXXVI/2009/3, p.23.

³¹ Andrei Rădulescu, *Cultura juridică românească în ultimul secol*, Editura Cultura Națională, București, 1923, p.9.

³² Claudiu Ramon D. Butculescu, *Considerații privind impactul culturii juridice europene asupra dreptului românesc, în urma aderării României la Uniunea Europeană*, în volumul *10 ani de la aderarea României la Uniunea Europeană. Impactul asupra evoluției dreptului românesc*, București, 2017, pp. 250-251.

³³ Andrei Rădulescu, *Cultura juridică românească în ultimul secol*, Editura Cultura Națională, București, 1923, p.41.

³⁴ Emilian Ciongaru, *Judecarea în echitate – transplant juridică în noul cod de procedură civilă*, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 4/2014, p.90.

³⁵ Ioan Tanoviceanu, *România sub raportul moral*, Editura Floare Albastră, București, 2005, p.46.

³⁶ Emil Gheorghe Moroianu, *Prolegomene pentru o istorie a civilizației juridice și a instituțiilor juridice*, Revista română de filozofie a dreptului și filozofie socială, Nr. 2 / 2005 și Nr. 3 / 2006, p. 24.

³⁷ Sofia Popescu, *Quelques réflexions sur le rapport entre la vie juridique et la vie culturelle de la société*, în „Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social”, vol. III, Mexico, 1982, pp. 293 – 311.

³⁸ Sofia Popescu, *Cultura Juridică, concept-cheie în cercetarea căilor integrării europene în domeniul dreptului*, Revista de Studii de Drept Românesc, Anul 14, nr. 3-4, pp.251-267.

³⁹ André – Jean Arnaud, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, 1993.

specialist în teoria generală a dreptului, „cultura este un sistem deschis, dar integrat și coerent de valori, în timp ce civilizația este sensul activ al culturii și vocația universală a omului”. Totodată, funcția civilizatoare a culturii este tehnica, ea însăși o valoare culturală”⁴⁰.

Nu în ultimul rând, în actualitate problematica privind cultura juridică a fost cercetată în mod extensiv și în alte lucrări valoroase de specialitate, în care a fost explicat în mod comprehensiv conceptul de cultură juridică și relaționarea dintre cultura și cercetarea științifică juridică⁴¹.

În perioada 1918-2018 au fost enunțate teorii valoroase cu privire la cultura juridică românească, acest concept căpătând o importanță deosebită în cercetarea științifică juridică. Pornind de la reflecțiile expuse în anul 1922 de către Academicianul Andrei Rădulescu și până la teoriile dense de substanță juridică expuse în prezent, conceptul de cultură juridică a cunoscut o evoluție crescândă, primind din ce în ce mai multă atenție din partea specialiștilor dreptului, care formează cultura juridică internă.

Concluzii

În prezenta lucrare am încercat să abordez unele aspecte privind evoluția conceptului de cultură juridică în gândirea juridică românească. Din analiza prezentată în acest articol, rezultă că acest concept se bucură de o atenție deosebită în mediul științific juridic internațional, în care numeroși teoreticieni de prestigiu ai dreptului, dar și practicieni încearcă să definească și să stabilească trăsăturile culturii juridice. În cercetarea științifică românească, acest concept a primit de asemenea atenție sporită, mai ales în ultimii ani. În acest sens, tot mai multe personalități ale dreptului își apleacă atenția asupra acestui concept, aducând contribuții valoroase la cristalizarea și individualizarea acestui concept, precum și la plasarea lui corectă în cadrul sistemului normativ. Fără îndoială că o analiză coerentă a culturii juridice românești în contemporaneitate nu se poate realiza fără a se avea în vedere și integrarea acesteia în cultura juridică europeană, cu atât mai mult cu cât integrarea culturii românești în marea familie culturală europeană a reprezentat un deziderat secular al întregii intelectualități românești, atât din domeniul juridic, cât și din celelalte domenii sociale și științifice.

⁴⁰ Ion Craiovan, *Tratat de Teoria generală a dreptului*, Editura Universul Juridică, București, 2007, pp.29 – 30.

⁴¹ Mircea Duțu, *Dreptul: între ipostaze teoretice și avatarurile mondializării*, Editura Academiei Române, București, 2014, pp.135-143.

PARADIGME ȘI CURENTE ALE DREPTULUI ÎN GÂNDIREA JURIDICĂ ROMÂNEASCĂ: ȘCOALA DREPTULUI NATURAL ȘI ȘCOALA ISTORICĂ A DREPTULUI

Viorel MIULESCU*

Abstract : *The concepts that helped describing the juridic reality have not always been the same, over the course of the entire history of law science: the concepts have either been used in different periods, different juridic concepts, either there have always been used the same concepts, but with a different signification from a period to another. The recognized research on the way law schools have been reflected in the romanian juridic thinking – as an example, the one from the first half of the XX century until the end of the world war two – has represented an owed restitution after 1990.*

Key words : *paradigm; law; natural right; 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 germinii în filosofia antică greacă (Heraclit, Sofocle, Aristotel) și romană (Cicero), precum și în cea medievală (Augustin, Toma dl 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 contemporană.²

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 datorată.³

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 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 funciar.⁴

* Lect.univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, Universitatea "Spiru Haret", București; e-mail: viorelmiulescu@yahoo.com

¹ Ion Craiovan, *Filosofia dreptului și dreptul ca filosofie*, Editura Universul Juridic, București, 2010, pp. 238-239.

² Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, Dan Claudiu Dănișor, *Filosofia dreptului. Marele curente*, Editura 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*, Editura 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.

⁴ Alexandru Văllimărescu, *Teoria dreptului natural în lumina istoriei și a doctrinelor filosofice*, Editura Al. Doicescu, București, 1930.

„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 imperioasa 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 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, inerent 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, pozitiviștii 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 arăta, 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 noastre.⁷

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 germele în filosofia hegeliană.

El arăta 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 ajutoare. 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”.

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 conștiința 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

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.

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 ca 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.

PRAVILA DE LA GOVORA – ÎNTÂIUL IZVOR DE DREPT ROMÂNESC

Ion RISTEA*

Abstract: “Pravila de la Govora” represents the first collection of legal-canonical and civil laws, written in Romanian and using a Cyrillic alphabet. It represents a code of laws punishing the violation of the Romanian traditions and customs; it also represents a synthesis of the byzantine law applied in the traditional Romanian area.

The princeps edition of the paper has been printed in 1640 at the Govora Monastery from Valcea County.

In 1884 the Romanian Academy published a second edition of this paper in Romanian, by using the Latin alphabet.

The third edition, published in 2016 with the blessing of the Ramnicu Valcea Archdiocese. In fact, the launching of this paper, event to which I took part, together with other national and local personalities, in the presence of a large audience, represents the reason for which I am writing the current article.

Key words: Matei Basarab Prince, typography, collection of laws, church rules, laic law.

Pravila de la Govora, denumită și Pravila mică (având în vedere dimensiunile acesteia), sau „Dreptatoriu de lege” sau „Pravila bisericească” a fost tipărită în anul 1640 la Mănăstirea Govora de către tipograful Meletie Macedoneanul și Ștefan de la Ohrida, din ordinul domnitorului Matei Basarab și cu binecuvântarea preasfințitului arhiepiscop Teofil- mitropolitul Ungrovlahiei¹.

Izvorul de bază al pravilei a fost versiunea în limba slavă a nomocanonului grecesc (culegere de norme juridice) al lui Jean Baptiste Cotelerius tradus de călugărul Mihail Moxa de la Mănăstirea Bistrița. Autorul s-a inspirat și din conținutul unor pravile bisericești din țările române cum ar pravilele de la Neamț (1557), Putna (1581) și Bistrița (1618)².

Tipografia de la Govora s-a întemeiat din porunca și cu cheltuiala domnitorului Matei Basarab, fiind adusă de la Kiev de către Meletie Macedoneanul, fiind dăruită de către mitropolitul Petre Movilă. Această tipografie este a II-a din Țările Române; prima a fost la Mănăstirea Dealul, unde în anul 1508 tipograful sârb Macarie a tipărit în limba slavonă prima carte tipărită în Țara Românească și anume „Liturghierul”.

Pravila de la Govora reprezintă prima culegere de legi juridico-canonic și civile, în limba română cu alfabet chirilic. Este un cod de legi care pedepsește încălcarea cutumelor și a tradiției românești. Practic reprezintă o sinteză de drept bizantin aplicată spațiului românesc tradițional.

Analizând această primă ediție a Pravilei, constatăm că stema Țării Românești este reprezentată de un corb ce poartă în cioc o cruce, având în partea de sus o coroană. Stema este înconjurată de inițialele domnitorului Matei Basarab, iar stihurile scrise în limba slavonă dedicate stemei și lui Matei Basarab sunt semnate de cărturarul Udiște Năsturel care era și cumnatul domnitorului.

Pagina de titlu evidențiază faptul că este vorba de un îndreptar de legi întocmit de Sfinții Apostoli, rânduite de către cele șapte săboare (sinoade ecumenice); a fost tipărită în tiparul domnului Matei Basarab, voievod a toată Țara Ungrovlahiei, în mănăstirea Govora în anul 7149 de la facerea lumii și 1640 de la nașterea lui Hristos. Cuvintele sunt încadrate de un chenar ce reprezintă o poartă cu stâlpi decorați cu motive arhitectonice. În partea de sus a chenarului se află trei îngeri dintre care cei doi din părțile laterale țin un lanț pe care se află o cruce.

Predoslovie (prefața) aparține lui Teofil, arhiepiscopul și mitropolitul Țării Românești, care se adresează arhiepiscopilor, mitropoliților, episcopilor, preoților și tuturor duhovnicilor. Se menționează că „în ce mână va cădea această sfântă carte, acela să o țină cu mare cinste și să învețe din ea în mare taină cum se vindecă sufletele oamenilor de păcate”. În continuare, în limba slavonă, Meletie Macedoneanul, egumenul comunității viețuitorilor din Mănăstirea Govora afirmă că a tipărit cartea din ordinul prealuminatului domnitor Matei Basarab, cu binecuvântarea preasfințitului Teofil, arhiepiscop și mitropolit în toată Țara Ungrovlahiei³.

Este important să menționăm că o ediție asemănătoare a Pravilei a apărut și în Transilvania, cu deosebirea că prefața nu a mai fost făcută de Teofil, ci aparține lui Ghenadie – arhiepiscop și mitropolit al Ardealului.

Tipărirea ediției pentru Transilvania se explică prin faptul că, bisericile din Țara Românească și Transilvania depindeau canonic de Patriarhia Constantinopolului iar mitropolitul Ungrovlahiei îi avea în grijă pastorală și pe ortodocșii din Transilvania, ierarhii lor fiind hirotonosiți la Târgoviște⁴. Deci, încă de pe atunci, exista o strânsă

* Prof.univ. dr., Universitatea “Agora”, Oradea; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail : risteia_m_ion@yahoo.com

¹ În teacurile tipografiei de la Mănăstirea Govora au mai fost tipărite și alte cărți dintre care amintim: Psaltirea Slavonească (1638) și Evanghelia învățătoare (1642).

² Emil Cernea, *Istoria statului și dreptului roman*, Tipografia Universității din București, 1976, p.253.

³ Emil Catrinoiu, *Argumentul editorului, Pravila de la Govora*, Editura Fortuna, Râmnicu Vâlcea, 2016, p.18-19.

⁴ *Idem*, p.20.

legătură și comuniune între cetățenii celor două provincii, exprimând existența istorică a unității de neam și credință a românilor.

Pravila este foarte importantă prin conținutul ei. Cuprinde atât dispoziții de drept bisericesc cât și dispoziții de drept laic.

Astfel, găsim reglementări privind comportamentul preoților și călugărilor, exemplificând în acest sens următoarele norme:

- preotul care se va însura cu două femei, să fie alungat din preoție;
- orice călugăr care va lovi cu un lemn pe egumenul lui, să i se taie mâna.

Se interzicea laicilor judecarea preoților, statornicind că pentru orice vină, trupească sau sufletească, preotul trebuie supus judecății bisericii. Numai pentru procesele privind locurile lor de „arătură” sau de „vie”, preoții erau supuși justiției laice, dar și în acest caz, cu întrebarea arhiereului.

Sub sancțiunea destituirii, se interzicea clericilor (episcopi, preoți, diaconi) să se adreseze domnului cu reclamații, fără a avea încuviințarea mitropolitului și a soborului⁵.

În pravilă, găsim prevederi privind dreptul familiei, astfel:

- erau interzise relațiile dintre tată și fiică, între mamă și fiu, între mamă și soră, între veri până la gradul 3, între ginere și soacra sa, pedeapsa constând în pocăință pe o perioadă determinată și facerea unui anumit număr de mătănii.

- cuvântul părinților și al moșilor (bunicilor) reprezintă rânduială și trebuie respectat;

- cine se va însura într-o altă credință - fetele și feciorii - să aibă pocăință 5 ani iar popii ce îi va cununa, să aibă pocăință 3 ani afară de biserică;

- ceremonialul de nuntă era complex și trebuia respectat, iar căsătoria se făcea respectând reguli stricte de rudenie;

- vârsta pentru căsătorie era prevăzută pentru bărbat la minim 15 ani iar pentru femei la 12 ani, iar tinerii trebuiau să primească binecuvântarea părinților;

- familia era sfântă, spațiul familial era sacralizat, trebuia păstrat neîntinat, iar soția trebuia să întrețină focul dragostei;

- nașii erau considerați părinți sufletești și trebuiau respectați, chiar mai mult decât părinții firești.

- erau menționate căsătoriile interzise; nu se puteau căsătorii: nașul cu fata lui cea botezată, cu mama ei și cu sora ei; fina cu fiul nașului; rubedeniile trupești: părinții feciorii, frații cu frați, verii primari, verii de-al doilea, verii de-al treilea. Feciorii celor de-al treilea veri se puteau căsătorii.

Pedepsele constau în expulzare din comunitate pe o perioadă determinată.

Pravila de la Govora conține și alte elemente de drept civil, cu ar fi de pildă:

- cine ară cu plugul în loc străin să se pocăiască 4 ani și să facă 16 mătănii pe zi;

- erau stabilite trei grade de rudenie: spre cei de sus, adică cei ce au născut și anume, părinții, moșii și strămoșii; spre cei de jos, adică cei ce se nasc și anume feciorii, fetele, nepoții și nepoatele; spre cei de mijloc, adică frații și surorile.

De asemenea, găsim în Pravila de la Govora reglementări de natură penală, acestea fiind elaborate în forma concepției religioase asupra infracțiunilor și pedepselor. Infracțiunea era socotită păcat, iar pedeapsa era considerată ispășire. Redă exemplificativ astfel de norme:

- femeia ce-și va ucide feciorii la naștere, să aibă pocăință și să se căiască;

- cine fură din biserică să dea mai mult decât a furat și să-l bată pe spate cu 30 toioage și pe tălpi cu 24 toioage, ca să nu mai fure;

- copiii care nu-și respectă părinții erau trimiși la moarte, deoarece părinții le-au dat lumină și viață;

- cine dezgroapă trupurile morților și îi va dezbrăca de haine și le va fura, să se pocăiască 5 ani și să facă în fiecare zi câte 100 mătănii;

- mărturisorul mincinos să se pocăiască 3 ani și să facă 20 mătănii;

- cine fură găini să se pocăiască un an și să facă 36 mătănii;

- cine fură dobitoac să se pocăiască 5 ani și să facă 300 mătănii;

- cine primește furtul să se pocăiască 5 ani și să facă 300 mătănii;

- cine bagă apă în vin și îl vinde, să se pocăiască 5 ani și să facă 66 mătănii;

- cine va fura un om al oricăruia sau vre-un cucon al oricăruia și-l va vinde, mâinile lui să se taie;

- omul mirean de se va îmbăta și de va face horă, să se pocăiască 60 zile.

Constată că pedepsele, în raport cu prevederile pravilei, pot fi clasificate în pedepse fizice (bătaia, mutilarea, moartea) și pedepse duhovnicești (mătănii, rugăciuni, posturi)⁶.

Găsim în Pravilă și elemente de procedură penală, fiind reglementată proba orală, adică mărturia simplă, jurătorii și jurământul cu brazda, aceasta din urmă fiind înlocuită ulterior cu „cartea de blestem”.

⁵ Vladimir Hanga și colab., *Istoria dreptului românesc*, Vol.I, II, Editura Academiei Române, 1980, p.392.

⁶ Gabriela Păsărin, *Receptarea Pravilei de la Govora – perspectivă comparativă*, <http://www.lisr.ro/14-pasarin.pdf>.

Pravila de la Govora este importantă și prin faptul că reprezintă întâiul izvor de drept românesc. Când analizăm izvoarele de drept românesc, în sens formal, totdeauna trebuie început cu Pravila de la Govora. După aceea facem referire la celelalte izvoare de drept care sunt, în ordine următoare: Îndreptarea legii (Pravila lui Vasile Lupu)-1640; Cartea românească de învățătură (Pravila lui Matei Basarab-1652; Pravilniceasca Condică (Alexandru Ipsilanti)-1780; Sobornicescu Hrisov (Constantin Mavrocordat)-1785; Manualul juridic al lui Andronache Donici-1813; Codul Calimach-1817; Legiuirea Caragea – 1818; Condica lui Sturdza -1820; Regulamentul organic al Moldovei -1831; Regulamentul organic al Valahiei – 1832; Codul penal Barbu Stirbei – 1850; Codul penal (Codul lui Cuza) – 1864; Codul de procedură penală – 1865; Codul de procedură penală (C.Rătescu) - 1930; Codul penal Carol al II-lea -1936; Codul de procedură penală -1936; Codul penal 1948; Codul penal 2004 (Legea nr.301/2004); Codul penal 2009 (Legea nr.246/2009).

Pravila de la Govora a mai fost tipărită și publicată de Academia Română în anul 1884 cu litere latine.

În acest sens, menționăm că în anul 1866 a luat ființă Societatea literară română, care s-a transformat în anul 1867 în Societatea Academică Română, iar în anul 1879 aceasta a devenit Academia Română. Deci, Academia Română, după numai 5 ani de la înființarea sa, a editat Pravila de la Govora, aspect care evidențiază importanța deosebită a acestui document.

În anul 2016, Pravila de la Govora a fost editată pentru a treia oară la Râmnicu Vâlcea. Lucrarea s-a realizat cu binecuvântarea IPS Varsanufie - Arhiepiscopul Râmnicului, fiind diortosită de către preotul Petre Mateiescu - profesor de limbi clasice la Seminarul Teologic Ortodox „Sfântul Nicolae” din Râmnicu Vâlcea și publicată la Editura Fortuna. Evenimentul privind lansarea volumului, la care a fost invitat și a participat și subsemnatul, a fost sărbătorit la data de 16 septembrie 2016 la Arhiepiscopia Râmnicului cu prilejul celei de-a XXIV-a ediții a Zilelor Europene ale Patrimoniului când a avut loca manifestarea culturală denumită „Rolul determinant al comunităților locale în activitatea de definire și protejare a patrimoniului cultural”.

Participanții, în cuvântul lor au evidențiat importanța deosebită a evenimentului. Astfel, IPS Varsanufie a arătat că lucrarea reprezintă „un corpus referențial nu numai pentru dreptul canonic bisericesc sau jurisprudența românească de tradiție bizantină, ci și pentru îndrumarea duhovnicească”. Emil Catrinoiu, directorul general al Editurii Fortuna, a afirmat că Pravila de la Govora face parte din Tezaurul Ortodoxiei Române, fiind una dintre cele mai valoroase lucrări al umanismului românesc, cea mai veche culegere de legi preponderent bisericești cât și laice din Țara Românească”. Diortositorul cărții, preotul profesor Petre Mateiescu a făcut referire la efortul depus pentru realizarea acestei lucrări, strădania sa pentru a aduce „un umil omagiu spiritualității, culturii și limbii românești”. Profesorul universitar doctor Radu – Ștefan Vergatti a evidențiat contextul istoric al apariției lucrării și caracterul preponderent creștin-ortodox al acesteia, iar subsemnatul am prezentat conținutul juridic al Pravilei și importanța acesteia pentru viitorul științei dreptului românesc.

Anul acesta, când se celebrează centenarul Marii Uniri de la 1918, reprezintă un bun prilej de a ne reaminti de izvoarele de bază ale dreptului românesc, printre care se află și Pravila de la Govora.

UNELE CONSIDERAȚII DESPRE DIMENSIUNILE ȘI TENDINȚELE DREPTULUI ROMÂNESC LA 100 DE ANI DE LA MAREA UNIRE

dr. Valentin – Stelian BĂDESCU*

MOTTO :

„Avem datorii sacre pe care ni le impune trecutul și sufletul poporului nostru și pe care trebuie să ni le amintescă marele nume al lui mândru. După cum trebuie să ne păstrăm limba, tot așa trebuie să ne apărăm dreptul. Nu există neamuri mai pregătute pentru drept ca neamurile latine. Orice am face, să nu ne abatem din drumul istoric al neamului și să clădim, cât de frumos, dar pe temelii romane.”
Andrei Rădulescu

Abstract : *the happy context of preparing the country for an exceptional national event - Celebration of the Great Union, Commemorative Year of the Makers of the Great Union of 1918 and the Homage Year of Unity of Faith and Nation throughout Romania and the territories inhabited by Romanians - may also be for Romanian law, the moment of its relaunch, our legal culture. The harmony and consistency of the legal culture, its viability and originality, its romantic and democratic character are expressed in the way that the Romanian scholars, throughout the centuries, from the chroniclers to the exegetes today, comprehensible to their pioneering mission, the creators and leaders of the progress of culture, art and science, have understood to make their political and practical actions - manifested by the establishment of publications, educational institutions and national-cultural societies, with a primary role in the development of the Romanian people's self-consciousness, his great aspirations - a belief in their general activity - creative for the public benefit. Of course, the militant character of our legal culture has often been spoken of as a specific feature, highlighted in all the crucial moments in the history of the Romanian people, a history linked by a nation and a national state, to a particular territory where the earth leaves its way the soul of those who break it.*

Keywords: *Romania; Great Union; Romanian law; European Union law; national state; nation*

1. Argumentum. Stat național, națiune și drept național

În contextul fericit al pregătirii Țării pentru un eveniment național de excepție – Sărbătorirea Marii Uniri, Anul comemorativ al făuritorilor Marii Uniri din 1918 și Anul Omagial al unității de credință și de neam pe tot cuprinsul României și al teritoriilor locuite de români - poate fi și pentru dreptul românesc momentul relansării sale, dar și al culturii noastre juridice. Armonia și coerența culturii juridice, viabilitatea și originalitatea ei, caracterul roman și democratic al acesteia sunt exprimate în modul în care cărturarii români, de-a lungul secolelor, de la cronicari până la exegeții de azi, comprehensivi la misiunea lor de pionieri, de creatori și îndrumători ai progresului culturii, artei și științei, au înțeles să facă din acțiunile lor politice și practice – manifestate prin înființarea de publicații, instituții de învățământ și societăți național – culturale, cu rol primordial în dezvoltarea conștiinței de sine a poporului român, la realizarea marilor lui aspirații – un crez al activității lor general - creatoare în folosul obștesc. S-a vorbit adesea, pe bună dreptate de caracterul militant al culturii noastre juridice ca de o trăsătură specifică, reliefată în toate momentele cruciale din istoria poporului român, istorie legată ombilical de națiune și stat național, de un teritoriu anume, unde pământul lasă dăre întinse în sufletul celor ce-l calcă. Pentru țara noastră fizionomia simplă a pământului a determinat în bună parte înfățișarea spirituală a poporului. O împăcare între înclinarea spre contemplație și aceea spre acțiune. Un punct original de despărțire și împreunare a celorlalte lumi. Chipul acesta de român legat de pământ se găsește în tot arealul geto-danubino-pontic, acolo unde se întâlnesc și tipurile cele mai autentice de români, acolo se descoperă și formele mai caracteristice de viață și cultură sau artă folclorică autohtonă. Pe colinele dealurilor și sub profilul ridicat al munților s-au zămislit primele noastre tipare sufletești. Sunt unele locuri unde poți simți clar cum mâna tare a pământului a înfășurat destine și a împins pe drumuri largi sau generoase.¹

Așa este România unde și-au construit treptat viața oamenii, atât de caracteristici pentru noile tipuri românești. În față este șesul, dar în spate urcușul pornește peste dealuri. De aici gândul hotărât al omului plin de putere căci pământul acesta te cheamă la faptă, îți dă rezistența și bucuria necesară pentru a trece piedicile. Așa este pământul patriei. Rasa de oameni zdraveni cu mintea limpede care a ținut trează conștiința neamului se întâlnește încă în satele acestor meleaguri. Apele destrămării nu au ajuns până aici, nu au atins spațiul sufletesc al rezistenței noastre naționale.² Aici și-au trăit viața românii adevărați din care au coborât cei de azi. Înaintașii acestora aparțineau micii

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail : valentinbadescu@yahoo.com

¹ Mihail Stoica, *Sarmiza Bilcescu - Alimăneștianu. Viața exemplară a unei românce*, Editura Cartea Românească, București, 2017.

² Cartea este o cronică încântătoare și evocatoare a unei călătorii făcute în România interbelică, în care se redă viața în satele acesteia, unde brazda românească apare în vigoarea ei nealterată, în căutarea unui stil de viață rural care dispăruse rapid în Europa de Vest. Donald Hall, *Romanian Farrow*, Bene Factum Publishing, 2007.

boierimi care rămasă în contact permanent cu șuvoiul mare al poporului s-a ridicat de la începuturile secolului XIX lea voind să zidească o țară neatârnată și liberă. Din 1821 când micii boieri moldoveni prezentaseră domnitorului Ion Sturza proiectul de constituție emancipatoare și când mișcarea lui Tudor Vladimirescu devenise cunoscută, această clasă de oameni este continuu frământată de visurile și nădejtile unei renașteri naționale, prin scuturarea jugului străin și a primitivității organizării sociale. Răurile acestea ale românismului care se deșteaptă străbat din ce în ce mai mult țara. Căpeteniile mișcării încep să se ridice din toate părțile. Frații Ion și Dumitru Brătianu, Ion Câmpineanu, Frații Golești, Bălcescu, Kogălniceanu, A. D. Xenopol sau, ceva mai încolo, Andrei Rădulescu despre a cărui operă vom face câteva dezvoltări.

Voința micii boierimi este dărză și inteligența ei iscusită. Incendiul revendicărilor naționale se aprinde sub înfățișarea inofensivă a societăților culturale, prin manifestele și broșurile trecute din mână în mână, cu agitația șefilor desprinși din cadrele acestei păтури active. În spatele personalităților conducătoare stă toată mica boierime, aducând cu aceeași intensitate dacă nu cu aceeași strălucire serviciile ei cauzei comune. Dreptul românesc, așa cum era amenajat în acele vremuri, alături de cultura națională, făceau parte din rânduilele ce luptau în tranșeele bătăliei pentru emanciparea poporului, pentru politica națională. După cum în alte state tonalitatea politică specială a fost dată de nobili, negustori sau burghezi, tot astfel la noi caracterul structurii moderne a statului s-a așezat pe categoria aceasta a micilor boieri în jurul și după modelul cărora se directiva și pătura țărănească. Politica românească autentică a păstrat întotdeauna mirosul și țara și de democrație rurală.³ Stabilitatea nației este dată și astăzi de stabilitatea legislației. Această elită intelectuală românească de intelectuali valahi era adepta bunei rânduieli, a unei reforme fără pripeli, întemeiată pe tradiționalism și modernism, respingând extremele și întemeindu-și legile pe o morală sănătoasă chiar dacă tradițiile, arta, istoria sau dreptul „creat” pot părea niște paradoxuri. Acestea nu s-au creat propriu-zis din nimic, dar s-au utilizat într-un mod total diferit în perioada modernă, în primul rând prin promovarea lor ca specifice pentru un întreg teritoriu național.

După secole de ocupație străină, dar mai ales după Unirea cea Mare, noii lideri români au încercat să creeze un viitor european pentru noua lor țară, și totodată să promoveze un trecut național. În timp ce țara se moderniza rapid, se descopereau și istoria ei, faptele de vitejie și monumentele ridicate de vechii domnitori, dar și standardul unui concept nou: dreptul românesc. Tradițiile, arta, istoria sau dreptul „creat”? Acestea nu s-au creat propriu-zis, dar s-au utilizat într-un mod total diferit în perioada modernă, în primul rând prin promovarea lor ca specifice pentru întreg teritoriul național. În cazul nostru, legislația românească, operă cu autor necunoscut, dar făurită pentru România Mare, a fost văzută ulterior ca o operă specifică întregului popor român de la acea vreme. Modul cum tradiții, istorii, opere artistice sau norme juridice locale ori regionale au fost apropiate și promovate ca fiind reprezentative pentru un întreg teritoriu național a făcut pe mulți cercetători cunoscuți să vorbească chiar și de un drept românesc, un element de artefact, invenție și inginerie socială care contribuie la formarea națiunilor sau că „naționalismul nu reprezintă deșteptarea și afirmarea culturilor dezvoltate de-a lungul timpului, așa-zis firești și necesare. El constituie, din contra, cristalizarea unor unități noi, adecvate condițiilor de acum”⁴. Istoricul român Lucian Boia este încă și mai categoric: „Nu o anumită istorie face națiunea, ci națiunea, odată constituită, își inventează istoria care, aparent, ar fi întemeiat-o. Nu o anumită limbă împărtășită îi reunește pe oameni în națiune, ci națiunea, odată constituită, elaborează o limbă standard”⁵.

„Precum limba, dreptul trăiește în conștiința poporului și de dezvoltă în mod organic prin forțe interioare care lucrează în tăcere, și nu prin voința arbitrară a unui legiuitor care să impună prin decizie politică rezultatul unor speculații raționale despre natura umană și despre drepturile inalienabile ale individului considerat în abstracto: iată punctul de plecare al bine-cunoscutei doctrine istorice a dreptului în formularea lui Friedrich Carl von Savigny, fondatorul științei juridice moderne în propriul și adevăratul sens al acestui termen⁶. În aceeași logică putem continua și cu o legislație națională, în cazul nostru dreptul românesc. Acesta nu a existat dintotdeauna în forma lui modernă, cu o serie de caracteristici standard, comunicat prin scrieri și care, foarte important, să fi fost perceput ca reprezentativ pentru întreg teritoriul României. Au fost legiuri locale, legate de un anumit domnitor, o anumită dinastie sau un anumit moment. În secolul al XIX-lea a devenit însă marca unei întregi țări, simbolul juridic al întregii Valahii, Moldovei și cetățenilor ei. Tot acest proces are la bază un element fundamental de noutate care a apărut de atunci și care ne creionează viața și în prezent: statul național. Diviziunea teritorială a lumii în state naționale pe criterii dintre cele mai arbitrare, dar în general etnice și lingvistice, a separat și a apropiat totodată, a creat așteptări, dorințe, un trecut, dar și un viitor imaginar. De aceea vom vorbi în egală măsură despre națiune, naționalism, stat național: cuvinte atât de des pronunțate și cu o puternică încărcătură simbolică și emoțională. Dar ce înseamnă ele de fapt? Reflectă o realitate obiectivă, sau sunt mai curând expresia unei mitologii materializate? Definesc permanențe, sau doar o fază istorică recentă pe cale de a se încheia? Nu ne propunem să răspundem la aceste întrebări în spațiul

³ M. Stoica, *op. cit.*, p. 15.

⁴ Eric John Ernest Hobsbawm (1917-2012 istoric britanic adept al socialismului și naționalismului remarcat pentru abilitatea sa de a combina cercetarea istorică în profunzime cu talentul literar a introdus ideea de „tradiții inventate”.

⁵ Pentru detalii, a se vedea, Lucian Boia, *Două secole de mitologie națională*, Editura Humanitas, București, 2011.

⁶ Andrei Rădulescu, *Dreptul românesc în Basarabia*, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 51.

restrâns al acestui studiu, ci numai să oferim un prilej de meditație asupra ultimelor două secole, marcate de o adevărată religie a națiunii, dar și prilej de bilanț, acum, la marea noastră sărbătoare aniversară.

Amintim aici, în aceeași cheie de argumentare, într-un scurt excurs istoric al culturii juridice naționale, de o „trinitate” de personalități, legate nu numai prin formația juridică universitară și succesiunea academică, ci mai ales prin contribuțiile excepționale la cunoașterea trecutului nostru istorico-juridic și dezvoltarea culturii naționale. Avem în vedere pe Andrei Rădulescu⁷, cel ce se înscrie în tradiția inaugurată de Mihail Kogălniceanu (1817-1891) și continuată strălucit de A. D. Xenopol (1847-1920). Sub influența lui Savigny, la a cărui școală s-a format, M. Kogălniceanu introduce în studiul istoriei și pe cel al instituțiilor și dreptului, în dorința de a „înfățișa acea veche întocmire guvernamentală, acea adunare de pravili fundamentale cunoscute sub numele de obiceiul pământului, sub care patria noastră s-au păstrat mai multe veacuri tare și puternică.” În același timp, deschiderea spre Occident și integrarea în sistemul lui de valori și opțiuni democratice presupunea, înainte de toate, racordarea la structurile juridico-statale moderne: „Europa nu-și dă simpatiiile și sprijinul decât țărilor care aspirează a-și potrivi instituțiile cu instituțiile lumii civilizate. Cum „toate instituțiile noastre sunt putrede suntem chemați de a găsi o nouă organizație”, iar unirea presupunea „unificarea instituțiilor și a legilor principatelor unite”⁸.

Pe aceeași filiație intelectuală și preocupare academică, dar cu inversarea perspectivei de abordare, în sensul că la el dominantă devine istoria dreptului și a instituțiilor, iar istoria, fundalul general, pe care se grefează și prima, Andrei Rădulescu va desăvârși opera începută de Kogălniceanu și continuată de A. D. Xenopol de căutare și exprimare a elementelor unei culturi juridice românești. Adept al tezei lui Xenopol potrivit căreia „La noi cultura este mult mai strâns legată cu viața națională decât la alte popoare, dreptul la trai al poporului român se întemeiază pe cultură”, A. Rădulescu a considerat cultura juridică „o parte a culturii naționale, o formă de cultură” care la români s-a strecurat pe un fond popular puternic, cu precădere în secolul al XIX-lea. În plus, civilizația și cultura găseau în viața juridică românească o osmoză impresionantă. Sub influența ideilor și acțiunii lui Kogălniceanu, elita politică a timpului a înțeles imperativul istoric excepțional și, recurgând la „scurtarea progresului” în condițiile precipitării conjuncturilor internaționale, nu a mai așteptat desăvârșirea evoluției economice și a trecut la construcția rapidă a unui stat român modern, ceea ce presupunea nu numai crearea *quasi ex nihilo* a unor instituții politice, ci și confruntarea ordinii tradiționale a societății românești cu ordinea juridică specifică unui stat modern⁹. O atitudine negativă față de marea operă de codificare din 1864, similară celei exprimate de Savigny în 1814 în apărarea unui drept istoric izvorât din straturile profunde ale conștiinței populare și care nu putea fi în niciun caz nesocotit prin deciziile unui legiuitor ghidat după principii raționale, nu putea fi așteptată din partea lui Andrei Rădulescu profund îndatorat Școlii Istorice a Dreptului din Germania, însă nu mai puțin conștient de rațiunile politice a căror contestare radicală ar fi însemnat punerea sub semnul întrebării a întregului eșafodaj care legitima și la acea vreme dreptul românesc modern. De aceea, soluția la care el recurge pentru a aprecia modernizarea juridică din secolul al XIX-lea este cea a evidențierii unui compromis constând în adoptarea unor dispoziții din legile străine numai în măsura în care se potriveau la starea țării: juriștii români „se osteneau să potrivească firii noastre ceea ce luau de la străini, să lege organizarea nouă de cea veche, s-o încadreze în sistemul aflător aici, a cărui îmbunătățire se caută; să nu năruiască dintr-o dată ceea ce a fost, să nu rupă firul tradiției și culturii existente.”

Ca istoric, Andrei Rădulescu explică astfel parcursul culturii juridice românești până la Primul Război Mondial, un parcurs pe care însă, ca jurist, îl dorește schimbat începând cu propriul său timp. „*Este o datorie să avem legi izvorâte din nevoile și sufletul neamului românesc, să avem doctrina și jurisprudența noastră, să avem cultura care să poarte în toate manifestările ei expresia românismului. Ea trebuie să fie contribuția noastră, originală pentru cultura universală și titlu de mândrie ale celor ce amintesc numele Romei aci în Răsărit*”. Alături de istorici precum Nicolae Iorga și de juriști precum Mircea Djuvara, Andrei Rădulescu se situează fără echivoc pe pozițiile unui naționalism cultural destinat să furnizeze energiile necesare afirmării pe plan intern și extern a unui naționalism politic sprijinit pe „dreptul istoric” al națiunii române. Perioada interbelică devine, astfel, perioada în care cultura juridică românească depășește orizontul unei culturi mai ales istorice pentru a deveni parte a culturii politice. Din nefericire, această perioadă a fost prea scurtă pentru a permite consolidarea și dezvoltarea acestei direcții. Experiența dezastrului suferit de cultura juridică românească de-a lungul dictaturilor succedate în România, începând din 1938 și până în 1989, l-a determinat pe Andrei Rădulescu să se reîntoarcă la istoria dreptului, căreia îi va dedica ultima perioadă a vieții. Într-o epocă în care dreptul era transformat într-un instrument politic destinat să impună societății o ordine fundamental străină acesteia, însă proclamată autoritar ca fiind „mai bună și mai dreaptă”, cultura juridică autentică nu se putea manifesta decât prin conservarea monumentelor istoriei dreptului. A fost principala formă de rezistență prin cultură a dreptului românesc al vremii, de păstrare a unui minimum de subsistență de cultură și cercetare științifică

⁷ Personalitate de prim rang a vieții juridice românești, cu o importantă contribuție adusă magistraturii și activității academice din România, Andrei Rădulescu (1880-1959) a fost fondatorul Școlii de cercetare în domeniul istoriei dreptului din România, Președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție din România, Președinte al Academiei Române, Profesor la Academia de Înalte Studii Comerciale și Industriale din București.

⁸ A se vedea, pentru detalii, Mircea Duțu, *Andrei Rădulescu în cultura juridică românească*, articol preluat de pe site-ul: <https://juridice.ro/essentials/341/andrei-radulescu-in-cultura-juridica-romaneasca>.

⁹ Ibidem.

juridică într-o epocă în care dreptul devenea pură ideologie și puternic instrument de represiune ale cărui urme se resimt și astăzi astfel cum vom încerca să argumentăm în continuare.

2. Dreptul și Justiția în România comunistă

Pentru istoricii trecutului recent, studiul dreptului și a sistemului judiciar, adică ansamblul instituțional și legal însărcinat cu împărțirea dreptății în societatea românească, a reprezentat o preocupare marginală¹⁰. Istoricii dreptului nu au realizat nici ei cercetări sistematice asupra sistemului judiciar din perioada comunistă, doar relativ recent au apărut primele cercetări semnificative asupra sistemului judiciar, însă studiile sistematice asupra acestei teme nu au fost încă realizate¹¹. Numeroase alte cercetări, de mai mică amploare, analizează cu predilecție sistemul judiciar din perspectiva rolului său în represiunea împotriva „dușmanilor regimului”. Interesul dominant în istoriografia juridică a fost acordat fenomenului represiv, fiind analizate instrumentele pentru aplicarea politicii penale (legislația oficială ori secretă, Securitatea și Miliția) ori formele și consecințele aplicării pedepselor (situația din sistemul penitenciar)¹².

Lipsește evaluarea de ansamblu a sistemului judiciar nu doar ca structură cu o responsabilitate esențială în politicile represive, ci și în reglementarea litigiilor civile din societatea românească. Situația își găsește mai multe explicații. Arhivele ministerului Justiției nu sunt puse la dispoziția cercetării istorice, iar cele ale penitenciarelor sunt foarte dificil de accesat. Informațiile esențiale despre cariera magistraților, cuprinse în așa-numitele „mape profesionale”, sunt și ele prohibite în acest moment pentru cercetare. Istoricii au avut la dispoziție pentru studiul sistemului judiciar mai multe tipuri de surse: legislația principală, inclusiv cea secretă; deciziile politice și administrative luate de Partidul Muncitoresc/Partidul Comunist Român; documente produse de Securitate, respectiv o bună parte din procesele politice; presa și alte publicații; literatura memorialistică ș.a. Și aceasta întrucât secretomania ce a dominat conducerea Ministerului Justiției, indiferent de orientarea politică a titularului portofoliului guvernamental, poate fi explicată tocmai prin „tranziție liniștită” a magistraților de la regimul comunist la cel democratic. O altă posibilă explicație poate fi găsită în dinamica fenomenului de comunizare din întreaga Europă de Est. Din dispozitivul așa-numitei „justiții de tranziție”, în forma ei radicală, lustrarea, a lipsit sistemul judiciar¹³. Aparatul de conducere al partidelor totalitare împreună cu personalul serviciilor secrete, considerate a fi poliții politice, au fost subiectul central al acțiunilor de „democratizare prin de comunizare. Asumția esențială a fost aceea că sistemul de justiție s-a aflat sub controlul nemijlocit al partidului comunist, magistrații fiind doar „instrumentul pasiv” în aplicarea politicii penale, fiind exonerati astfel de stigmatul „vinovăției colective totalitare”.

În „Raportul final al Comisiei Prezidențiale pentru Analiza Dictaturii Comuniste din România (decembrie 2006)”, sistemul judiciar nu este considerat a avea o responsabilitate pentru încălcările drepturilor și libertăților fundamentale ale omului¹⁴. A fost însă sistemul judiciar ingenuu față de încălcările drepturilor omului, chiar și potrivit legislației comuniste? Dacă plecăm de la premisa că Securitatea și Miliția au fost instrumente ale represiunii motivate ideologic, sub controlul partidului-stat, atunci responsabilitatea trebuie extinsă, fie și într-o măsură mai mică, asupra Procuraturii și judecătorilor. Au vegheat judecătorii, în baza legislației comuniste, la apărarea prezumției de nevinovăție, prin respectarea tuturor garanțiilor procesuale acordate cetățenilor? Au dat judecătorii pedepse orientate spre maxim, ori spre minim, în procesele cu un evident caracter politic? În matricea regimului democratic, răspunsurile individuale la aceste întrebări ar putea fi date prin reluarea proceselor penale. Or, o asemenea ipoteză a fost considerată inacceptabilă pentru a fi transformată într-o nouă politică penală de către statul democratic. În România nu s-a realizat o revizuire (rejudecare) sistematică a proceselor penale individuale sau de grup considerate în istoriografie a avea caracter politic, iar reabilitarea judiciară a victimelor a fost posibilă în foarte puține cazuri. Un astfel de caz a fost cel al lui Petre Țuțea (1902-1991), dublu condamnat de Tribunalul Militar în 1958 și 1959, căruia Curtea Supremă de Justiție i-a anulat pedepsele, în urma recursurilor în anulare, prin deciziile nr. 15 din 1997 și nr. 4 din 1998¹⁵. „Nea Petrică așa cum i-a spus cu gingășie și respect maestrul Dan Puric sau „Moș Petrache” cum l-a alintat Aurel Dragoș Munteanu nu avea nevoie de reabilitare, istoria l-a repus în drepturi. O schimbare importantă s-a realizat prin Legea nr. 221/2009¹⁶. Recent Secția Parchetelor Militare din cadrul Parchetului de pe lângă ICCJ cercetează „acțiunile represive și sistematice” desfășurate de regimul comunist împotriva participanților la revolta muncitorească anticomunistă de la Brașov. În dosarul cunoscut opiniei publice sub denumirea de „Crimele

¹⁰ Florin Abraham, *Justiția în România comunistă: între control politic și autonomie*, în „Arhivele Totalitarismului” nr. 3-4/2016, p. 181-201.

¹¹ Florian Banu, *Organele judecătorești ale R.P.R./R.S.R., în România 1945-1989*; Iuliu Crăcană, *Dreptul în slujba puterii. Justiția în regimul comunist din România (1944-1958)*, I.N.S.T., București, 2015; Corneliu Pintilescu, *Justiție militară și represiune politică în România comunistă (1948-1956)*; Sorin Popescu, Dan Lupașcu, *Sistemul judiciar din România. Culegere de acte normative (1859-1989)*, Editura Universul Juridic, București, 2008.

¹² Florian Banu, *Instrumentalizarea justiției de către regimul comunist (1945-1958)*, în „Caietele CNSAS”, nr. 2/2009.

¹³ Pentru problematica justiției de tranziție, vezi Lavinia Stan, *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union Reckoning with the communist past*, Routledge, London, 2009.

¹⁴ https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/RAPORT%20FINAL_%20CADCR.pdf.

¹⁵ A se vedea, pentru detalii, <http://roncea.ro/2015/09/03/petre-tutea-a-fost-reabilitat-de-doua-ori-de-justitia-romana-doc>

¹⁶ Legea nr. 221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989 a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 396 din 11 iunie 2009.

comunismului”, instrumentat de procurori militari, se efectuează cercetări sub aspectul săvârșirii de infracțiuni contra umanității cu privire la acțiunile represive și sistematice desfășurate de regimul comunist împotriva participanților la revolta muncitorească anticomunistă de la Brașov din 1987. Mult prea puțin față de întreaga perioadă, de o jumătate de secol, în care în temnițele comuniste a fost distrusă elita românească.

Adaptarea sistemului judiciar la condițiile societății democratice, respectiv transformarea justiției într-un garant al democrației prin instaurarea statului de drept, s-a realizat cu prioritate prin schimbarea legilor și multiple reorganizări administrative. Personalul din sistemul judiciar al vechiului regim nu a fost afectat după 1989 de epurări sau excluderi din rațiuni politice, sub argumentul că prin instituirea ipotezei vinovăției colective a corpului magistraților s-ar produce noi nedreptăți. Magistrații perioadei comuniste nu au fost supuși unor evaluări instituționale în privința valorilor și comportamentului, pentru a vedea dacă ei sunt compatibili cu rigorile unei justiții democratice, deoarece s-a considerat că se adaptează la democrație împreună cu întreaga societate. În România „noua justiție” s-a construit nu doar prin noi legi și instituții juridice, dar și prin acordarea masivă, începând cu 1994, a inamovibilității judecătorilor în funcție, indiferent de activitatea lor din perioada comunistă. Judecătorii și procurorii din perioada comunistă și-au continuat fără opreliști activitatea după 1989, singura barieră morală și legală fiind colaborarea cu Securitatea ori apartenența la aceasta, și doar dacă au încălcat drepturi și libertăți fundamentale, respectiv au denunțat activități și atitudini potrivnice regimului comunist, în urma unei decizii definitive a justiției. Ca și magistrații, în mod covârșitor elitele politice guvernamentale din regimul democratic s-au recrutat din nomenclatura comunistă, dar și din tehnocrație și nou-veniți¹⁷.

Subiectul este prea amplu pentru a fi dezbătut în puținele pagini ale unui studiu, de aceea cred că „Enciclopedia Juridică Română” - un proiect inițiat recent, un vis mai vechi al lumii juridice românești - trebuie să conțină și astfel de elemente ale istoriei dreptului nostru, să cuprindă toată informația științifică și culturală, fundamentală, relevantă, din domeniul științelor juridice românești. Trebuie realizată o operă fundamentală pentru știința, cultura și civilizația românească, o lucrare majoră care să rămână peste generații. O operă importantă pentru domeniul științelor juridice, pentru specialiștii și profesioniștii dreptului, dar nu numai pentru ei.¹⁸ Enciclopedia trebuie să fie o sursă științifică de informare, de studiu și cercetare, un izvor de informație autorizată, semnată de specialiști în domeniu, un instrument de lucru pentru universitari, pentru cercetători din domenii diverse, pentru mediul de afaceri, antreprenori, pentru un public foarte larg care să ofere informație autorizată tuturor celor interesați, o poartă deschisă către un univers fascinant, de dimensiuni impresionante: dreptul, științele juridice. Prin urmare, ca lucrare holistică, Enciclopedia are o adresabilitate atât specializată, cât și generală. Acest lucru este cu atât mai valabil astăzi, când paradigma cunoașterii se schimbă, când modelul studiului limitat la specialitate este, treptat, substituit de modelul cercetării interdisciplinare, multidisciplinare și transdisciplinare. Enciclopedia Juridică Română va fi o lucrare necesară, oportună și utilă pentru paradigma cunoașterii din prezent și din viitor, o necesitate și o datorie istorică a științei dreptului, a culturii și civilizației românești, inclusiv această perioadă aflată încă mult timp sub lupa istoriei, prin care să ne asumăm adevărul, fără patimi, fără remușcări, întrucât numai adevărul ne poate elibera în contextul european și internațional supus unei mondializări forțate.

3. Despre contextul european și internațional actual

Noua ordine mondială se dezvoltă într-un ritm foarte rapid. Sistemul lent, stabil, divizat al Războiului Rece care dominase politica internațională începând din 1945 a fost înlocuit ferm de un sistem nou, foarte bine uns și interconectat, numit globalizare. Globalizarea, ca fenomen social al zilelor noastre, nu este nouă. Omenirea a mai trecut prin experiența unei ere a globalizării, cum a fost cea de la mijlocul secolului al XIX-lea și până la sfârșitul anilor 20 ai secolului XX. Evenimentele și procesele de natură politică, economică, financiară, tehnologică ne dau posibilitatea să putem „spune cu certitudine că această primă eră a globalizării de dinaintea Primului Război Mondial a făcut ca lumea să treacă de la măsura „L” la măsura „M”¹⁹. Prima eră a globalizării și a capitalismului financiar global a primit loviturile succesive ale Primului Război Mondial, Revoluției ruse din 1917, marii crize din 1929, al căror efect conjugat a dus la împărțirea lumii, deopotrivă geografic și ideologic. Reîmpărțirea lumii în urma celui de-al Doilea Război Mondial a rămas în vigoare din cauza Războiului Rece, și el tot un sistem internațional. A dăinuit din 1945 până în 1989 când, odată cu căderea Zidului Berlinului, a fost înlocuit de un alt sistem: noua eră a globalizării, în care ne aflăm acum, „a doua eră a globalizării”²⁰.

Între precedenta eră și cea în care ne aflăm acum există o mulțime de similitudini, dar și multe deosebiri. La o analiză mai atentă, similitudinile și deosebirile sunt atât de ordin cantitativ cât și de ordin calitativ. Ceea ce este nou în actuala etapă este: ritmul, intensitatea cu care lumea s-a contopit într-o singură piață globalizată, numărul mare de

¹⁷Laurențiu Ștefan, *Who Governs Romania? Profiles of Romanian Political Elites before and after 1989*, Editura Institutului de Științe Politice și Relații Internaționale, București, 2012.

¹⁸ Proiectul se bucură de susținerea și de girul Academiei Române, prin parteneriatul realizat între Universitatea Titu Maiorescu și Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”. <http://www.tribunainvatamantului.ro>.

¹⁹ Thomas L. Friedman, *Lexus și măslinul*, Polirom, 2008, p. 16.

²⁰ *Ibidem*, p. 17.

persoane și țări capabile să participe la acest proces și să fie afectate de el²¹. Calitativ, actuala eră a globalizării diferă față de precedentă, atât sub aspect tehnologic, cât și politic. Noile tehnologii au capacitatea de a conecta lumea prin legături și mai puternice. Aceste tehnologii permit nu numai statelor și corporațiilor să ajungă în toate colțurile lumii mai ieftin și mai profund decât înainte, ci și indivizilor. Politic, noua eră a globalizării este dominată de puterea, de cultura, de armata și de dolarul american în raport cu precedentă, care a fost dominată de puterea, de moneda și marina britanică. Instituțiile create pentru susținerea, directă sau indirectă, a acestei supremații în plan internațional au facilitat deschiderea de noi piețe și au încurajat comerțul în lume. La acestea s-a alăturat și Flota americană care a ținut deschise căile maritime pentru aceste piețe, în vederea facilitării legăturilor. S-a creat o structură de putere globală care a încurajat și intensificat toate tendințele, unele întâlnite și înainte, unele pe care nu le-am mai văzut niciodată, dar și situații atât de noi, încât deocamdată nici nu le înțelegem. Rezumând diferența dintre cele două ere ale globalizării, Thomas L. Friedman aprecia că „dacă prima a redus lumea de la măsura „L” la măsura „M”, cea de-a doua reduce lumea de la măsura „M” la măsura „S”²².

Actuala eră a globalizării este un sistem internațional similar, cu propriile atribute unice, care contrastează puternic cu cele ale Războiului Rece. Integrarea și nu divizarea specifică Războiului Rece este trăsătura unificatoare a noului sistem internațional. Lumea a devenit un loc tot mai interconectat, iar astăzi, indiferent dacă este vorba de o țară sau de o companie, amenințările și oportunitățile vin de la cei cu care ești conectat. De asemenea, este caracterizat de un singur cuvânt: Web. Toate acestea determină multe alte deosebiri între sistemul globalizării și sistemul Războiului Rece. Comparativ cu acesta, sistemul globalizării nu este un proces înghețat, ci un sistem dinamic și continuu. Atributele unice ale globalizării se regăsesc în conținutul diferitelor definiții date acestui proces global²³. Globalizarea are propria cultură dominantă, care este și cauza acțiunii ei omogenizatoare până la un anumit grad-americanizarea globului; are propriile tehnologii-computerizarea, miniaturizarea, digitalizarea, comunicarea prin satelit, fibrele optice și Internetul, care consolidează perspectiva definitorie a globalizării; are măsura definitorie viteza-viteza comerțului, călătoriilor, comunicării și inovației; are propria esență economică-modelul de afaceri al capitalismului globalizat, în care, din cauza breșelor tehnologice, viteza cu care cea mai recentă invenție poate deveni depășită atinge astăzi viteza luminii, iar acele țări care permit capitalismului să lichideze rapid întreprinderile ineficiente, eliberând astfel capitalul imobilizat și orientându-l spre ramuri inovatoare, vor prospera în era globalizării; are propriul model demografic-accelerarea rapidă a migrării populației din mediul rural și de la un stil de viață agrar în mediul urban, cu un stil de viață mai strâns legat de tendințele globale din alimentație; are propria structură de putere cu mult mai complexă decât cea a Războiului Rece construit exclusiv în jurul statelor naționale, a statelor care se confruntă cu alte state, a statelor care mențin un echilibru și care se aliniază ca sistem.

Structura de putere a sistemului globalizării este construit pe trei echilibre de forță, care se intersectează și se influențează reciproc: primul este echilibrul dintre statele naționale, în care Statele Unite reprezintă acum singura superputere dominantă, toate celelalte națiuni fiindu-i subordonate într-o măsură mai mare sau mai mică, iar echilibrul de forțe dintre acestea și celelalte state are o mare importanță pentru stabilitatea sistemului internațional; al doilea echilibru îl constituie cel dintre statele naționale și piețele globale, acestea din urmă concentrate la un loc în centre financiare globale de maximă importanță-superpiețe-care, împreună cu milioanele de investitori uniți printr-un simplu click pe mouse, pot avea un impact uriaș asupra statelor naționale, mergând până la a provoca răsturnări de guverne; cel de-al treilea echilibru este cel dintre indivizi și statele naționale. Astăzi, mai mult ca oricând, rețeaua care a cuprins comunicarea și deplasarea oamenilor le conferă indivizilor mai multă putere de a influența deopotrivă piețele și statele naționale decât a fost posibil vreodată de-a lungul istoriei. Indivizii pot acționa direct din ce în ce mai mult pe scena mondială, fără medierea unui alt stat. Avem de-a face cu indivizi superputernici. Astăzi, noul sistem mondial nu va putea fi înțeles dacă nu vom privi totul ca pe o interacțiune complexă între toți acești trei actori: statele în luptă cu statele, statele în luptă cu superpiețele și superpiețele și statele în luptă cu indivizii superputernici. Globalizarea generează și o serie de fenomene, mai puțin vizibile, dar foarte periculoase pentru ceea ce înseamnă siguranța națiunilor, a lumii în ansamblu: distrugerea sistemului clasic de valori, fragmentarea și slăbirea coeziunii sociale; creșterea inegalităților sociale atât pe plan intern, cât și între state, crize economico-financiare, proliferarea nucleară, emigrația ilegală, exacerbarea atașamentului din punct de vedere identitar la comunitatea locală și națională, terorism, infraționalitatea transfrontalieră și multe altele. Nevoia de a colabora pentru rezolvarea problemelor colective este la fel de evidentă ca și dificultatea de a găsi soluții. Instituțiile multilaterale ale lumii sunt relicve ale Războiului Rece, descrise mai degrabă ca disfuncționale decât indispensabile. Violența intrinsecă proiectului însuși al globalizării, este structurală²⁴.

Analiza succintă atât a primei ere a globalizării, dar și a celei actuale ne arată că violența-fie în forma sa fizică, simbolică sau virtuală-este un însoțitor permanent și este implicată, direct și indirect, în toate procesele politice, economice, sociale etc. Indiferent de forma sa de exprimare, ea va fi „violența sau forța încastrată în lege” care se află

²¹ Aron Liviu Deac, *Cultura violenței în era globalizării*, material preluat de pe site-ul: <http://www.arduph.ro>.

²² T.L. Friedman, *op.cit.*, p. 18.

²³ A. L. Deac, *op.cit.*, 5.

²⁴ Alvin și Heidi Toffler, *Război și anti – război. Supraviețuirea în zorii secolului XXI*, Editura Antet, București, 1995.

înapoia tuturor acțiunilor unui stat, guvern; de fapt „orice guvern-afirma Alvin Toffler-se bazează pe armată și poliție pentru a-și impune voința. Această amenințare omniprezentă și necesară a violenței oficiale în societate ajută la menținerea sistemului în funcțiune, făcând să fie aplicabile contractele de afaceri curente oferind mașinăria pentru rezolvarea pașnică a disputelor. În acest sens paradoxal, amenințarea voalată cu violența este aceea care ajută ca viața cotidiană să decurgă nonviolent”²⁵. Ea este generată de tensiunea dintre globalizare, acumulare de capital sau implicațiile noii economii electronice și forțele ancestrale ale culturii, geografiei, tradiției și comunității, în ciuda eforturilor de a realiza un echilibru între cele două tendințe. Numeroasele lucrări și eseuri care încercau să explice modul în care noua eră a globalizării modelează politica internă și relațiile internaționale ale tuturor statelor nu au ocolit conflictul social. În lucrările respective sunt încercări de previzionare a modelului în care conflictele se vor desfășura. În Ciocnirea civilizațiilor și refacerea ordinii mondiale, Samuel P. Huntington a observat conflictele de natură culturală la nivel mondial și le-a extins exagerat, făcând din ele, în noua eră a globalizării, un conflict între civilizații de lungă durată și violent, mergând până acolo încât să declare că viitorul război mondial „va fi un război al civilizațiilor”. Civilizația modernă, ca rezultat al globalizării, naște speranța că va stăpâni războaiele și violența de grup. Această speranță nu este confirmată de războaiele moderne și de violențele de tipul purificator etnic chiar dacă astăzi UE a dat startul unui proiect al cooperării întărite în domeniul securității și apărării. Poate fi un proiect al relansării, dar și unul care ar pune sub semnul întrebării coerența și coeziunea NATO, cu referire substanțială la relația transatlantică²⁶.

4. Concluzii

Trăim în România. Este, în realitate, o datorie să ne cunoaștem istoria, limba și dreptul nostru strămoșesc. Limba însușită corect, dreptul să ne statornicească viața, hotarele și tiparele milenare. Pentru că istoria bate la ușă și nu vrem ca viitorul copiilor noștri să aibă de suferit doar pentru că sunt români și pentru eliminarea celui mai mare handicap: necunoașterea principalelor aspecte specifice istoriei și dreptului nostru, care ar trebui să facă parte din zestrea informațională a fiecărui român și pentru a elimina derapajele dreptului românesc, acumulate în decursul anilor, am scris această lucrare cu argumentele cercetătorului pasionat de istoria statului și dreptului său. Față de realitățile unei epoci marcate de mondializare, credem însă că în egală măsură se cuvin amintite cuvintele scrise de Savigny: „dreptul crește împreună cu poporul, se cristalizează cu el și, în final, moare, atunci când poporul își pierde caracterul specific.” Nu mai puțin actuale sunt și susținerile lui Mircea Djuvara: „dreptul este relativ, el nu poate exista decât pentru un popor dat și o epocă dată, variind în funcție de loc și timp, având un caracter național și evoluând odată cu acest caracter, cu nevoile și mentalitatea poporului care l-a creat”.

Rămâne în sarcina juriștilor români de astăzi ca adevărul acestei formule universale a culturii juridice să fie verificat integral prin raportare și la cultura juridică românească și, treptat, trebuie să ne alăturăm și noi marilor popoare chiar dacă viața nu ne permite să facem tot ce vrem. Dar în momentul când ajungem în fața unor evenimente prin care ni se oferă posibilitatea de a ne întâlni cu asemenea mari momente aniversare, trebuie să simțim cui îi datorăm viața, activitatea și scrisul nostru. Noi avem o erminie ca titlu general. Vă ofer următorul exemplu: în momentul în care ai văzut un sat a-i zice că satul acela este centrul pământului. Dacă te-ai urca pe un deal a-i vedea și alte sate, orașe etc. Deci, cu cât vezi mai multe sisteme de drept, cu atât mai multe interpretări din diferite perioade istorice, prin curente, prin inteligența fiecărui creator; atunci se produce o îmbogățire. Erminia are rolul de a indica niște lucruri. Ea nu se folosește pentru a copia niște elemente, ci aceasta oferă linia directoare. Dreptul nostru are un specific aparte, s-a dezvoltat în perioade diferite, în ținuturi diferite. Întrucât eu sunt un tradiționalist, arăt faptul că mișcarea actuală de afirmare a specificului național nu este rigidă, după cum nici arhitectura acesteia nu este fixă, este înglobată într-un context euroatlantic. În funcție de timpul istoric se creează și se formează concepte care vin să completeze marele ansamblu al monumentalității bizantine din dreptul nostru românesc. Deci, compoziția și ideea aceasta de a reconceptualiza sistemul de drept are menirea de a-l face pe acesta să vină la locul său, să vină acasă. De aceea, consider că dreptul românesc este o artă pentru că aceasta nu poate fi copiată, ci reinventată, legea oferind posibilitatea maximă de a introduce teme noi. Atunci când am propus această temă, rezultatul final a fost rodul adaptării erminiei pe măsura provocărilor. Pentru întreaga legislație românească îmi doresc să existe o grijă aparte, o conservare cu responsabilitate a tuturor lucrărilor din patrimoniul nostru juridic. Văzută din perspectiva celui care a trăit deja aproape treizeci de ani de capitalism românesc, de un fel aparte între capitalisme lumii, fluctuația legislației noastre în această perioadă mi-a dezvăluit sensuri pe care nu mi le imaginam. Capitalismul emite regulat astfel de legi, menite a inocula speranțe false milioanelor de amărâți ai sorții prin născocirea de realități juridice artificiale, prin nimic deosebite în deraierea lor de cele create de legislației străine spiritului nostru marcat de o puternică morală iudeo creștină.

În concluzie, organizarea de către Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române a Sesiunii anuale de comunicări științifice *Dreptul românesc la 100 de ani de la Marea Unire. Dimensiuni și tendințe*, în anul Centenarului, marchează așa cum se cuvine anul 1918, un an binecuvântat de Dumnezeu pentru

²⁵ Ibidem, p.23.

²⁶ A. L. Deac, *op.cit.*, 9.

România și are o relevanță deosebită prin faptul că actul de acum este un act de recunoaștere pe care Institutul nostru îl aduce celei mai înalte instituții culturale a României, pentru că Academia Română alături de Biserică și Armată are cea mai mare încredere a românilor. Sesiunea este un eveniment științific de anvergură națională, cu impact major care nu încercă să recupereze ezitățile sau lipsa de preocupare a unora pentru eveniment și este dedicată dreptului nostru la o aniversare cu semnificații deosebite. Marea Unire și desăvârșirea procesului de constituire a statului național unitar român au reprezentat un moment hotărâtor în modernizarea, occidentalizarea și dezvoltarea dreptului românesc, în spiritul tradițiilor sale. În cei 100 de ani de atunci el a cunoscut mari transformări în consonanță cu evoluțiile istorice, prezentându-se astăzi ca un sistem juridic complex care se confruntă cu provocările integrării europene și afirmării mondializării. Se impune astfel, o radiografie multidimensională a stării dreptului românesc, prin identificarea marilor principii fondatoare, trăsăturilor și evoluțiilor definitorii, stabilirea conexiunilor și interdependențelor cu dreptul Uniunii Europene, influențelor dreptului comparat și metamorfozelor datorate impactului globalizării. Este normal ca și dreptul contemporan ce se revendică din filonul medieval ce se baza intens pe fenomenul religios, să aibă și o esență religioasă. Legea și justiția românească din vremurile medievale se suprapuneau aproape perfect pe cultura medievală. Evident este și acel aspect modern care ne aduce dreptul românesc în centrul preocupărilor zilnice al căutărilor laice moderne. De aceea, dorința noastră a fost ca prin studiul de față să reînviem dragostea față de România, pentru cei care au uitat-o sau pierdut-o, mai ales că direcția imprimată culturii juridice românești de Andrei Rădulescu în perioada interbelică a redevenit actuală. Să ne amintim de poporul evreu, care a rezistat 2000 de ani fără nici un metru pătrat de pământ al său, mizând pe carte, pe spirit, pe atașament real față de familie și de națiune.

ASPECTE SELECTIVE PRIVIND EVOLUȚIA REGLEMENTĂRILOR REFERITOARE LA PUTEREA JUDECĂTOREASCĂ ÎN CONSTITUȚIILE ROMÂNE ȘI ÎN DREPTUL ROMÂNESC LA 100 DE ANI DE LA MAREA UNIRE

Nicolae PAVEL*

Abstract: *This study has the following title: Selective aspects regarding the evolution of the regulations regarding the judiciary in the Romanian constitutions and in the Romanian law 100 years after the great union*

Using a Key- Scheme, the following parts of the study are analyzed successively, called: 1. Preamble. 2. The identification of the constitutional regulations on the judicial power in the Romanian constitutional system - selective aspects. 3. Romanian doctrinal references on the judicial power. 4. Judicial references on the judiciary in the decisions of the Constitutional Court of Romania. 5. Conclusions.

Keywords: *the judiciary; the Romanian constitutions; the doctrinal references; the Constitutional Court decisions.*

1. Preambul

Obiectul de studiu al demersului științific va fi circumscris analizei științifice a celor patru mari părți ale acestuia respectiv: 1. Identificarea reglementărilor constituționale privind puterea judecătorească în sistemul constituțional român – aspecte selective. 2. Repere doctrinare române privind puterea judecătorească. 3. Repere jurisprudențiale privind puterea judecătorească, în deciziile Curții Constituționale a României. 4. Concluzii.

Ceea ce ni se pare relevant a evidenția pentru studiul de față, este abordarea reglementărilor privind puterea judecătorească în sistemul constituțional începând cu primul document cu valoare constituțională, respectiv Statutul dezvoltător al Convenției de la Paris din 7/18 august 1858 și până astăzi, respectiv Constituția României din 2003, forma republicată a Constituției României din 1991.

Având în vedere tratarea acestui subiect generos de studiu de peste 145 de ani de evoluție constituțională a reglementărilor privind puterea judecătorească în România se impune să precizăm, încă din faza de debut, necesitatea abordării diacronice a acestui subiect prin identificarea tuturor Constituțiilor Române care au reglementat regimul constituțional în această perioadă.

Mai mult, trebuie să precizăm că în perioada menționată, România a trecut prin mai multe forme de guvernământ, respectiv, monarhie, republică populară, republică socialistă și republică semi-prezidențială.

Pentru acoperirea integrală dar nu exhaustivă a domeniului de studiu, sunt prezentate selectiv repere doctrinare și jurisprudențiale referitoare la puterea judecătorească.

Din domeniul dreptului românesc am selectat Cursurile universitare din domeniul Dreptului constituțional și din domeniul Istoriei dreptului românesc, cursuri care analizează acest subiect.

De asemenea, se impune să menționăm, că jurisprudența Curții Constituționale a României, a contribuit la constituționalizarea puterii judecătorești, chiar de la înființarea acesteia.

Așa cum rezultă din cercetarea bibliografică efectuată, puterea judecătorească este nouă în formularea ei, dar, nu este nouă în existența sa. Pornind de la această axiomă, și, parafrazându-l pe K. Mbaye¹ putem afirma că: „Istoria puterii judecătorești se confundă cu istoria oamenilor”.

Prin această abordare, studiul propus deschide o viziune complexă și completă, dar nu exhaustivă în sfera actuală privind puterea judecătorească.

În opinia noastră, domeniului studiat este important pentru doctrina constituțională, pentru doctrina dreptului parlamentar, pentru doctrina dreptului comparat, pentru teoria generală a dreptului, pentru activitatea legislativă de elaborare a actelor normative, pentru tehnica legislativă, precum și, pentru activitatea de cercetare în domeniul acoperit de tematica studiului.

Chiar dacă reglementarea și teoretizarea puterii judecătorești, se întoarce în timp la primele constituții scrise din România, interesul teoretic pentru reluarea ei este determinat de faptul că în literatura de specialitate deja existentă, nu totdeauna s-a acordat atenție suficientă celor trei aspecte, teoretice și jurisprudențiale privind puterea judecătorească, analizate în cuprinsul studiului.

Am utilizat sintagma putere judecătorească amintind celebra teorie a separației puterilor în stat care a fost enunțată de John Locke (Traité du gouvernement civil, 1690). Ea este elaborată apoi pe larg și consacrată de Montesquieu în lucrarea De l'esprit des lois (1748), lucrare pentru care autorul este considerat părintele teoriei clasice a separației puterilor în stat.

* Conf. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice Politice și Administrative, Universitatea Spiru Haret București, Cercetător asociat la Institutul de Certări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail : nicolaepavel0@yahoo.com

¹ Baye K. M., *Les droits de l'homme en Afrique*, Manuel UNESCO, A. Pedone, Paris, 2002, p.651.

1. Identificarea reglementărilor constituționale privind puterea judecătorească în sistemul constituțional român – aspecte selective.

1.1. Statutul dezvoltător al Convenției de la Paris din 7/9 august 1858²

O discuție aparte se impune a fi făcută în legătură cu Statutul dezvoltător al Convenției din 7/19 august 1858. Statutul, în opinia noastră, Statutul poate fi considerat o Constituție, având în vedere prevederile art. XVII care stabilesc că: "Toți funcționarii publici, fără excepție, la intrarea lor în funcțiune, sunt datorii a jura supunere Constituției și legilor țării și credință Domnului".

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Statutului rezultă că acesta nu conține nici o reglementare privind puterea judecătorească.

1.2. Constituția română adoptată la 29 iunie 1866³

Trebuie să precizăm că Legea fundamentală a Belgiei din anul 1831 a constituit un izvor de inspirație pentru constituțiile altor state printre care menționăm și Constituția română adoptată la 29 iunie 1866.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul Titlului III, intitulat Despre puterile statului, consacră următorul principiu fundamental referitor la puterea judecătorească, sub următoarea formulare: "Puterea judecătorească se exercită de Curți și Tribunale. Hotărârile și sentințele lor se pronunță în virtutea legii și se execută în numele Domnului".

1.3. Constituția României din 29 martie 1923⁴

În partea de debut a studiului se impune să precizăm că Legea fundamentală a României din anul 1866, a rămas în vigoare 57 de ani, perioadă în care s-au produs transformări economice și politice importante.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul Capitolului IV al Titlului III, intitulat Despre puterea judecătorească, consacră următoarele principii fundamentale referitoare la puterea judecătorească, sub următoarele formulări:

1. Art. 101. - Nici o jurisdicțiune nu se poate înființa decât numai în puterea unei anume legi.

Comisiuni și tribunale extraordinare nu se pot crea sub nici un fel de numire și sub nici un fel de cuvânt în vederea unor anume procese, fie civile, fie penale, sau în vederea judecării unor anume persoane.

2. Art. 102. - Pentru întregul Stat român este o singură Curte de casație și justiție.

3. Art. 103. - Numai Curtea de casație în secțiuni unite are dreptul de a judeca constituționalitatea legilor și a declara inaplicabile pe acelea care sunt contrarii Constituției. Judecata asupra inconstituționalității legilor se mărginește numai la cazul judecat.

Curtea de casație se va rosti ca și în trecut asupra conflictelor de atribuțiuni.

Dreptul de recurs în casare este de ordin constituțional.

4. Art. 104. - Judecătorii sunt inamovibili în condițiunile speciale pe cari legea le va fixa.

5. Art. 105. - Juriul este statornicit în toate materiile criminale și pentru delictele politice și de presă, afară de cazurile statornicite prin Constituțiunea de față.

Acțiunea pentru daune-interese rezultând din fapte și delict de presă nu se poate intenta decât înaintea aceleiași jurisdicțiuni de competență căreia este delictul.

6. Art. 106. - Justiția militară se organizează prin osebuită lege.

7. Art. 107. - Autorități speciale de orice fel, cu atribuțiuni de contencios administrativ, nu se pot înființa.

Contenciosul administrativ este în căderea puterii judecătorești, potrivit legii speciale.

Cel vătămat în drepturile sale, fie printr-un act administrativ de autoritate, fie printr-un act de gestiune făcut cu încălcarea legilor și a regulamentelor, fie prin rea voință a autorităților administrative de a rezolva cererea privitoare la un drept, poate face cerere la instanțele judecătorești pentru recunoașterea dreptului său.

Organele puterii judiciare judecă dacă actul este ilegal, îl pot anula sau pot pronunța daune civile până la data restabilirii dreptului vătămat, având și căderea de a judeca și cererea de despăgubire, fie contra autorității administrative chemate în judecată, fie contra funcționarului vinovat.

Puterea judecătorească nu are cădere de a judeca actele de guvernământ, precum și acele de comandament cu caracter militar.

1.4. Constituția României din 28 Februarie 1938⁵

În partea introductivă a studiului se impune să precizăm că Legea fundamentală a României din anul 1923, a rămas în vigoare 15 ani.

²Muraru I., Iancu G., *Constituțiile române, Texte, Note. Prezentare comparativă, Editura Actami, București, 2000, pp. 7-27.*

³*Ibidem*, pp. 29-60.

⁴*Ibidem*, pp. 61-92.

⁵*Ibidem*, op. cit. 93-119.

În condițiile istorice ale anului 1938, noul Proiect de Constituție a fost supus plebiscitului la 24 februarie 1938. Constituția este promulgată and was published in the Official Gazette Part I, no. 48, from February 27, 1938.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul Capitolului V al Titlului III, intitulat Despre puterea judecătorească, consacră următoarele principii fundamentale referitoare la puterea judecătorească, sub următoarea formulare:

1. art. 56. - Nici unul din membrii uneia sau celeilalte Adunări nu poate fi urmărit pentru opiniunile și voturile emise de el emise în cursul exercițiului mandatului.

2. art. 57. - Niciun membru al uneia sau celeilalte Adunări nu poate, în timpul sesiunii, să fie urmărit sau arestat pentru vine penale, decât cu autorizarea Adunării din care face parte, afara de cazul de flagrant delict.

Detentiunea sau urmărirea vreunui din membrii Adunărilor este suspendată în tot timpul sesiunii, dacă Adunarea o cere.

Comparativ cu reglementarea imunității parlamentare din Constituția Română din anul 1923, observăm că în Constituția României din 1938 a fost eliminat alin. (2) al art. 55 care reglementează situația arestării preventive sau urmăririi penale a unui membru al Adunărilor în timpul când sesiunea era închisă.

1.5. Constituția din 13 aprilie 1948⁶

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul Titlului VII, intitulat Organele judecătorești și parchetul, consacră următoarele principii fundamentale, având următoarele formulări:

1. Art. 86. - Instanțele judecătorești sunt: Curtea Supremă, una pentru întreaga țară, Curțile, tribunalele și judecătoriile populare.

2. Art. 87. - Se pot înființa prin lege, instanțe speciale pentru anumite ramuri de activitate.

3. Art. 88. - La toate instanțele, cu excepția Curții Supreme, judecarea are loc cu asesori populari, afara de cazurile când legea dispune altfel.

4. Art. 89. - Primul președinte, președinții și membrii Curții Supreme sunt numiți de Prezidiul Marii Adunări Naționale a R.P.R., la propunerea guvernului.

5. Art. 90. - Curtea Supremă supraveghează activitatea judiciară a instanțelor și organelor judiciare, în condițiile legii.

6. Art. 91. - La toate instanțele de judecată dezbaterile sunt publice, afara de cazurile și condițiile prevăzute de lege.

7. Art. 92. - Dreptul de apărare în fața tuturor instanțelor este garantat.

8. Art. 93. - Judecătorii de orice grad se supun în exercitarea atribuțiilor lor numai legii și aplică legile egal față de toți cetățenii.

9. Art. 94. - O lege va determina organizarea și modul de funcționare a instanțelor judecătorești, precum și modul de numire și îndepărtare a judecătorilor de orice grad.

10. Art. 95. - În Republica Populară Română, parchetul supraveghează respectarea legilor penale, atât de către funcționarii publici cât și de către ceilalți cetățeni.

11. Art. 96. - Parchetul veghează îndeosebi la urmărirea și pedepsirea crimelor împotriva ordinii și libertății democratice, a intereselor economice, a independenței naționale și a suveranității Statului Român.

12. Art. 97. - Parchetul se compune dintr-un procuror general al Republicii Populare Române și mai mulți procurori.

Prin lege se vor determina modul de organizare, atribuțiile și funcționarea parchetului.

13. Art. 98. - Procurorul general al Republicii Populare Române se numește de Prezidiul Marii Adunări Naționale a R.P.R., la propunerea guvernului.

1.6. Constituția din 24 septembrie 1952⁷

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul capitolului VI, intitulat Instanțele judecătorești și procuratura consacră următoarele principii fundamentale, având următoarele formulări:

1. Art. 64. - Justiția în Republica Populară Română se înfăptuește de către Tribunalul Suprem al Republicii Populare Române, Tribunalele regionale și Tribunalele populare, precum și de către instanțele judecătorești speciale, înființate prin lege.

Organizarea, competența și procedura tribunalelor sunt stabilite prin lege.

2. Art. 65. - Tribunalele apară regimul de democrație populară și cuceririle poporului muncitor; asigură legalitatea populară, proprietatea obștească și drepturile cetățenilor.

⁶ Ibidem, op. cit. 123-139.

⁷ Ibidem, op. cit. 143-166.

3. Art. 66. - Judecarea proceselor la toate instanțele se face cu participarea asesorilor populari, afară de cazurile când legea dispune altfel.

4 Art. 67. - Tribunalul Suprem al Republicii Populare Romane este ales de Marea Adunare Națională pe termen de cinci ani.

Judecătorii și asesorii populari sunt aleși în conformitate cu procedura stabilită prin lege.

Prin lege este stabilită și numirea judecătorilor în instanțele speciale.

5. Art. 68. - În Republica Populară Română, procedura judiciară se face în limba română, asigurându-se în regiunile și raioanele locuite de populație de altă naționalitate decât cea română folosirea limbii materne a acelei populații.

Părților, care nu vorbesc limba în care se face procedura judiciară, li se asigură posibilitatea de a lua cunoștință, prin traducător, de piesele dosarului, precum și dreptul de a vorbi în instanță și a pune concluziuni în limba maternă.

6. Art. 69. - În toate instanțele judecata este publică, în afară de cazurile prevăzute de lege.

Acuzatului i se garantează dreptul de apărare.

7. Art. 70. - Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii.

8. Art. 71. - Tribunalele pronunță hotărârile lor în numele poporului.

9. Art. 72. - Tribunalul Suprem al Republicii Populare Române exercită supravegherea activității judiciare a tuturor instanțelor judecătorești din Republica Populară Română.

10. Art. 73. - Procurorul General al Republicii Populare Române exercită supravegherea superioară a respectării legilor de către Ministere și celelalte organe centrale, de către organele locale ale puterii și administrației de stat, precum și de către funcționari și ceilalți cetățeni.

11. Art. 74. - Procurorul General al Republicii Populare Române este numit de Marea Adunare Națională pe termen de cinci ani.

Locțiitorii Procurorului General al Republicii Populare Romane și procurorii unităților locale ale Procuraturii sunt numiți de Procurorul General pe termen de patru ani.

12. Art. 75. - Procurorul General răspunde față de Marea Adunare Națională a Republicii Populare Române, și - în intervalul dintre sesiuni - față de Prezidiul Marii Adunări Naționale și față de Consiliul de Miniștri.

13. Art. 76. - Organele Procuraturii sunt independente de organele locale, subordonându-se numai Procurorului General al Republicii Populare Romane.

1.7. Constituția din 21 august 1965, republicată⁸

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul Titlului VI, intitulat Organele judecătorești și al Titlului VII, intitulat Organele procuraturii, consacră următoarele principii fundamentale, având următoarele formulări:

I. Titlul VI – Organele judecătorești

1. Art. 101. - În Republica Socialistă România justiția se înfăptuiește, potrivit legii, prin Tribunalul Suprem, tribunalele județene, judecătorii, precum și prin tribunalele militare.

2. Art. 102. - Prin activitatea de judecată, tribunalele și judecătoriile apară orânduirea socialistă și drepturile persoanelor, educând cetățenii în spiritul respectării legilor.

Tribunalele și judecătoriile, aplicând sancțiuni penale, urmăresc îndreptarea și reeducarea infractorilor, precum și prevenirea săvârșirii de noi infracțiuni.

3. Art. 103. - Tribunalele și judecătoriile judecă pricinile civile, penale și orice alte pricini date în competența lor.

În cazurile prevăzute prin lege, tribunalele și judecătoriile exercită controlul asupra hotărârilor organelor administrative sau obștești cu activitate jurisdicțională.

Tribunalele și judecătoriile judecă cererile celor vătămați în drepturile lor prin acte administrative, putând să se pronunțe, în condițiile legii, și asupra legalității acestor acte.

4. Art. 104. - Tribunalul Suprem exercită controlul general asupra activității de judecată a tuturor tribunalelor și judecătoriilor. Modul de exercitare a acestui control se stabilește prin lege.

În vederea aplicării unitare a legilor în activitatea de judecată, Tribunalul Suprem emite, în plenul său, decizii de îndrumare.

5. Art. 105. - Tribunalul Suprem este ales de Marea Adunare Națională pe durata legislaturii, în prima sesiune a acesteia.

Tribunalul Suprem funcționează până la alegerea noului Tribunal Suprem în legislatura următoare.

6. Art. 106. - Tribunalul Suprem răspunde pentru activitatea sa în fața Marii Adunări Naționale, iar între sesiuni, în fața Consiliului de Stat.

⁸ Republicare în temeiul art. 11 din Legea nr. 19 din 23 octombrie 1986, publicată în Buletinul Oficial al Republicii Socialiste România, partea I, nr. 64 din 27 octombrie 1986.

7. Art. 107. - Organizarea judecătoriilor și a tribunalelor, competența lor și procedura de judecată sunt stabilite prin lege.

Judecarea proceselor în primă instanță la judecătorii, la tribunalele județene și la tribunalele militare se face cu participarea asesorilor populari, afară de cazurile când legea dispune altfel.

8. Art. 108. - Judecătorii și asesorii populari sunt aleși în conformitate cu procedura stabilită prin lege.

9. Art. 109. - În Republica Socialistă România procedura judiciară se face în limba română, asigurându-se, în unitățile administrativ-teritoriale locuite și de populație de altă naționalitate decât cea română, folosirea limbii materne a acelei populații.

Parților care nu vorbesc limba în care se face procedura judiciară li se asigură posibilitatea de a lua cunoștință, prin traducător, de piesele dosarului, precum și dreptul de a vorbi în instanță și a pune concluzii în limba maternă.

10. Art. 110. - Judecata se desfășoară în ședință publică, cu excepția cazurilor prevăzute prin lege.

11. Art. 111. - În activitatea de judecată, judecătorii și asesorii populari sunt independenți și se supun numai legii.

II. Titlul VII – Organele procuraturii

1. Art. 112. - Procuratura Republicii Socialiste România exercită supravegherea activității organelor de urmărire penală și a organelor de executare a pedepselor și veghează, în condițiile legii, la respectarea legalității, apărarea orânduirii socialiste, a drepturilor și intereselor legitime ale organizațiilor socialiste, ale celorlalte persoane juridice, precum și ale cetățenilor.

2. Art. 113. - Procuratura este condusă de procurorul general. Organele Procuraturii sunt: Procuratura Generală, procuraturile județene, procuraturile locale și procuraturile militare.

Organele Procuraturii sunt subordonate ierarhic.

3. Art. 114. - Procurorul general este ales de Marea Adunare Națională pe durata legislaturii, în prima sesiune a acesteia, și funcționează până la alegerea noului procuror general în prima sesiune a legislaturii următoare.

Procurorii sunt numiți potrivit legii, cu excepția celor prevăzuți în Art. 87 pct. 6.

4. Art. 115. - Procurorul general răspunde în fața Marii Adunări Naționale de activitatea Procuraturii, iar în intervalul dintre sesiuni, în fața Consiliului de Stat.

1.8. Constituția României din 8 decembrie 1991⁹

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că acesta, în Capitolul VI, din Titlul III, intitulat Autoritatea judecătorească, consacră următoarele principii fundamentale referitoare la: Instanțele judecătorești – Secțiunea I, la Ministerul Public – Secțiunea a 2-a, și, la Consiliul Superior al Magistraturii – Secțiunea a 3-a, având următoarele formulări:

I. Secțiunea 1 Instanțele judecătorești

1. Art. 123: - Înfăptuirea justiției

(1) Justiția se înfăptuiește în numele legii.

(2) Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii.

2. Art. 124: - Statutul judecătorilor

(1) Judecătorii numiți de Președintele României sunt inamovibili, potrivit legii. Președintele și ceilalți judecători ai Curții Supreme de Justiție sunt numiți pe o perioadă de 6 ani. Ei pot fi reînvestiți în funcție. Promovarea, transferarea și sancționarea judecătorilor pot fi dispuse numai de Consiliul Superior al Magistraturii, în condițiile legii.

(2) Funcția de judecător este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior.

3. Art. 125: - Instanțele judecătorești

(1) Justiția se realizează prin Curtea Supremă de Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege.

(2) Este interzisă înființarea de instanțe extraordinare.

(3) Competența și procedura de judecată sunt stabilite de lege.

4. Art. 126: - Caracterul public al dezbaterilor

Ședințele de judecată sunt publice, afară de cazurile prevăzute de lege.

5. Art. 127: - Dreptul la interpret

(1) Procedura judiciară se desfășoară în limba română.

(2) Cetățenii aparținând minorităților naționale, precum și persoanele care nu înțeleg sau nu vorbesc limba română au dreptul de a lua cunoștință de toate actele și lucrările dosarului, de a vorbi în instanță și de a pune concluzii, prin interpret; în procesele penale acest drept este asigurat în mod gratuit.

⁹ Textul Constituției României a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 233 din 21 noiembrie 1991.

6. Art. 128: - Folosirea căilor de atac

Împotriva hotărârilor judecătorești, părțile interesate și Ministerul Public pot exercita căile de atac, în condițiile legii.

7. Art. 129: - Poliția instanțelor

Instanțele judecătorești dispun de poliția pusă în serviciul lor.

II. Secțiunea a 2 – a - Ministerul Public**1. Art. 130: Rolul Ministerului Public**

(1) În activitatea judiciară, Ministerul Public reprezintă interesele generale ale societății și apără ordinea de drept, precum și drepturile și libertățile cetățenilor.

(2) Ministerul Public își exercită atribuțiile prin procurori constituiți în parchete, în condițiile legii.

2. Art. 131: Statutul procurorilor

(1) Procurorii își desfășoară activitatea potrivit principiului legalității, al imparțialității și al controlului ierarhic, sub autoritatea ministrului justiției.

(2) Funcția de procuror este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior.

III. Secțiunea a 3 – a – Consiliul Superior al Magistraturii**1. Art. 132: Componenta**

Consiliul Superior al Magistraturii este alcătuit din magistrați aleși, pentru o durată de 4 ani, de Camera Deputaților și de Senat, în ședință comună.

2. Art. 133: Atribuții

(1) Consiliul Superior al Magistraturii propune Președintelui României numirea în funcție a judecătorilor și a procurorilor, cu excepția celor stagiari, în condițiile legii.

În acest caz, lucrările sunt prezidate, fără drept de vot, de ministrul justiției.

(2) Consiliul Superior al Magistraturii îndeplinește rolul de consiliu de disciplină al judecătorilor. În acest caz, lucrările sunt prezidate de președintele Curții Supreme de Justiție.

1.9. Constituția României din 2003, forma republicată a constituției României din 1991.¹⁰

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că acesta, în Capitolul VI, din Titlul III, intitulat Autoritatea judecătorească, consacră următoarele principii fundamentale referitoare la: Instanțele judecătorești – Secțiunea I, la Ministerul Public – Secțiunea a 2-a, și, la Consiliul Superior al Magistraturii – Secțiunea a 3-a, având următoarele formulări:

Atenționare. Observăm că față de Constituția din 1991 s-a făcut o renumerotare a articolelor, și în cazul acestei secțiuni art. 123 din Constituția veche a devenit 124, și, în continuare se menține această numerotare pentru acest Capitol.

Mai observăm la acest Capitol, că s-au efectuat modificări și completări pe care le vom opera în text.

I. Secțiunea 1 Instanțele judecătorești**1. Art. 124: - Înfăptuirea justiției**

(1) Justiția se înfăptuiește în numele legii.

(2) Justiția este unică, imparțială și egală pentru toți.

(3) Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii.

2. Art. 125: - Statutul judecătorilor

(1) Judecătorii numiți de Președintele României sunt inamovibili, potrivit legii.

(2) Propunerile de numire, precum și promovarea, transferarea și sancționarea judecătorilor sunt de competența Consiliului Superior al Magistraturii, în condițiile legii sale organice.

(3) Funcția de judecător este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior.

3. Art. 126: - Instanțele judecătorești

(1) Justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege.

(2) Competența instanțelor judecătorești și procedura de judecată sunt prevăzute numai prin lege.

(3) Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale.

(4) Compunerea Înaltei Curți de Casație și Justiție și regulile de funcționare a acesteia se stabilesc prin lege organică.

¹⁰ Textul Constituției României a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 767 din 31 Octombrie 2003.

(5) Este interzisă înființarea de instanțe extraordinare. Prin lege organică pot fi înființate instanțe specializate în anumite materii, cu posibilitatea participării, după caz, a unor persoane din afara magistraturii.

(6) Controlul judecătoresc al actelor administrative ale autorităților publice, pe calea contenciosului administrativ, este garantat, cu excepția celor care privesc raporturile cu Parlamentul, precum și a actelor de comandament cu caracter militar. Instanțele de contencios administrativ sunt competente să soluționeze cererile persoanelor vătămate prin ordonanțe sau, după caz, prin dispoziții din ordonanțe declarate neconstituționale.

4. Art. 127: - Caracterul public al dezbatărilor

Ședințele de judecată sunt publice, afară de cazurile prevăzute de lege.

5. Art. 128: - Folosirea limbii materne și a interpretului în justiție

(1) Procedura judiciară se desfășoară în limba română.

(2) Cetățenii români aparținând minorităților naționale au dreptul să se exprime în limba maternă în fața instanțelor de judecată, în condițiile legii organice.

(3) Modalitățile de exercitare a dreptului prevăzut la alineatul (2), inclusiv prin folosirea de interpreți sau traduceri, se vor stabili astfel încât să nu împiedice buna administrare a justiției și să nu implice cheltuieli suplimentare pentru cei interesați.

(4) Cetățenii străini și apatrizii care nu înțeleg sau nu vorbesc limba română au dreptul de a lua cunoștință de toate actele și lucrările dosarului, de a vorbi în instanță și de a pune concluzii, prin interpret; în procesele penale acest drept este asigurat în mod gratuit.

6. Art. 129: - Folosirea căilor de atac

Împotriva hotărârilor judecătorești, părțile interesate și Ministerul Public pot exercita căile de atac, în condițiile legii.

7. Art. 130: - Poliția instanțelor

Instanțele judecătorești dispun de poliția pusă în serviciul lor.

II. Secțiunea a 2 – a - Ministerul Public

Rolul Ministerului Public

1. Art. 131: Ministerul Public

(1) În activitatea judiciară, Ministerul Public reprezintă interesele generale ale societății și apără ordinea de drept, precum și drepturile și libertățile cetățenilor.

(2) Ministerul Public își exercită atribuțiile prin procurori constituiți în parchete, în condițiile legii.

(3) Parchetele funcționează pe lângă instanțele de judecată, conduc și supraveghează activitatea de cercetare penală a poliției judiciare, în condițiile legii.

2. Art. 132: Statutul procurorilor

(1) Procurorii își desfășoară activitatea potrivit principiului legalității, al imparțialității și al controlului ierarhic, sub autoritatea ministrului justiției.

(2) Funcția de procuror este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior.

III. Secțiunea a 3 – a – Consiliul Superior al Magistraturii

1. Art. 133: Rolul și structura

(1) Consiliul Superior al Magistraturii este garantul independenței justiției.

(2) Consiliul Superior al Magistraturii este alcătuit din 19 membri, din care:

a) 14 sunt aleși în adunările generale ale magistraților și validați de Senat; aceștia fac parte din două secții, una pentru judecători și una pentru procurori; prima secție este compusă din 9 judecători, iar cea de-a doua din 5 procurori;

b) 2 reprezentanți ai societății civile, specialiști în domeniul dreptului, care se bucură de înaltă reputație profesională și morală, aleși de Senat; aceștia participă numai la lucrările în plen;

c) ministrul justiției, președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție și procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

(3) Președintele Consiliului Superior al Magistraturii este ales pentru un mandat de un an, ce nu poate fi reînnoit, dintre magistrații prevăzuți la alineatul (2) litera a).

(4) Durata mandatului membrilor Consiliului Superior al Magistraturii este de 6 ani.

(5) Hotărârile Consiliului Superior al Magistraturii se iau prin vot secret.

(6) Președintele României prezidează lucrările Consiliului Superior al Magistraturii la care participă.

(7) Hotărârile Consiliului Superior al Magistraturii sunt definitive și irevocabile, cu excepția celor prevăzute la articolul 134 alineatul (2).

2. Art. 134: Atribuții

(1) Consiliul Superior al Magistraturii propune Președintelui României numirea în funcție a judecătorilor și a procurorilor, cu excepția celor stagiați, în condițiile legii.

(2) Consiliul Superior al Magistraturii îndeplinește rolul de instanță de judecată, prin secțiile sale, în domeniul răspunderii disciplinare a judecătorilor și a procurorilor, potrivit procedurii stabilite prin legea sa organică. În aceste situații, ministrul justiției, președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție și procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție nu au drept de vot.

(3) Hotărârile Consiliului Superior al Magistraturii în materie disciplinară pot fi atacate la Înalta Curte de Casație și Justiție.

(4) Consiliul Superior al Magistraturii îndeplinește și alte atribuții stabilite prin legea sa organică, în realizarea rolului său de garant al independenței justiției.

2. Repere doctrinare române privind puterea judecătorească.

Din doctrina română vom selecta opiniile unor autori consacrați cu prestigiu recunoscut, care au studiat puterea sau autoritatea judecătorească.

2.1. O primă opinie¹¹ menționată pentru acest studiu analizează Autoritatea judecătorească.

Termenul justiție are două sensuri. Într-un sens, prin justiție înțelegem organele judecătorești, iar într-un al doilea sens înțelegem activitatea de soluționare a proceselor civile, administrative, comerciale, penale, de muncă etc. de aplicare de sancțiuni, de restabilire a drepturilor și intereselor legitime încălcate. În limbajul obișnuit a face justiție înseamnă a face dreptate.

Dacă viața socială trebuie să se desfășoare potrivit constituției și legilor, în mod firesc trebuie să existe o funcție (o putere, o autoritate) care să le cunoască și să le poată interpreta și aplica concret atunci când sunt încălcate, când drepturile și libertățile sunt încălcate, când drepturile și libertățile cetățenilor sunt periclitate, neglijate.

Exprimarea autoritate (putere) jurisdicțională nu diminuează rolul justiției, ci evidențiază similitudinea de conținut și principii între mai multe activități care se impun atunci când legile nu sunt executate. Justiția rămâne partea substanțială a activității jurisdicționale.

Principiile fundamentale potrivit cărora se realizează justiția sunt următoarele: 1. Principiul legalității, 2. Justiția este unic, imparțială și egală pentru toți. 3. Folosirea limbii oficiale și a limbii materne în justiție. 4. Dreptul la apărare. 5. Presupunerea de nevinovăție. 6. Independența judecătorului și supunerea lui numai legii. 7.

Organele autorității judecătorești judecătorești sunt stabilite de Titlul VI din Constituția României, denumit Autoritatea Judecătorească.

2.2. O a doua opinie¹² menționată pentru acest studiu analizează Autoritatea judecătorească.

Constituția României în Capitolul VI (art. 124-134) tratează sub denumirea "Autoritatea judecătorească" trei instituții diferite: instanțele judecătorești, Ministerul Public și Consiliul Superior al Magistraturii, care împreună formează autoritatea judecătorească.

Instanțele judecătorești sunt reprezentate în România de către a) Înalta Curte de Casație și Justiție; b) curțile de apel; c) tribunalele; d) tribunalele specializate; e) instanțele militare; și f) judecătoriile.

1. **Noțiunea de justiție are două sensuri.** Într-un sens larg noțiunea de justiție desemnează ideea de dreptate, de echitate și egalitate în fața legii.

În sens restrâns, prin justiție se înțelege totalitatea instituțiilor prin intermediul cărora se exercită actul de justiție: instanțe de judecată, magistrați, avocați, executori judecătorești, etc. din această perspectivă, justiția este un serviciu public exercitat de instituții specializate ale statului.

2. Prin **putere judecătorească** se înțelege doar judecătorii care funcționează la instanțele de judecată.

3. **Inamovibilitatea judecătorilor** este cea mai puternică garanție a independenței justiției, a independenței judecătorului și a bunei administrări a actului de justiție.

4. **Principiile pe baza cărora se realizează justiția**, sunt următoarele: a) Principiul legalității. b) Principiul independenței justiției. c) Principiul accesului liber la justiție. d) Principiul unicității, imparțialității și egalității justiției pentru toate persoanele. e) Principiul dreptului la apărare. f) Principiul prezumției de nevinovăție. g) Principiul utilizării limbii oficiale și a limbii materne în justiție. h) Principiul justiției ca monopol de stat. i) principiul publicității ședințelor. j) Principiul funcționării justiției pe criteriul ierarhiei.

2.3. O a treia opinie¹³ menționată pentru acest studiu analizează Autoritățile jurisdicționale

1. Terminologie și noțiuni privind autoritatea judecătorească

În partea de debut a cursului se impune să reliefăm locul autorităților judecătorești în triada separației puterilor în stat. Referitor la acest aspect în doctrina constituțională este exprimată următoarea opinie:

¹¹ Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ediția 14, volumul II, Editura C. H. Beck, București, 2013, p. 286-295.

¹² Ștefan Deaconu, *Instituții politice*, Editura C. H. Beck, București, 2012, p. 365-393..

¹³ Nicolae Pavel, *Drept constituțional și instituții politice*, Partea a II-a Instituții politice, Editura Fundației România de Măine, București, 2013, p. 92-97.

"Evoluția teoriei clasice a separației puterilor a implicat și evoluția explicațiilor și practicilor privind puterea judecătorească. Aceasta explică chiar terminologia diferită sub care această putere este exprimată în constituții și doctrină și anume: puterea judecătorească, putere jurisdicțională. Denumirea de autoritate judecătorească evocă clar justiția, ca funcție distinctă și ca sistem distinct".¹⁴

Mai mult, termenul justiție este receptat în sens dual, „Într-un sens prin justiție înțelegem sistemul organelor judecătorești, iar într-un al doilea sens înțelegem activitatea de soluționare a proceselor civile, administrative, comerciale, penale, de muncă, et., de aplicare de sancțiuni, de restabilire a drepturilor și intereselor legitime încălcate”.¹⁵

În plus, „această funcție a fost și este încredințată unei autorități (puteri) distincte, investită cu puteri statale care-i dau eficiență și care trebuie să fie independentă și imparțială”.¹⁶

Referitor la specificul activității jurisdicționale, în doctrina constituțională se precizează: „pentru ca justiția să-și poată îndeplini misiunea ea cunoaște o anumită organizare anumite principii. Organizarea justiției se face pe grade de jurisdicție”.¹⁷

2. Principiile fundamentale potrivit cărora se realizează justiția

Referitor la principiile fundamentale potrivit cărora se realizează justiția, în doctrina constituțională este exprimată următoarea opinie: „Justiția trebuie să răspundă unor exigențe fundamentale. În cadrul acestor exigențe se enumeră în general următoarele: legalitatea, buna administrare a justiției; accesul la un tribunal; garanția unui proces echitabil; publicitatea procesului; imparțialitatea judecătorului; proporționalitatea în stabilirea sancțiunilor etc.”.¹⁸

Principiile fundamentale potrivit cărora se realizează justiția, trebuie să îndeplinească două condiții: să fie principii stabilite de Constituție, sau să derive din principiile constituționale.

Principiile fundamentale potrivit cărora se realizează justiția, sunt următoarele: 1. principiul legalității. 2. justiția este unică, imparțială și egală pentru toți. 3. folosirea limbii oficiale și a limbii materne în justiție. 4. dreptul la apărare. 5. prezumția de nevinovăție. 6. independența judecătorului și supunerea lui numai legii.

3. Organele autorității judecătorești

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că autoritatea judecătorească este nominalizată în Capitolul VI, al Titlului III, intitulat Autoritatea Judecătorească, și sunt reglementate în următoarea ordine: 1. Instanțele judecătorești. 2. Ministerul public. 3. Consiliul Superior al Magistraturii.

3. Repere jurisprudențiale privind puterea judecătorească, în deciziile Curții Constituționale a României – Aspecte selective.

3.1. DECIZIA Nr. 611 din 3 octombrie 2017 referitoare la cererile de soluționare a conflictelor juridice de natură constituțională dintre Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte, cereri formulate de președinții Senatului și Camerei Deputaților.

Publicată în Monitorul Oficial nr. 877 din 07 noiembrie 2017

1. Pe rol se află examinarea cererilor de soluționare a conflictelor juridice de natură constituțională dintre Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte, cereri formulate de președinții Senatului și Camerei Deputaților. Sesizările se întemeiază pe prevederile art. 146 lit. e) din Constituție și ale art. 11 alin. (1) pct. A lit. e), ale art. 34, 35 și 36 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, au fost înregistrate la Curtea Constituțională sub nr. 9.686 și nr. 9.687 din 13 septembrie 2017 și formează obiectul Dosarului nr. 2.428E/2017, respectiv al Dosarului nr. 2.429E/2017.

2. Prin Cererea cu nr. I 2.480 din 13 septembrie 2017, Președintele Senatului a solicitat Curții Constituționale să se pronunțe asupra existenței unui conflict juridic de natură constituțională dintre Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public, componentă a autorității judecătorești, pe de altă parte.

3. Curtea examinând cererile de soluționare a conflictelor juridice de natură constituțională dintre Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte, cereri formulate de președinții Senatului și Camerei Deputaților, punctele de vedere ale Camerei Deputaților, Ministerului Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și Ministerul Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție — Direcția Națională Anticorupție, actele depuse la dosar, raportul întocmit de judecătorul-raportor, susținerile reprezentanților părților prezente, prevederile Constituției și ale Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, reține următoarele:

¹⁴ Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ediția 14, volumul II, Editura C. H. Beck, București, 2013, p. 284-295.

¹⁵ *Ibidem*, p. 267.

¹⁶ *Ibidem*, p. 267-268.

¹⁷ *Ibidem*, p. 269.

¹⁸ *Ibidem*, p. 269-270.

Curtea

1. Constată că există un conflict juridic de natură constituțională între Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public— Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte, generat de refuzul procurorului șef al Direcției Naționale Anticorupție de a se prezenta în fața Comisiei speciale de anchetă a Senatului și Camerei Deputaților pentru verificarea aspectelor ce țin de organizarea alegerilor din 2009 și de rezultatul scrutinului prezidențial.

Definitivă și general obligatorie.

4. Concluzii

În considerarea celor expuse în studiul de mai sus reținem, următoarele idei pe care le menționăm mai jos:

4.1. Obiectivul studiului privind Aspecte selective privind evoluția reglementărilor referitoare la puterea judecătorească în constituțiile române și în dreptul românesc la 100 de ani de la marea unire, după opinia noastră a fost realizat.

4.2. În opinia noastră, domeniului studiat este important pentru doctrina constituțională în materie, pentru doctrina drepturilor omului și pentru doctrina istoriei statului și dreptului românesc.

4.3. Au fost identificate succesiv reglementărilor constituționale privind evoluția reglementărilor referitoare la puterea judecătorească în constituțiile române și în dreptul românesc la 100 de ani de la marea unire.

4.4. Cele trei părți ale studiului pot fi considerate o contribuție la extinderea cercetărilor în materia evoluția reglementărilor referitoare la puterea judecătorească în constituțiile române și în dreptul românesc la 100 de ani de la marea unire, în concordanță cu trendul actual în materie.

4.5. De asemenea, precizăm că studiul de mai sus, deschide o viziune complexă și completă, dar nu exhaustivă în domeniul analizat.

4.6. Schema – cheie propusă, având în vedere abordarea selectivă a evoluției reglementărilor referitoare la puterea judecătorească în constituțiile române și în dreptul românesc la 100 de ani de la marea unire, poate fi multiplicată și extinsă pentru alte studii în materie.

DIMENSIUNILE ȘI TENDINȚELE INTERPRETĂRII NORMEI JURIDICE ÎN DREPTUL ROMÂNESC DIN PERIOADA 1918 – 2018

Iosif FRIEDMANN – NICOLESCU*

Abstract : *The interpretation of the legal norm in the Romanian Law has seen new dimensions and tendencies after the Great Union of 1 December 1918 in the European and global geo-political and geo-strategic context of the last 100 years.*

Key words : *Interpretation of the legal norm; Legislative unification; Constitution; Law; Dimensions and trends; National law*

I. Prolegomene

Dreptul românesc într-un răstimp de 100 de ani a parcurs un drum sinuos, de la un drept aflat sub influența franceză napoleoniană, sistem răspândit pe o arie largă a Europei, descinzând din Dreptul Roman.

Urmată de un drept compozit, prin recompunerea elementelor dispartate din "provinciile istorice" ale României Mari, având diferite origini și influențe determinate de zonele limoitorfe geografic și care s-au aflat sub diferite influențe ale sistemelor juridice, de la sud la nord și de la est la vest, după administrațiile statale tradiționale sau preluate din legislațiile vecinilor.

Momentul 1 Decembrie 1918 este punctul de plecare către reconsolidarea sistemului de drept românesc, ce se va aplica pe întregul teritoriu al ROMÂNIEI MARI, stat unitar național.

Ulterior, noua ideologie a deceniului trei al Secolului XX dominantă în unele state din Europa, va influența și sistemul de drept autohton, prin preluarea unor matrice de acte normative dictatoriale autoritariste, având ca justificare marea conflagrație mondială care a debutat cu un șir de atacuri injuste în diferite zone ale globului.

Cel e al doilea Război Mondial și axa Berlin – Roma – Tokio influențând și sistemul de drept național, prin adoptarea unor acte normative militariste, cu încălcarea unor acte juridice internaționale și caracterizată prin încălcări ale drepturilor și libertăților cetățenești pe criterii arbitrar.

Practic asistăm la o formă de "terorism de stat" îndreptat împotriva cetățenilor civili, culminând cu exterminarea unor grupuri "sociale" defavorizate sau a unor grupuri etnice, care devine un act legal, justificat de conjunctura mondială sau prin apariția unor teorii pseudo-științifice a raselor.

Ulterior datelor de 9 Mai 1945, de 6 August 1945 și de 9 August 1945, România Mare este sfârtecă și trecută într-o "sferă de influență" cu un sistem de drept mult diferit de Dreptul românesc străvechi și de cel vechi, adoptându-se acte normative care consacrau elemente ideologice, total străine de "sufletul românesc", care justifică "Statul de Democrație Populară" și rupe cu tradiția Dreptului românesc.

După 25 Decembrie 1989 se încearcă reînnoirea tradițiilor naționale și trecerea către o nouă formulă numită generic "Statul de Drept", care însă debutează printr-un simulacru de proces, urmat de "evenimente juridice" care nu aveau legătură cu un nou sistem de Drept, elemente străine conceptului de stat democratic.

Un alt moment, din "drumul sinuos" al Dreptului românesc contemporan, este 1 Ianuarie 2007, când România a aderat la Uniunea Europeană, ca membru cu obligații depline față de această construcție politico-economică, dar nu și cu drepturi depline.

În linii mari, acesta este "fundalul" pe care s-a proiectat întregul Drept românesc al ultimei sute de ani, cu sușuri și coborâșuri inerente unei țări aflate la intersecția intereselor unor puteri mondiale cu interese divergente de cele ale României.

Astăzi constatăm că dimensiunile complexe ale Dreptului din România și tendințele "centrifuge" cunosc în planul interpretării normei juridice în procesul de aplicare a dreptului, aspecte care în urmă cu două decenii nu erau previzibile, pe fondul globalizării relațiilor social economice și mondializării Dreptului, consecință directă a globalizării relațiilor economice mondiale.

* Doctor în științe juridice; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice "Academician Andrei RĂDULESCU" Departamentul de Drept Public "Vintilă DONGOROZ"; Avocat și Membru al Consiliului Baroului București; Membru în Consiliul director – Societatea Română de Criminologie și Criminalistică; Membru în Consiliul director al Asociației Române de Filosofie a Dreptului (Secția națională a Asociației Internaționale de Filosofie a Dreptului și Filosofie Socială); Membru – Asociația Română de Drept și Afaceri Europene; Membru – Asociația Română de Științe Penale; Membru al Asociației Române de Drept Umanitar; Cercetător științific – Centrul de studii și cercetări juridice și socio-administrative a Universității Petrol și Gaze – Ploiești; Membru asociat – Filiala Argeș a Comitetului Român pentru Istoria și Filosofia Științei și Tehnicii; Arbitru – Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României; Arbitru – Corpul de arbitri de pe lângă Oficiul Român pentru Drepturile de Autor; Arbitru și Supra-arbitru în arbitrajul profesional de la Baroul București Președinte al Comisiei de Etică și Disciplină a Federației Române de Șah. Profesor invitat – Universitatea Populară "Nicolae IORGA" – Valenii de Munte. Fost membru al Consiliului de Administrație al Filialei București a Casei de Asigurări a Avocaților din România; fost Președinte și membru al Comisiei de Cenzori a Filialei București a Casei de Asigurări a Avocaților; fost Președinte și membru al Instanței de Disciplină a Baroului București; e-mail: jfn_avocat@yahoo.com

România anului 2018 între tradiție și metamorfozele sistemelor juridice mondiale, trebuie să țină cont în procesul de interpretare a normelor juridice de regimul său "tripartit" determinat în mod obiectiv de apartenență ca membru fondator la Organizația Națiunilor Unite, ca membru la Uniunea Europeană și membru al alianței politico-militare N.A.T.O., cu consecințe asupra "primordialității" sistemului de Drept căruia i-ar aparține.

Studiul de față, face o trecere în revistă din perspectivă constituțională a evoluției interpretării normei juridice, ulterior prin alte studii vom dezvolta acest subiect generos și din perspectiva altor criterii; posibile analize teoretice din perspectiva *teoriei normei juridice*¹ sau din cea a evoluției dreptului și a exegezei legii², fără a neglija și alte dimensiuni ale evoluției dreptului.

II. Dimensiunile interpretării normei juridice din perspectiva

Constituțiilor României în perioada 1918 – 2018

Evoluția sistemelor constituționale din perimetrul românesc a determinat în mod major și elementele fundamentale ce au stat și stau la baza interpretării normei juridice în amplul proces de aplicare al legii.

Cronologic statul național modern a avut ca primă Constituție care a fost în vigoare la momentul 1 Decembrie 1918, Constituția adoptată la 1 Iulie 1866.

Ulterior, consacrând noile realități teritoriale de după 1 Decembrie 1918 a fost Constituția din 29 Martie 1923.

Evoluția statului prin trecerea la dictatura regală a avut la bază Constituția din 1938.

În perioada regimului autoritar militar, România a cunoscut o scurtă perioadă în care normele constituționale au fost teoretic suspendate.

Ulterior actului istoric de la 23 August 1944 este repusă în vigoare Constituția din 1923 pentru o scurtă perioadă de timp.

Ulterior, într-o perioadă istorică care a cunoscut mutații social-politice și economice rapide, avem trei Constituții, respectiv în anii 1948, 1952 și 1965 corespunzător unor etape economice și a unor schimbări pe plan internațional cu influențe determinante în domeniul interpretării normei juridice.

Ulterior după evenimentele din Europa anului 1989, la 8 Decembrie 1991 s-a adoptat prin referendum național o nouă Constituție, care în anul 2003 a fost modificată în concordanță cu perspectiva aderării României la Uniunea Europeană.

Astfel că, în perimetrul Statului Național România într-o scurtă perioadă istorică avem mai multe "regimuri constituționale".

Constituția din 1866 avea un text imperativ, anume Art. 34, cu următorul conținut:

"Interpretațiunea legilor cu drept de autoritate, se face numai de puterea legiuitoare."

Constituția din 1923 reia același text constituțional în Art. 36, cu un conținut identic.

Constituția din 1938, cunoscută și sub denumirea de Constituția Carol II, are un art. 31, cu un conținut compozit, între care se regăsește și un text cu referire la interpretarea legii:

"Puterea legislativă se exercită de Rege prin Reprezentațiunea Națională care se împarte în două Adunări: Senatul și Adunarea Deputaților.

*Regele sancționează și promulgă legile. Înainte de a i se da sancțiunea regală, legea nu e valabilă. Regele poate refuza sancțiunea. Nici o lege nu poate fi supusă sancțiunii regale, decât după ce va fi fost discutată și votată de majoritatea ambelor Adunări. Promulgarea legilor votate de ambele Adunări se va face prin îngrijirea Ministrului de Justiție care este și păstrătorul Marelui Sigiliu al Statului. Inițiativa legilor este dată Regelui. Fiecare din cele două Adunări pot propune din inițiativă proprie numai legi în interesul obștesc al Statului. **Interpretațiunea legilor cu drept de autoritate se face numai de puterea legiuitoare. Nici o lege, nici un regulament de administrațiune generală sau comunală nu pot fi îndatoritoare decât după ce se publică în chipul hotărât prin ele.**"*

Legile fundamentale ale statului român postbelic conțin și ele texte constituționale consacrate interpretării normelor juridice.

Astfel Constituția din 1948, stabilește în Art. 44. ca atribuție a *Prezidiul Marii Adunari Naționale a Republicii Populare Române*, la pct. 3, că: **"Interpretează legile votate de Marea Adunare Națională a Republicii Populare Române;"**.

Constituția din 1952, are o prevedere asemănătoare în Art. 37:

"Prezidiul Marii Adunări Naționale a Republicii Populare Române are următoarele atribuțiuni: ... c) interpretează legile în vigoare în Republica Populară Română; ..."

Desigur importanța interpretării normelor juridice, obligatorii în activitatea de aplicare a legilor, nu va fi omisă din prevederile Constituției Republicii Socialiste România, adoptată în anul 1965. Astfel, legea legilor stabilește în art. Art. 64 printre atribuțiile principale ale Consiliul de Stat:

"... 4. Dă legilor în vigoare interpretarea general-obligatorie; ..."

¹ Manolescu I. Mircea, *Teoria normei juridice*, Monitorul Oficial, 1946, București.

² Lungulescu I. N., *Evoluția dreptului și Exegeza legii*, Tipografia Românească, 1934, Timișoara.

... 6. **Controlează aplicarea legilor și hotărârilor Marii Adunări Naționale**, activitatea Consiliului de Miniștri, a ministerelor și a celorlalte organe centrale ale administrației de stat, precum și activitatea Procuraturii; ascultă dări de seamă ale Tribunalului Suprem și controlează deciziile sale de îndrumare; ...”.

Evident, după schimbările funcționale fundamentale consecință a evenimentelor din Decembrie 1989, Constituția adoptată prin referendumul din 8 Decembrie 1991 și ulterior modificările din anul 2003 apar alte dimensiuni în interpretarea normei juridice, fiind marcate profund de fenomenul globalizării relațiilor sociale și economice.

Epoca actuală cunoaște totodată fenomene anterior inexistente, determinate de o migrație fără precedent a unor mari grupuri de persoane care vin din zone cu sisteme juridice, morale și religioase mult diferite de sistemul european de gândire, astfel că în prezent suntem martorii unor mutații fără precedent în ultimile sute de ani pe teritorii întinse din Europa.

Astfel, avem

”Art. 11: *Dreptul internațional și dreptul intern*

Statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte.

Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern.”

Acest text trebuie să fie coroborat cu dispozițiile

”Art. 20: *Tratatele internaționale privind drepturile omului*

Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în corordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și celelalte tratate la care România este parte.

Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale.”

III. Perspective privitoare la interpretarea normei juridice în Dreptul românesc actual

Aspectele Statului de Drept reprezintă o preocupare constantă a societății contemporane, astfel a apărut noțiune de ”democrație participativă”³ total diferită de perioadele anterioare în care ”democrația” era concepută în mod static, ca un dat, numită în anumite perioade și ”democrație populară”.

Imediat după cel de al doilea război mondial, sub imperiul presiunii forțelor de stânga care controlau syndicatele în state ca Franța sau Italia și în Spania post franchistă, au renăscut ideile iluministe ale statului ”social” care printre altele se sprijinea exclusiv pe un sistem de drept și pe valori morale care aveau la bază ”doctrina” romano-catolică.

Astfel apare ”construcția europeană” actuală, ca un sistem economic care va determina latura socială și sistemele politice, implicit gândirea juridică materializată printr-un anumit sistem de Drept.

Încercări de unificare ale națiunilor Europei, care să preceadă statele moderne, au fost numeroase de-a lungul istoriei continentului nostru, a existat inițial un impediment determinat de varietatea multilingvistică și multiculturală⁴, la care a concurat și diferența dintre economiile naționale și resursele economice. Aceste diferențe au condus la numeroase conflicte armate regionale sau continentale, care în prezent – fără a fi dispărut potențiale primejdii – printr-un sistem de acte juridice internaționale s-a ajuns la această construcție numită Uniunea Europeană.

Din punctul de vedere al ideilor filosofiei juridice care fundamentează dreptul Uniunii Europene nu există diferențe majore în statele numite non U.E. din Europa sau din lume, fiindcă au la bază sistemul de gândire al ”epocii iluministe” care stă la temelia statelor dezvoltate din punct de vedere cultural⁵. Totodată subliniem că actuala ”construcție europeană” trebuie să facă față unei puternice influențe determinate de ”criza refugiaților” care din perspectiva valorilor etico-juridice are alte dimensiuni, spre exemplu dinspre cele ale relațiilor de familie și ale devoluțiunii successorale ori a celor care se raportează la alte valori cetățenești raportate la cultura tradițională care a cunoscut alte evoluții istorice.

Pentru o evaluare științifică a procedeele de interpretare unitară a normelor juridice, chiar și din perspectivă constituțională, ar fi trebuit ca noțiunile juridice să fie cel puțin echivalente în spațiul comunitar, adică fiecare ”termen juridic” să poarte aceeași încărcătură ”istorică” și chiar etimologică⁶.

Trecerea bruscă de la un sistem juridic la unul diferit de cel anterior, dar ambele rupând tradițiile de etnologie juridică și de antropologie juridică națională sunt de natură a aduce dezvoltarea în salturi a societății umane, ceea ce face ca mentalitatea socială să adopte cu reticență sisteme de drept diferite de ”cel în care s-a născut” sau în care s-au născut părinții actualilor ”cetățeni europeni”.

³ Ciongaru Emilian, *Participatory democracy – connotation in the rule of law* (Democrația participativă – conotație în Statul de drept), în Administrația Publică în Europa celor 28 – Dimensiune juridică și managerială, Editura Universitară, București, 2014, pag. 153 și urm.

⁴ Inclusiv sistemul religios dominant din diferite state ale Europei.

⁵ Ciongaru Emilian, *Juridical and philosophical considerations, in public law, on the concept of liberty and concept of constraint* (considerente juridice și filosofice, în dreptul public, privind conceptul de libertate și conceptul de constrângere), în Tendințe actuale în dreptul Public – Abordare juridică și filosofică, Editura Universitară, 2014, București, pag. 127 și urm.

⁶ Craiovan Ion, *About the status of legal knowledge: Legal doctrine and/or legal science ?* (Despre statutul cunoștințelor juridice: doctrină juridică și/sau știință juridică ?) în Revue Europene du Droit Social, Supliment Editura Bibliotheca, Târgoviște, 2015, pag. 92

”Transplanturile” concepțiilor ideologice de la dreapta la cele de stânga nu au fost niciodată benefice statului nostru național unitar. Astfel ”reforme” au fost abandonate și de fiecare dată se reia totul de la început. Spre exemplu Virgil Madgearu ilustru economist, propovăduia ”*statul național țărănesc*” iar o parte din ”*aliații*” care îi împărtășeau ideile, la 27 Noiembrie 1940 l-au ucis în pădurea Snagov, înainte cu câteva ore de uciderea prof. Nicolae Iorga care împărtășea altă ideologie.

Într-o perioadă istorică extrem de scurtă perimetrul numit ”spațiul românesc” sau ”spațiul național” al României ultimilor 100 de ani, a cunoscut influențe determinante a unor sisteme de drept diverse, în care interpretarea normei juridice din perspectiva Constituției nu a reprezentat o constantă dar nici o evoluție fericită.

”... România a avut de suferit veacuri de-a rândul⁸ ...” din cauza schimbărilor constituționale și a legilor.

Desigur, aplicarea sistemului numit ”*Dreptul Uniunii Europene*” este un sistem dinamic și modern la acest moment, însă România nu trebuie să accepte existența unei ”*Europe cu două viteze*”, fiindcă avem experiențele trecute. Să nu amintim decât că românii din Principatele Unite care studiau în special în Franța sfârșitului de Secol XIX și a începutului de Secol XX primeau așa zisele ”Diplome” cu mențiunea ”*Bon pour Orient*”⁹

Nu trebuie să uităm eforturile înaintașilor noștri pentru existența unei legislații naționale unitare, care au cultivat tradițiile¹⁰ Dreptului românesc.

Academicianul Andrei Rădulescu sublinia cu toate ocaziile ”că nu este de prisos ... să vorbim din nou de cod¹¹, ...”. Evocând cu mândrie trecutul Curții de Casație¹² în numeroase lucrări și comunicări științifice, instituție pe care a și condus-o cu competență ca și perioada în care a condus Academia Română.

IV. În loc de concluzii

Succinta trecere în revistă a ”evoluei sistemelor constituționale¹³” cu incidență asupra interpretării normei juridice reprezintă o analiză absolut necesară în fundamentarea teoretică în amplul proces de cunoaștere a esenței legilor aplicabile în evoluția aplicării legii în timp din perspectivă a legii fundamentale ale Statului Român.

Normele constituționale sunt fundamentale în interpretarea normei juridice și reprezintă cadrul general de delimitare a valorilor social-economice a sistemului de valori socio-morale raportate la un sistem matricial determinat.

Constituția este Legea-legilor sau Legea fundamentală, reprezentând expresia trăsăturilor definitorii a societății naționale la un anumit moment istoric.

⁷ Madgearu Virgil, *Românizarea vieții economice și utilizarea tineretului în statul național – țărănesc*, Editura ”Bucovina”, I.E. Toronțiu, București, 1937.

⁸ Tufescu Victor, *Rolul economic al României în cadrul Europei noi*, extras din *Lucrările Institutului de Geografie al Universității Regele Ferdinand I din Cluj*, la Timișoara, vol. VII, 1942, pag. 3.

⁹ Bun pentru Orient. Adică pentru cetățenii din statele europene de est.

¹⁰ Possa Mircea, ”*După opzeci de ani de aplicare a Codului Civil*”, Tipografia Curierul Judiciar, București, 1946, pag. 3 ; Procuror General al Înaltei Curți de Casație și Justiție, Discurs cu ocazia deschiderii anului judecătoresc 1946.

¹¹ Rădulescu Andrei, *Codul nostru civil în anii 1925 – 1945*, Academia Română, M. Oficial, 1946, pag. 2.

¹² Rădulescu Andrei, *Din trecutul de 80 de ani al Curții de Casație*, M. oficial, 1943.

¹³ Expresie folosită de regretatul Prof. univ. dr. Mihai T. Oroveanu.

CÂTEVA REFLECȚII PRIVIND CONSOLIDAREA ȘI EFICIENTIZAREA SISTEMULUI JUDICIAR

Andrei CONSTANTIN*

Abstrat: *Within the judiciary, legislative reform measures are a priority in making the whole activity more efficient. A stable and predictable regulatory framework is an indispensable requirement for increasing the quality of justice in general. Legislative and institutional reforms must be coupled to lead to irreversible guarantees in ensuring full independence and impartiality.*

Keywords: *Legislative reform; stability; predictability; independence; impartiality; unitary practice.*

I. Aspecte preliminare generale

Sistemul judiciar românesc a parcurs un amplu proces de reformare, atât în plan legislativ cât și instituțional – fapt ce a impus îndeplinirea unor cerințe, condiții și termene pe care țara noastră și le-a asumat a le îndeplini prin Acordul european de asociere¹. Măsurile de reformă ce au survenit în perioada postaderării, au vizat și vizează atingerea unor obiective și exigențe impuse de Comunitatea europeană, respectiv îndeplinirea recomandărilor făcute de Comisia europeană.

Începând cu 01 ianuarie 2007 – data aderării țării noastre la Uniunea Europeană, a fost instituit și Mecanismul de Cooperare și Verificare (MCV)² al cărui scop prioritar constă în remedierea deficiențelor sistemului judiciar în ansamblu și pentru combaterea corupției.

Prin rapoartele întocmite de către Comisia europeană, au fost prezentate o serie de evaluări ale rezultatelor măsurilor de reformă în vederea remedierii unor deficiențe – sens în care s-au făcut multiple recomandări.

În cei zece ani de monitorizare, Comisia a urmărit progresele înregistrate în atingerea unor obiective majore, precum: independența și eficientizarea sistemului judiciar, integritatea și lupta împotriva corupției. Potrivit Comisiei, în Raportul din 25 ianuarie 2017 se subliniază necesitatea unei combinări a măsurilor legislative cu cele instituționale precum și faptul că, acestea ”pot fi evaluate pe deplin numai verificându-se dacă efectele lor sunt resimțite în practică”.

Nu în ultimul rând, acestea să fie ireversibile. Adică, să aibă o dinamică pozitivă susținută, să înregistreze progrese constante, sustenabile / consolidate.

De subliniat faptul că, în cadrul Mecanismului de Cooperare și Verificare, nu au fost impuse nici termene, nici ce reglementări sau coduri să adoptăm, ci doar atingerea unor standarde și obiective, în acord cu legislația și normele europene.

Exemplificăm câteva din recomandările constante ale Comisiei europene:

- transparență;
- previzibilitate;
- responsabilizare;
- eficientizarea activității aparatului judiciar în ansamblul său;
- creșterea calității înfăptuirii actului de justiție;
- practică unitară;
- independență și imparțialitate;
- creșterea responsabilității sistemului judiciar în general și a responsabilizării magistratului în particular;
- combaterea corupției la toate nivelurile;
- garantarea dreptului la apărare;
- celeritate în soluționarea cauzelor;
- stabilitate legislativă, ș.a.

* Cercetător științific gr.III la Institutul de Cercetări Juridice ”Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: andrei.constantin.avocat@gmail.com

¹ În luna decembrie 1991 au început la București discuțiile cu experții comunitari asupra acestui acord, încheiat la 17 noiembrie 1992.

² În privința acestui mecanism, au fost exprimate – atât în spațiul public și nu numai, mai multe puncte de vedere critice – între care:

- faptul că instituirea mecanismului s-a făcut într-un mod discriminatoriu, acesta neaplicându-se și celorlalte state membre – ci doar României și Bulgariei ?!..

- pe de altă parte, acest mecanism a fost caracterizat a fi mai mult de ”verificare” și mai puțin de ”cooperare”, iar rapoartele de țară întocmite nu au reflectat întotdeauna cu fidelitate și întrutotul realitățile românești;

- chiar dacă progresele României au fost evidențiate în rapoartele întocmite, invocarea necesității intensificării luptei împotriva corupției, nu a lipsit niciodată.

II. Scurtă radiografie a sistemului judiciar

Întregul proces legislativ ce a fost adoptat în acest domeniu, a constituit o prioritate în cadrul strategiei naționale de reformă și reprezintă o necesitate ce decurge în primul rând din însăși opțiunea țării noastre, iar pe de altă parte a devenit o obligație asumată prin Acordul european de asociere.

Măsurile de reformă ce au fost întreprinse au avut drept scop nu numai atingerea unor standarde și obiective asumate, ci deopotrivă îmbunătățirea legislației în ansamblul ei, inclusiv în plan instituțional, a cadrului organizatoric și funcțional care să conducă în final la eficientizarea întregii activități.

România a parcurs un amplu proces de reformare în direcția atingerii acestor standarde, exigențe și principii impuse de comunitatea europeană și în strict acord cu convențiile europene și internaționale pe care țara noastră le-a ratificat, cu exigențele Consiliului Europei și ale CEDO.

Putem spune că au survenit astfel modificări importante și de substanță în toate componentele sistemului judiciar – fapt ce a condus la obținerea multor rezultate notabile.

Nu ne-am propus a face nicio exemplificare în acest sens, dat fiind faptul că, practica judiciară a relevat deopotrivă multiple deficiențe la nivelul întregului sistem – multe semnalate inclusiv în rapoartele anuale întocmite de Comisia europeană.

Vom puncta așadar doar aspecte care pun în evidență cauze și neajunsuri constatate în aplicarea unor măsuri de reformă, și nu în ultimul rând, unele vulnerabilități de natură a constitui pericole reale la adresa statului de drept, a democrației³.

Prin exemplificările ce le vom face, vor rezulta și propuneri de lege ferenda, altele le vom face în mod direct.

De subliniat mai întâi faptul că, strategia de reformă a sistemului judiciar în ansamblul său, măsurile întreprinse nu s-au dovedit a fi satisfăcătoare, neatingându-se toate obiectivele propuse sau impuse și nici rezultatele scontate.

Așa cum am menționat, nu toate acestea au fost semnalate în mod concret atât de Comisia europeană, de magistrați, asociațiile profesionale, reputați juriști, dar în primul rând practica judiciară a reflectat multiple disfuncționalități și carențe.

Nici la nivelul percepției populației, lucrurile nu stau diferit. Ceea ce este mai grav, dincolo de controverse – mai mult sau mai puțin justificate, constă în slăbirea încrederii în actul de justiție, în instituții, în sistemul judiciar și al respectului față de lege.

Aceste neîmpliniri se datorează unei palete mai largi de cauze, între care de amintit - cadrul legislativ – care ocupă un loc central pentru toate palierele sistemului (instituțional, structural, organizațional, funcțional).

a) Cu privire la cadrul legislativ

➤ Pentru multe reglementări, nu s-a manifestat o voință politică în înfăptuirea unei reforme reale, începând cu strategia națională, dar și cu modul de adoptare a textelor de lege.

➤ Sub pretextul necesității măsurilor de reformă, a urgenței⁴, s-au adoptat în grabă ori nejustificat – multe reglementări și texte de lege deficitare sub multiple aspecte, atât în privința conținutului cât și oportunității acestora. Alteori, legi importante au fost fie ”uite”, iar altele votate de urgență sau ”la pachet” prin asumarea răspunderii, netransparent, fără dezbateri ori consultări prealabile.

➤ În susținerea unor interese politice, economice, fie de grup ori individuale, au fost elaborate și adoptate reglementări efemere, care nu au vizat nimic altceva decât atingerea acestor interese și nicidecum îmbunătățirea cadrului legislativ care să conducă la o eficientizare a sistemului.

➤ Nu de puține ori s-au făcut schimbări legislative în mod nejustificat, fără ca acestea să constituie oportunitate, care nu au reclamat urgență ori care să fi fost impuse de Comisia europeană.

➤ Multiple modificări legislative s-au făcut conjunctural și fragmentat, ceea ce a îngreunat o corelare a legislației în ansamblul său.

➤ Pe de altă parte, multiple carențe ale cadrului legislativ⁵ a creat o serie de efecte în dezacord cu scopurile avute și care în final au condus la o practică judiciară neunitară.

➤ Acest lucru se datorează în principal incoerenței, instabilității și imprevizibilității, dar și calității reglementărilor.

Referitor la acest aspect, se cuvine a menționa:

- mecanismele defectuoase de elaborare a textului;
- ignorarea dispozițiilor privind tehnica legislativă⁶ și de sistematizare a actelor normative;

³ A se vedea pe larg, Sofia Popescu, *Probleme ale existenței contemporane ale statului de drept. Pericole care îl amenință. Concretizări și aprofundări*, în *Statul de drept în dezbaterile contemporane*, Editura Academiei Române, București, 1998, pp.146-160.

⁴ Exemplificăm pretinsa necesitate și ”urgență” a revizuirii Constituției, a Regionalizării, ș.a. – subiecte care astăzi nu mai sunt ”urgente”, fiind uitate și despre care nu se mai vorbește.

⁵ La scurt timp după adoptarea și intrarea în vigoarea unor texte de lege, s-a constatat neconstituționalitatea acestora și în urma cărora au urmat nelipsite ordonanțe de urgență, modificări, completări, metodologii, norme, instrucțiuni, regulamente – multe contradictorii ori care au denaturat textul inițial.

⁶ A se vedea Legea nr. 24/2000.

- nerespectarea normelor de codificare;
- reguli specifice obligatorii și particularități de care nu s-a ținut cont;
- texte defectuoase, lipsite de rigoare;
- terminologii nespecifice domeniului juridic, uneori în dezacord și cu limba română.

Toate acestea au creat confuzii, contradicții, ambiguitate și multe dificultăți în aplicare.

➤ Mai mult, excesul de legiferare și instabilitatea reglementărilor, inconsecvența - au bulversat întreaga lume juridică.

b) Sub aspect instituțional

Organizarea și funcționarea aparatului judiciar și nu numai, al oricărei instituții în general – pornește și depinde în primul rând tot de la cadrul de reglementare a activității, în afara instrumentelor de lucru legislative ce-i sunt puse la dispoziție, de calitatea acestora.

Prin urmare se impune stabilirea unor legi de organizare și funcționare clare la nivelul fiecărei instituții ale sistemului, în care să se regăsească:

- atribuții și competențe precise;
- criterii obiective de selecție, numire și promovare a factorului uman, după competențe și nu după algoritm politic;
- mecanisme de control și sancționare eficiente.

De subliniat și faptul că, multiplele disfuncționalități în plan legislativ și-au pus amprenta inclusiv în funcționarea instituțională.

Se constată, din păcate, o accentuare a unor tendințe și practici de instrumentalizare a dreptului, ingerințe și influențe în sensul creării a tot felul de structuri instituționale (Comisii, Agenții, Consilii), cu competențe și atribuții paralele aparatului judiciar⁷.

Substituirea și preluarea unor competențe ale aparatului judiciar de către astfel de organisme, contravine dispozițiilor constituționale și sunt de natură a deveni ”instrumente politice”, ce reprezintă un pericol grav la adresa stului de drept.

Extinderea criteriilor arbitrare de selecție și numire a factorului uman la conducerea unor instituții importante și la baza cărora nu stă competența – ci clientelismul politic, de asemenea reprezintă derapaje ce afectează grav bună funcționare a acestora.

Nu în ultimul rând, se poate constata o accentuare a cazurilor de încălcare și nerespectare a hotărârilor judecătorești și a dispozițiilor legale, lipsa sancțiunilor ori aplicarea arbitrară a acestora, nerespectarea termenelor legale și a celor procedurale, imixțiuni între puterile statului – fapt ce afectează echilibrul și separația acestora.

III. Concluzii și propuneri

Din succinta prezentare, apreciem că s-ar impune în cadrul reformării și eficientizării sistemului judiciar, următoarele:

♦ În primul rând, o regândire a strategiei și măsurilor de reformă în acord cu efectele reflectate de practica judiciară.

♦ Angrenarea specialiștilor în procesul legislativ, a practicienilor direct implicați, într-un mod transparent și prin dezbateri reale.

♦ Obligatorietatea studiilor de impact pentru legile organice în faza de elaborare și verificarea textelor privind constituționalitatea, înainte de intrarea lor în vigoare.

Același lucru îl putem spune și în privința expunerilor de motive din care să reiasă clar oportunitatea și necesitatea unor reglementări.

♦ Înlăturarea ”algoritmului politic” la nivel instituțional și elaborarea unor criterii de competență și selecție obiectivă – la baza cărora să primeze competiția, performanța și nu ”clientelismul politic”.

♦ Clarificarea problemei privind poziția și rolul Ministerului Public, respectiv al procurorului în cadrul puterii judecătorești.

♦ Creșterea competenței Consiliului legislativ în elaborarea textelor de lege. Conferirea acestei instituții prerogative decizionale, cel puțin în privința tehnicii legislative și sistematizării legislației.

♦ Eliminarea oricăror ingerințe și criterii de selecție, numire și promovare arbitrară a magistratului – inclusiv în componența și organizarea C.S.M.

⁷ Să ne amintim de fostul Parchet Național Anticorupție (P.N.A.), de ”Comisia de avizare a cercetării unor foști și actuali demnitari”, etc.

SUVERANITATEA - EVOLUȚIE CONCEPTUALĂ ÎN CONTEXTUL ADERĂRII LA UNIUNEA EUROPEANĂ

Emilian CIONGARU, Mihail NIEMESCH***

Abstract: *The sovereignty of the people can remain a simple fiction when the people as a whole do not become aware or not aware of the complete and complex role they have as the sole sovereign title holders of the right of state power.*

In the chronology of international stages, sovereignty was understood to be the quality of not being the object or "subject" to any other matter of law. It therefore presupposes the independence of the state and the fullness of its competences in the sphere of international relations.

Keywords: *sovereignty, European construction, the Treaty of Lisbon*

Suveranitatea ca trăsătură a puterii de stat, se exprimă în sensul acesteia de a se organiza și exercita, de a-și stabili și rezolva problemele interne și externe în mod liber și conform voinței sale, fără nici o imixtiune, respectând suveranitatea altor state precum și normele dreptului european și internațional.

Suveranitatea poporului poate să rămână o simplă ficțiune în condițiile în care poporul, în ansamblul său, nu devine sau nu este conștient de rolul complet și complex pe care îl are ca unic titular suveran al puterii de stat.

O asumare dar și o exercitare a acestui rol de către popor presupune nu numai dreptul său de a participa la conducere, care de fapt este un aspect esențial al democrației dar și îndatorirea fundamentală de a realiza o prosperitate socială, economică însoțite de o dezvoltare culturală care să-i asigure acea libertate de care are nevoie pentru a-și îndeplini obligațiile și îndatoririle cetățenești.

Din această perspectivă statul are scopul de a concretiza așteptările sociale ale poporului, cerințele formulate de diverse grupuri sau categorii sociale în decizii de exercitare a puterii de stat.

Chiar dacă, în ceea ce privește conceptul de suveranitate, acesta constituie obiect al dezbaterilor încă din Evul Mediu, fără însă ca utilizarea conceptului de suveranitate, în această perioadă, să aibă aceiași semnificație politico-juridică cu ceea ce înțelegeau medievalii prin sensul etatic al noțiunii.

Carré de Malberg nota, de altfel, că, în perioada medievală, termenul de suveranitate designa mai degrabă, comparativ utilizat, un anumit nivel al Puterii¹. Fie ca adjectiv (predicat al unei noțiuni), fie ca substantiv, suveranitatea, conceptul de suveranitate expresionează o anumită Putere ce nu admite o altă Putere superioară în raport cu sine. Astfel, în Cutumiarul de Beauvaisis, Beaumanoir, juristul ce redactase culegerea în discuție, adnotând, afirma că „Dumnezeu deține această calitate de suveran ca părinte suveran², calitatea de suveran al ființei divine reprezentând modelul teologic al calității politice de suveran. Nu de puține ori se cita, în literatura juridico-politică medievală, preceptul „fiecare baron este suveran în baronia sa; regele este însă suveran peste toți în baronia sa”³.

Așadar, conceptul de suveranitate traduce, noetic, un imperativ exclusiv ce exprimă o relație ierarhică, chiar dacă, în Evul Mediu, orice baron reclama o egalitate de putere cu monarhul, relația de vasalitate neexcluzând permanenta dispută dintre baron și monarh, ținând cont de prerogativele de care se bucură, sub aspectul de ius gladii, orice feudal.

Destul de controversat, conceptul de suveranitate, din perspectiva impunerii și a configurării sale istorice, presupune cel puțin două conotații de natură a determina o polemică activă și permanentă în literatura de specialitate - o simplă afirmație și un concept politico-juridic.

Atitudinea destul de ambiguă pe care constructivitatea europeană a avut-o față de conceptul de „suveranitate” a avut ca început, de la scopul de a depăși conflictele europene prin promovarea, într-o primă fază, a unei oarecare interdependențe economice în domeniul destul de delicat cu privire la suveranitatea statului, cu privire la direcția capacității de acțiune, cum au fost la început cauzele și motivele, baza materialelor prime ale războiului tocmai ce se îcheiase.

În cronologia etapelor internaționale, suveranitatea a fost înțeleasă ca fiind acea calitate de a nu fi subiectul sau „supusul” niciunui alt subiect de drept. Ea presupune deci independenta statului și plenitudinea competențelor sale în sfera relațiilor internaționale.

* Conf.univ.dr. , Universitatea "Bioterra", București; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române; e-mail: emilian.ciongaru@yahoo.com

** Lect. univ. dr. Facultatea de Drept, Universitatea "Titu Maiorescu" București; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: avocatniemesch@yahoo.com

¹ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I, Paris, ... , p. 74.

² H. Quartisch, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffes in Frankreich und Deutschland vom 13. Jb. bis 1806*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1986, p. 33.

³ *Coutumes* (rééd. A. Salmon), tome 2, Paris, 1899, no. 1043, 23- 24.

Pe plan intern suveranitatea este definită de doctrina constituționalistă drept caracter suprem al puterii statale, acest lucru făcând din suveranitate un criteriu definitoriu al statului.

Într-o lucrare de specialitate se definește⁴ europenizarea ca fiind procesul de transcendență a granițelor statului național în urma căruia a rezultat un proces de „de-diferențiere” a formelor de organizare statală. Cu alte cuvinte europenizarea s-a dorit a fi un proces de permisivitate sporită sau/și de slăbire a granițelor externe ale sistemelor teritoriale, în particular a statului național.

O serie de autori au argumentat faptul că suveranitatea statului național este stîrbită de procesul de integrare a statelor membre în Uniunea Europeană iar procesul de europenizare face ca regiunile și orașele să aibă o oarecare capacitate de a se elibera de constrîngerile și ierarhiile sistemelor politice naționale, în sensul în care detin mai multe resurse, mai multă legitimitate și spațiu de manevră la nivelul guvernaării europene, și, implicit, la nivelul relației cu statul național.

Uneori, pentru a desemna „puterea de stat” se utilizează termenul de „suveranitate”. Numeroase constituții și documente internaționale nu echivalează noțiunea de „suveranitate” cu cea de „puterea de stat”, ci o consideră un atribut al „poporului” sau al „națiunii”. Deseori însă „suveranitatea” este utilizată pentru a sublinia calitatea supremă a puterii de stat.⁵

Suveranitatea este dreptul statului de a conduce societatea, de a stabili raporturi cu alte state. În acest sens suveranitatea poate fi de două feluri:

Suveranitatea internă subliniază faptul că în interiorul statului nici o altă utere socială nu este superioară puterii statului. acest aspect al suveranității este numit și supremația puterii de stat.

Suveranitate externă – însușirea autorităților publice de a reprezenta statul în raporturile sale cu alte subiecte de drept internațional în condiții de egalitate și fără vreun amestec din afară. Se manifestă în dreptul de a încheia convenții și tratate internaționale, de a trimite și a primi reprezentanți diplomatici.

Conceptul de suveranitate este corelativ cu conceptul de stat. Un stat nu există, sau cel puțin nu este perfect dacă îi lipsește suveranitatea. Așa zisele state semisuverane, state sub protectorat sau state vasale reprezintă figuri imperfecte de stat.

Statele membre întretin relații externe cu U.E., ca și în cazul oricărei alte organizații, guvernate de dreptul internațional, dar au, în plus, și relații institucionale - cărmuite de dreptul comunitar (care este dreptul intern al U.E.); statele membre se raportează astfel, la două ordini juridice. Ca urmare a participării lor într-o organizație internațională cu caracter suprastatal, statele membre ale U.E. și-au asumat o serie de angajamente cu repercusiuni asupra întinderii suveranității lor de stat; un tablou cât de cât ilustrativ cu privire la atributele de suveranitate pe care nu le mai exercită a fost prezentat mai sus; precizăm că nu este vorba de simpla asumare de către statele membre a unor îndatoriri oarecare (care este normală pentru orice stat membru), ci de o subordonare a lor care, trebuie să-i spunem pe nume, reduce esențialmente din suveranitate și le aduce la un statut de state cu suveranitate limitată, chiar dacă virtual, aceasta ar putea redeveni completă (în cazul retragerii din U.E.).

Mai întâi de toate, statele membre coexistă cu U.E. în viața internațională; ea a devenit, alături de statele sale membre, un subiect de drept internațional; chiar dacă se prezintă ca o asociere de state - organizație internațională, ea este o uniune de state constituită cu atribute statale, o entitate mult mai încheagată, complexă și mai puternică, cu o pondere mai mare în raporturile cu statele membre, dar și cu o influență sporită în viața internațională, U.E. având alte dimensiuni și impact general; statele membre sunt subsumate U.E. și rămân în umbra ei (la unele tratate, U.E. este parte în numele lor).

Ca atare, U.E., prin competențele care i s-au acordat, aflându-se uneori, alături sau în competiție, iar alteori, chiar în locul statelor sale membre; în cazul în care își exercită competențele exclusive, apare ca partener de prim ordin și cu un ascendent.

Se produce astfel, un raport de diminuare invers proporțional: existentă și extinderea activității U.E. implică în mod inevitabil, o reducere a jurisdicției naționale, inclusiv a dimensiunii internaționale a statelor membre (devin state cu un statut special); sfera domeniilor de reprezentare, la care participă, întinderea activităților desfășurate, existentă și ponderea în influențarea (inclusiv în stabilirea ordinii de drept) se reduce în mod corespunzător; sfera participării statelor membre ale U.E. la viața internațională în ansamblul ei, este în mod indubitabil îngustată și dirijată spre zona mai puțin importantă a politicii internaționale.

Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene⁶

⁴Stefano Bartolini, *A Comparative Approach to the EU Formation*,

⁵Drăganu T., *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Lumina Lex 2000, p. 204.

⁶A se vedea pe larg, Mihail Niemesch, *Teoria Generală a dreptului*, ediția a 2-a, Ed. Hamangiu, București 2016, pp.219-226.

Semnat la 13 decembrie 2007, la Lisabona, acest nou tratat este un tratat prin care statele membre recunosc de comun acord că tratatele existente nu îi ofereau Uniunii Europene instrumentele de care avea nevoie pentru a face față noilor provocări și pentru a înfrunta schimbările.

- Tratatul de la Lisabona modifică și actualizează tratatele Uniunii Europene anterioare;
- simplifică și eficientizează procesul decizional european;
- asigură protecția drepturile prin Carta drepturilor fundamentale;
- consolidează rolul Parlamentului European și acordă noi puteri parlamentelor naționale;
- acordă personalitate juridică Uniunii;
- asigură mai multă coerență pe plan extern prin crearea postului de Înalt Reprezentant al Uniunii pentru Afaceri Externe și Politică de Securitate;
- protejează drepturile fiecărui stat membru, în special în domenii sensibile, precum fiscalitatea și apărarea.

După cum arată profesor Camelia Toader, respingerea Tratatului Constituțional prin referendum în unele state membre ale Uniunii Europene nu reprezintă o încetare a procesului de constituționalizare a dreptului Uniunii Europene, fiind vorba de un proces cuprinzător, a cărui origine se află în natura însăși a dreptului comunitar (actualmente, al Uniunii Europene-n.a.), iar discuțiile de la Lisabona pe marginea unui Tratat de reformă sunt doar etapa cea mai recentă a unei evoluții care nu a fost una lineară și care este probabil să continue în viitor.

Constituționalizarea vieții politico-juridice comunitare (actualmente, a Uniunii Europene-n.a.) se datorează în mare măsură jurisprudenței Curții cu privire la echilibrul instituțional și la delimitarea competențelor pe orizontală, între instituțiile comunitare (actualmente, ale Uniunii Europene-n.a.), și pe verticală, între Comunitate (actualmente, Uniunea Europeană-n.a.) și statele membre. În controlul judiciar exercitat, Curtea s-a raportat la dreptul primar ca la o adevărată cartă constituțională, prin interpretarea dată acestuia ea anticipând și determinând de multe ori reforme ulterioare ale tratatelor. Democratizarea și transparența instituțională atinse între timp la nivel comunitar sunt și rezultatul activității Curții.⁷

Potrivit opiniei regretatului profesor Victor Duculescu⁸, elemente noi și deosebit de importante în ceea ce privește constituționalizarea dreptului Uniunii Europene au fost aduse de Tratatul de la Lisabona, dintre care enumerăm câteva:

- Primul Protocol cu privire la rolul parlamentelor naționale în cadrul Uniunii Europene consacră principiul, potrivit căruia toate proiectele de acte legislative adresate Parlamentului European și Consiliului se transmit parlamentelor naționale, care pot elabora un aviz motivat privind conformitatea acestora cu principiul subsidiarității;
- Cel de-al doilea Protocol, referitor la aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității, prevede motivarea tuturor proiectelor de acte legislative, în raport de principiul subsidiarității și proporționalității;
- Se constată și unele dispoziții noi, care denotă luarea în considerare a unor interese și elemente naționale specifice. Astfel, potrivit prevederilor noului tratat, între 1 noiembrie 2014 și 31 martie 2017, în cazul în care membrii Consiliului reprezentând:

- a) cel puțin trei sferturi din populație, sau
- b) cel puțin trei sferturi din numărul statelor membre, necesare pentru a constitui o minoritate de blocare, anunță opoziția lor la adoptarea unui act de către Consiliu cu majoritate calificată, Consiliul va delibera asupra problemei în cauză, urmărindu-se ajungerea, într-un termen rezonabil și fără a aduce atingere limitelor obligatorii de timp stabilite de dreptul Uniunii, la o soluție satisfăcătoare, care să răspundă îngrijorărilor exprimate de membrii Consiliului care au constituit minoritatea de blocaj.

În opinia profesorului Jean Paul Jacque, chiar dacă reține esențialul din reformele aduse prin Constituția Europei, Tratatul de la Lisabona marchează o întoarcere la procesul tradițional de revizuire a tratatelor, în funcție de voința de „deconstituționalizare” manifestată de statele membre.

În cadrul procesului de „deconstituționalizare” care a caracterizat negocierea Tratatului de la Lisabona a părut dificil de păstrat termenul de „lege” care era marcat de o conotație prea etatică. S-a revenit la vechea clasificare a actelor, dar termenul de „procedură legislativă” a fost păstrat pentru a face referire la procesul de elaborare a actelor. Singura modificare față de vechea clasificare constă într-o modificare a sensului noțiunii de „decizie”. În Tratatul Comunității Europene, decizia este un act individual adresat unui destinatar identificat (unul sau mai multe state membre, unul sau mai mulți particulari). Noțiunea conservă acest sens în Tratatul de la Lisabona, dar categoriei de decizii individuale i se adaugă deciziile cu vocație generală.

Procedura codecizei constituie procedura legislativă ordinară care se aplică în cele mai multe cazuri, iar prin derogare, Tratatul de la Lisabona prevede și utilizarea procedurilor speciale.⁹

⁷ Camelia Toader, *Constituționalizarea dreptului comunitar. Rolul Curții de Justiție a Comunităților Europene*, în *Revista Română de Drept Comunitar*, nr. 2/2008, Sursa Internet, site-ul www.clr.ro

⁸ A se vedea, Victor Duculescu, *Câteva considerații în legătură cu „internaționalizarea” Dreptului constituțional și „constituționalizarea” Dreptului internațional*, în *DREPTUL mai presus de toate (ubi societas, ibi ius)*, Editura Junimea Iași, 2008, p. 96-109.

⁹ A se vedea, Jean Paul Jacque, *Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière*, în *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, juillet-septembre 2008, Dalloz, Paris, 2008, p. 439-484.

Importanța acestui tratat nu trebuie neglijată, atâta timp cât acesta preia aproape în întregime dispozițiile din Tratatul constituțional, chiar dacă unele texte preluate au fost reformulate sau au fost interpretate într-o manieră mai precisă.

Potrivit opiniei autorului Andrei Popescu „Din perspectiva traducerii în limba română a denumirii, Tratatul de la Lisabona este, după caz, tratat de modificare (limba franceză) sau tratat reformativ (limba engleză). Deși cei doi termeni pot fi considerați sinonimi, în realitate, pe fond, în opinia noastră, Tratatul de la Lisabona le realizează deopotrivă, pe amândouă: modifică tratatele Uniunii Europene, dar reformează și instituțiile Uniunii Europene.”¹⁰

În baza noului art. 6 TUE, Uniunea aderă la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale.

Tratatul de la Lisabona a fost ratificat de Parlamentul României la 4 februarie 2008, România devenind al patrulea stat membru al Uniunii Europene care a ratificat Tratatul.

Raporturile dintre dreptul internațional, dreptul Uniunii Europene și dreptul intern.

Particularitățile raportului dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul internațional sunt justificate și de faptul că, prin crearea Comunităților Europene, respectiv a Uniunii Europene, statele membre au înțeles să transfere inițial acestora și ulterior acesteia, competențe exclusive sau comune, autolimitându-și suveranitate și dând naștere unei noi ordini juridice.

Dreptul internațional public, pe de o parte, și dreptul intern, pe de altă parte, reprezintă sisteme normative distincte, acționând diferit, având obiecte diferite de reglementare și un mod de formare propriu.

Pe parcursul timpului au apărut două teorii care s-au referit la raportul dintre dreptul internațional și dreptul intern. Astfel, doctrina cuprinde pe de o parte **teoriile moniste** care consideră că dreptul intern și dreptul internațional sunt componentele unui singur sistem juridic. Potrivit teoriilor moniste se afirmă fie primatul dreptului intern, fie primatul dreptului internațional.

În schimb, **teoria dualistă** apreciază că atât dreptul intern, cât și dreptul internațional reprezintă sisteme normative independente.

În ceea ce privește raportul dintre legile României și dreptul internațional trebuie să ne raportăm la Constituția României. În materia drepturilor omului, legea noastră fundamentală prevede în art. 20 „(1) Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte.”

În concluzie, chiar și dispozițiile constituționale care prevăd numeroase drepturi și libertăți ale omului, vor fi interpretate și aplicate în raport de legislația internațională în domeniu.

Art. 20 (2) din Constituția României prevede că „Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile.”

Din cuprinsul textelor mai sus indicate, reținem că, legea fundamentală a României consacră primatul reglementărilor de drept internațional la care România este parte și care se referă la drepturile și libertățile fundamentale ale omului, asupra legislației interne.

Sub aspectul aplicării în timp, vor fi avute în vedere – în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului- numai legile adoptate ulterior intrării în vigoare a Constituției României din 1991.

Din punct de vedere practic, acest lucru înseamnă că, orice cetățean român își poate întemeia pretențiile și își poate justifica drepturile, în baza tratatelor internaționale care reglementează drepturile omului și la care România este parte. De pildă, instanțele române decid în prezent, în baza Convenției Europene a Drepturilor Omului.

Legătura dintre dreptul internațional și dreptul intern este reglementată de art. 11 din Constituție care prevede că „(1) Statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte.

(2) Tratatul ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern.

(3) În cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte, cuprinde dispoziții contrare Constituției, ratificarea lui poate avea loc numai după revizuirea Constituției.”

Tratatul internațional devin parte a dreptului intern prin ratificarea lor de către Parlament, care, ca organ legiuitor, adoptă legea de ratificare (aderare), ca lege ordinară. Însă, procedura ratificării, inclusiv legea de ratificare, reprezintă continuarea, în plan intern, a unui proces mult mai complex și îndelungat, ale cărui faze anterioare au avut loc pe plan internațional și care au dus la formarea, adoptarea, autentificarea și semnarea tratatului de către reprezentanții împuterniciți ai statului.¹¹

¹⁰ Andrei Popescu, *Tratatul de la Lisabona-un tratat modificator și reformativ al Uniunii Europene*, în Buletin de informare legislativă, nr. 1/2008, Sursa Internet, site-ul www.clr.ro.

¹¹ D. Popescu, A. Năstase, *Drept internațional public*, Casa de Editură și Presă Șansa SRL, București, 1997, p. 223-234.

Raportul dintre dreptul intern și dreptul Uniunii Europene trebuie analizat din perspectiva creării Uniunii Europene, incluzând tot parcursul de la instituirea Comunităților Europene, a determinat dezvoltarea unui sistem juridic distinct, cu consecințe directe și în planul ordinii juridice naționale.

Regulile generale care guvernează sistemul juridic al Uniunii nu au fost impuse prin tratatele originare sau tratatele constitutive și nici ca urmare a unor legi naționale. Curtea de Justiție, instituție a Uniunii Europene, este cea care, în activitatea ei a cristalizat regulile de urmat de către o instanță națională dintr-un stat membru care este confruntat cu un litigiu implicând elemente de drept al Uniunii Europene.

Astfel, ca urmare a jurisprudenței Curții de Justiție se poate vorbi în prezent despre:

- Prioritatea normelor Uniunii Europene față de normele naționale contrare;
- Efectul direct al normelor Uniunii Europene în fața instanțelor naționale¹²;
- Obligația de interpretare a dreptului intern, conform dreptului Uniunii Europene;
- Autonomia procedurală națională în aplicarea dreptului Uniunii Europene;
- Repararea prejudiciilor cauzate persoanelor prin încălcarea normelor Uniunii Europene de către stat.

Din perspectiva aderării României la Uniunea Europeană și raportat la prioritatea normelor Uniunii Europene trebuie amintite dispozițiile art. 148 din Constituția României republicată potrivit căreia „(1) Aderarea României la tratatele constitutive ale Uniunii Europene, în scopul transferării unor atribuții către instituțiile comunitare, precum și al exercitării în comun cu celelalte state membre a competențelor prevăzute în aceste tratate, se face prin lege adoptată în ședința comună a Camerei Deputaților și Senatului, cu o majoritate de două treimi din numărul deputaților și senatorilor.

(2) Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare (s.n.).

(3) Prevederile alineatelor (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, și pentru aderarea la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene.

(4) Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării și din prevederile alineatului (2).

(5) Guvernul transmite celor două Camere ale Parlamentului proiectele actelor cu caracter obligatoriu înainte ca acestea să fie supuse aprobării instituțiilor Uniunii Europene.”

De asemenea, potrivit art. 5 din Noul Cod civil în materiile reglementate de Codul civil, normele dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților (s.n.). O dispoziție similară regăsim și în art. 4 din Noul Cod de procedură civilă care statuează că în materiile reglementate de Codul de procedură civilă, normele obligatorii ale dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau de statutul părților (s.n.).

Concluzii

Considerăm că este extrem de actual subiectul unei suveranități a Uniunii Europene echivalentă cu suveranitatea unui stat. În acest moment, din perspectivă juridică, subiectul este extrem de controversat cel puțin pentru simplul fapt că U.E. are atât caracteristici de federație de state, confederație de stat, dar chiar și trăsături de organizație internațională.

Apreciem că dezideratul Statele Unite ale Europei nu este chiar deloc departe a.î., pentru atingerea acestui ideal este nevoie de voință politică bazată pe trăsăturile comune ale statelor europene.

¹² Conform opiniei profesorului Jean-Victor Louis, prioritatea și efectul direct reprezintă bazele ordinii juridice comunitare. A se vedea în acest sens, Jean-Victor Louis, *L'ordre juridique communautaire*, 5^{ème} édition revue et mise à jour, Bruxelles: Commission des communautés européennes, Office des publications officielles des communautés européennes, 1990 (Perspectives européennes), p. 105.

MAGISTRATUL MILITAR GENERAL ALEXANDRU PETRESCU: CURSUS HONORUM

Iuliu CRĂCANĂ*

Abstract: *Alexandru Petrescu was the president of the law courts that imposed the heaviest sentences for political offences in the 1950s. Petrescu's inclination towards corruption and compromise, his versatility and the ability to get in contact with people at the highest political level, made him a reliable man during all the political regimes. Thus, he was selected for the highest offices.*

Until 1942 Petrescu imposed heavy political sentences on legionnaires and communists. Between 1942 and 1944 he was appointed Director General of the Directorate for Prisons by Ion Antonescu. Although he was accused of war crimes, after 1944 he became pawn in the communists' attempt to annihilate the Romanian elite through judicial procedures.

Finally, the general was appointed President of the Military Court of M.A.I. departments, the highest court of appeal for political trials. Petrescu's political obedience did not prevent him from delivering favorable verdicts to some defendants in exchange for favors. For that reason he was called the "black market of justice".

Keywords: *Alexandru Petrescu; magistrate; justice; political trial; corruption*

Într-un clasament al celor mai abjecte personaje din istoria justiției românești, Alexandru Petrescu ar ocupa de departe primul loc. A fost președintele completelor de judecată care au pronunțat cele mai dure sentințe politice. De-a lungul carierei sale a fost președintele completului care a judecat în procesul lotului Tămădău și l-a condamnat la închisoare grea, pe viață, pe Iuliu Maniu, a fost președinte al completelor de judecată care au judecat în așa-numitul „proces al trădătorilor și spionilor titoiști” (august 1950), al primului lot „de sabotori și diversioniști de la canal”, din august-septembrie 1952, al doilea lot de la Canal, procesul Sumanelor Negre, procesul Nunțiatirii, cel al Bibliotecii engleze, cel al Legației franceze și Legației turce, al lui Eugen Țurcanu, din 1954, procesele lui Ion Ioanid, Gheorghe Calciu-Dumitreasa și multe altele¹. S-a spus despre el că dobândise o placiditate, un automatism în a rosti aceste sentințe la 5 minute de la începerea audierii și că putea prezida câte 5-6-10 asemenea procese pe zi². Între 1954 și 1956 a condus Tribunalele M.S.S. (M.A.I.), care aveau în competență faza de recurs a tuturor proceselor politice. Potrivit actelor normative care le reglementau organizarea, Tribunalele M.S.S. aveau triplă subordonare, față de ministrul Justiției, ministrul Forțelor Armate și ministrul Securității Statului, care stabileau de comun acord numărul angajaților, al sediilor și circumscripțiilor de judecată, statele de organizare, numirea în funcție a judecătorilor și mișcarea acestora, numărul asesorilor populari ai tribunalului, precum și numirea lor. În realitate, cel mai greu cuvânt îl avea Alexandru Drăghici.

Procesele prezidate de Alexandru Petrescu sunt cunoscute, dar ele nu spun nimic despre personajul nostru, cu privire la care istoria justiției încă păstrează tăcerea. A fost comunist? A pronunțat acele sentințe din convingere politică și din ură de clasă?

În cele ce urmează ne vom referi la aspecte mai puțin cunoscute ale vieții și carierei magistratului Alexandru Petrescu, omul tuturor regimurilor, care, pentru propria bunăstare, a fost în stare de cele mai mari compromisuri posibile.

Este greu de crezut că un om cult poate fi o canalie! Când, pe deasupra, acesta mai are și pregătire juridică de înaltă clasă, te aștepti să își urmeze conștiința. Pe lângă obediența politică, întâmplător sau nu, magistratul Alexandru Petrescu a fost un om profund corupt, în sensul mercantil al cuvântului.

Informațiile din dosarele de urmărire ale lui Alexandru Petrescu duc către următoarea concluzie: Alexandru Petrescu înțelegea ce se întâmplă. Avea conștiință dar a ales să nu o urmeze. Iar cei care aveau nevoie de serviciile sale știau asta.

Deși în autobiografiile depuse la dosarul de cadre afirmă că a fost comunist încă de dinaintea războiului, magistratul Petrescu nu a fost un apropiat al comuniștilor decât după anul 1945, când a devenit unealta lor perfectă. Calitățile care îl recomandau pentru aceasta erau, pe de o parte, carierismul și oportunismul și, pe de altă parte, faptul că era șantajabil. Corupția de care dăduse dovadă în toată cariera sa îl făceau controlabil. În istoria justiției românești, Alexandru Petrescu întruchipează justiția fără morală, corupția și obediența politică.

* Doctorand, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Doctor în istorie, Consiliul Național pentru Studierea Arhivelor Securității; e-mail: iuliucracana@yahoo.com

¹ Titică Predescu, *Justiția comunistă ca mijloc de represiune*, în „Experimentul Pitești – Reeducarea prin tortură: Opresiunea culturii tradiționale române din timpul dictaturii comuniste”, Editura Fundației Culturale „Memoria”, 2006, p. 92.

² Doina Jela, *Lexiconul negru: unelte ale represiunii comuniste*, București, Editura Humanitas, 2001, pp. 221-223.

Născut la 3 iunie 1895, în Focșani³, al doispzezecelea născut într-o familie cu paisprezece copii, Alexandru Iancu Petrescu a absolvit Școala Militară de Infanterie, în anul 1914. În anul 1916 avea gradul de sublocotenent. În 1927 a absolvit Facultatea de Drept, domeniu în care a obținut, în 1937, doctoratul⁴. O perioadă nu a profesat ca jurist, ci a lucrat multă vreme în diverse domenii militare activând, pe rând, în corpul jandarmeriei rurale, la Comenduirea Pieței Pitești, la Consiliul de Război al Corpului V Armată, a fost substituit de Comisar Regal al Consiliului Permanent de Revizie al Armatei, apoi în serviciul Justiției Consiliului de Război al Corpului I Armată.

Deși lucra în justiția militară încă din anul 1929⁵, a intrat ca magistrat abia la 1 noiembrie 1938, când a fost înaintat la gradul de locotenent-colonel. La 10 mai 1941 a fost avansat la gradul de colonel⁶.

A fost ajutat în cariera sa de o calitate a personalității sale, aceea de a cultiva prietenii și a intra în rețele de complicități cu personaje sus-puse. Unele dintre acestea au ocupat ulterior funcții importante. De pildă, încă de la începutul anilor '30 era prieten cu Istrate Micescu⁷ și Ion C. Marinescu⁸, care, ulterior, au ajuns miniștri ai Justiției și care l-au ajutat în carieră⁹. În anul 1935 era urmărit îndeaproape de Siguranță (Direcția Poliției de Siguranță). Se știa că avea legături cu Istrate Micescu, la acea vreme avocat, pe care îl vizita acasă¹⁰.

După intrarea în magistratură, Alexandru Petrescu s-a remarcat prin obediența față de puterea politică. A funcționat ca Președinte al Secției a III-a a Tribunalului Militar al Capitalei, funcție din care a dat pedepse mari loturilor de comuniști și, după rebeliunea din ianuarie 1941, loturilor de legionari. În subsidiar, însă, era un maestru al jocurilor de culise. Accepta diverse intervenții, în urma cărora își schimba fundamental atitudinea, și pronunța pedepse mici în raport cu infracțiunea, așa cum s-a întâmplat, în 1941, în cazul lui Teohari Georgescu și lui Iosif Chisinevski, condamnați la numai zece ani închisoare.

În această perioadă de început a războiului, pe timpul cât era Președinte al Curții Marțiale, i se spunea în cercurile magistraților și avocaților „bursa neagră a justiției”, considerându-se că, „cu cât plăteai mai mult, cu atât ieșezi mai nevinovat”¹¹.

La finalul anului 1941, situația penitenciarelor din România era dezastruoasă. După cedarea Ardealului de nord, administrația românească a fost nevoită să evacueze deținuții din douăzeci și șapte de penitenciare. A urmat cutremurul din 1940, care a avut drept consecință evacuarea a încă cinci penitenciare afectate grav. Între acestea se aflau cele mai mari penitenciare din țară: Doftana, Mărgineni și Mislea. Toți deținuții evacuați au supraaglomerat penitenciarele rămase funcționale care, la începutul anului 1941, au fost nevoite să primească încă cca. 4000 de deținuți condamnați după rebeliunea legionară¹².

În aceste condiții, la începutul anului 1942, Ion Antonescu l-a numit pe lt. col. Alexandru Petrescu în funcția de director general al Direcțiunii Penitenciarelor și Institutelor de Prevenție din Ministerul Justiției, cu misiunea de a pune ordine în penitenciare, atât din punct de vedere al nivelului de siguranță al acestora, cât și a stării materiale a deținuților. Conducătorul statului era mulțumit de sentințele pronunțate de magistratul militar în procesele legionarilor și, probabil, l-a trimis acolo pentru a-și continua misiunea, aceea de a-i ține bine pe legionari în închisori. Alexandru Petrescu s-a achitat de sarcinile primite, dispunând măsuri mult mai restrictive decât predecesorul său, Alexandru Racoviceanu. A procedat, însă, în felul său. Primul pas după numire a fost acela de a se deplasa personal în închisori, unde a instalat ca directori magistrați militari, relații apropiate, fini, prieteni.

Cu această ocazie a putut cunoaște în mod direct situația, constatând, de exemplu, că la închisorile Deva și Ocnele Mari paza era aproape inexistentă¹³.

Potrivit unor informări ale serviciilor secrete, Alexandru Petrescu a descoperit personal într-o celulă la Aiud un șanț-tunel mascat sub pardoseala celei, prin care ar fi putut evada toți deținuții în 3-4 săptămâni, deoarece mai erau doar 2 metri și jumătate până după zidul exterior al închisorii. Potrivit unei note a SSI – ului, șanțul era săpat de „condamnații pentru spionaj și comunism”¹⁴.

Relatări ulterioare ale lui Alexandru Nicolschi contrazic aceste informații: „Înainte de a sta noi în celula aceea de la Aiud, au stat acolo niște deținuți de drept comun și ei au încercat să evadeze. Și noi am aflat aceasta mai târziu. Iar directorul penitenciarului așa a arătat, că nu noi am fost aceia care au început să sape sub podea la baza zidului celei ci acei deținuți de drept comun”¹⁵.

³ A.C.N.S.A.S., fond Informativ, dosar nr. 549561, v. 1, f. 2

⁴ A.C.N.S.A.S., fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, f. 6.

⁵ *Ibidem*, f. 65.

⁶ *Ibidem*, v. 2, f. 79.

⁷ Ministru al Justiției între 24 nov 1939 - 11 mai 1940.

⁸ Ministru al Justiției între 14 august 1942 - 23 august 1944.

⁹ A.C.N.S.A.S., fond Informativ, dosar nr. 549561, vol. 2, f. 80.

¹⁰ *Ibidem*, f. 58

¹¹ *Ibidem*, f. 296.

¹² A.N.I.C., fond Vornicia Temnițelor (Direcția Generală a Penitenciarelor), dosar nr. 1/1942, *passim*.

¹³ A.C.N.S.A.S., fond Informativ, dosar nr. 549561, vol. 2, f. 59.

¹⁴ *Ibidem*, v. 2, f. 59

¹⁵ Lucian Popescu, Mihnea Măruță, *Generalul de Securitate Nicolski mărturisește* în „Nu”, nr. 53, 14-20 octombrie 1991, p. 12, *apud* Mihai Burcea, Marius Stan, *Alexandru Nicolschi, spion sovietic, deținut și general de securitate*, p. 9 (http://www.iicr.ro/pdf/ro/alexandru_nicolschi.pdf, accesat în 8 aprilie 2014).

Directorul penitenciarului, maiorul magistrat Munteanu, considerat de Nicolschi „un om drept”, a fost ajutat la rândul lui de acesta atunci când a fost arestat pentru crime de război: „Am făcut depoziție pentru el la Tribunalul Poporului și în aceeași zi a fost pus în libertate. Am spus acuzatorului public să se poarte cu el cum s-a purtat el cu mine în închisoare. Vă dau un amănunt: întâmplarea face ca acuzatorul public în acel proces să fie Alexandru Drăghici. Eu am dat toate amănuntele comportării sale”¹⁶.

Cert este că, cel puțin în prima parte a perioadei în care a exercitat această funcție, lt. col. magistrat Alexandru Petrescu a avut rezultate în reforma sistemului penitenciar, activitate în care a fost sprijinit de Ion Antonescu, cu care se spunea că avea telefon direct. A reușit, imediat după numirea sa, să îl convingă pe mareșal de bunele lui intenții și de intransigența necesară funcției îndeplinite prin prezentarea în scurt timp a unui raport, în care i-a detaliat gravele probleme constatate în penitenciare.

Încă din primele zile ale mandatului său, Alexandru Petrescu a instituit un regim sever. A interzis vizitarea deținuților de către familii și chiar de avocați. Probabil pentru a-i face pe plac lui Antonescu, în privința deținuților legionari a impus măsuri și mai severe, instituind interdicția ca aceștia să mai primească alimente de la familii și a dat ordin direct ca legionarii să fie ținuti izolați în celule cu încălcarea legii sau peste durata maximă legală de șase luni¹⁷.

Deși Direcția Generală a Penitenciarelor era subordonată direct Ministerului Justiției, Alexandru Petrescu a ignorat în mod intenționat subordonarea ierarhică. A preferat să îl informeze direct pe Ion Antonescu și s-a legat prin telefon direct cu Ministerul de Interne și Siguranța Statului, cu care colabora fără știrea sau împotriva ordinelor ministrului Constantin Stoicescu. Din acest motiv, nu a trecut mult timp până când cei doi au intrat într-un conflict deschis. Deranjat de protecția și de încrederea de care se bucura directorul penitenciarelor în raport cu mareșalul, lovit în orgoliul său că nu mai avea nici o autoritate asupra unui subordonat, Constantin Stoicescu i-a cerut lui Ion Antonescu să îl desărcineze din funcția de Ministru al Justiției sau, cel puțin, să transfere Direcția Generală a Penitenciarelor la Ministerul de Interne sau la Ministerul Apărării Naționale¹⁸.

La rândul său, Alexandru Petrescu nu doar că îl ignora în exercitarea funcției pe șeful său direct, dar afirma frecvent în public că, până să vină el ca director, nu se făcuse altceva decât să se fure.

Ceea ce nu putea, însă, să îi reproșeze ministrul Justiției era lipsa de rezultate ca șef al penitenciarelor. Cu scopul de a găsi nereguli, ministrul Stoicescu a vizitat în mai 1942 mai multe penitenciare, unde nu a găsit nimic de reproșat: „ordine, curățenie, hrană îngrijită, nici o plângere de la deținuți”. A constatat doar că „personalul administrativ și gardienii trăiau sub teroarea unei severități nu totdeauna justificate”¹⁹. Era știut, de altfel, că își amenința subalternii că îi trimite în lagăr sau că îi ridică cu lanțuri la picioare.

Performer ca administrator și ca jurist, Alexandru Petrescu și-a arătat și în această funcție cealaltă latură a sa. Potrivit serviciilor de informații, Alexandru Petrescu era un funcționar profund corupt. Sub pretextul inspecțiilor, descindea în penitenciarele din țară cu scopul de a lua mită, atenții și mese la restaurant. De pildă, vizita în mod frecvent Aiudul, unde avea relații apropiate cu A.I. Stoica, proprietar al unor întreprinderi care lucrau cu deținuți. Pe 6 martie 1943, o astfel de masă, plătită de Stoica cu suma de 15.000 de lei la restaurantul Seidl, s-a transformat într-un chef de mari proporții, cu muzicanți, la finalul căruia, aflat sub influența alcoolului, Alexandru Petrescu a bătut un chelner. Era de notorietate că relațiile cu Stoica se consolidaseră atunci când Alexandru Petrescu îl ajutase pe acesta, care la un anumit moment fusese închis pentru că lucrase ilegal cu deținuți legionari, să fie internat în lagăr și nu închis în penitenciar²⁰.

Faptele de corupție săvârșite de Alexandru Petrescu au ajuns și la urechile lui Ion Antonescu. Acesta a primit o notă informativă prin care Siguranța îl informa că Alexandru Petrescu patrona un întreg grup infracțional. Își numise mai mulți fini directori de penitenciare, își angajase fiul în subordinea sa, își promovase soția, pe Maria Petrescu, în funcția de șefă a Serviciului Contabilității, Administrării și Exploatării Muncii Penale.

Faptele de corupție era expuse pe 21 de puncte, dintre care redăm doar câteva. Alexandru Petrescu achiziționase din fondurile Administrației Penitenciarelor, cu o sumă mare, un autoturism pentru folosința penitenciarului, autoturism care nu era în stare de funcționare, luase cauciucuri din cota Direcției pentru mașina sa personală, folosea la muncă deținuți care lucrau în folosul său personal, primea de la toți directorii de penitenciare atenții sub formă de alimente, păsări, porci, mătăsurii etc. L-a numit pe fiul său, la acea dată student, în funcția de profesor la școala de gardieni și la școala de sanitari, deși nu avea încă studiile necesare. Din fericire, lipsa de pregătire a acestuia nu putea dăuna prea mult, căci nu efectua orele, ci ridica doar salariul.

Tot pentru fiul său, student la medicină, înființase un spital aferent penitenciarului Văcărești. Acolo acesta efectua operații grele, „făcând experiențe pe pielea deținuților”. Întreținea relații amoroase cu deținutele și cu rudele deținuților, iar Siguranța aprecia că spitalul, căruia îi făcuse o intrare separată, fusese „transformat într-un bordel”. La

¹⁶ *Ibidem.*.

¹⁷ A.N.I.C., fond Vornicia Temnițelor (Direcția Generală a Penitenciarelor), dosar nr. 1/1942, ff. 12-13.

¹⁸ *Ibidem*, f. 8.

¹⁹ *Ibidem*, f. 12.

²⁰ A.C.N.S.A.S., fond Informativ, dosar nr. 549561, v. 2, f. 61.

rândul său, Tomis Petrescu beneficia de munca deținuților din penitenciarul Văcărești. Aceștia îi lucrau mobilă, sobe de fier, uși lămpi forjate ș.a.

Obiceiul de a întreține relații amoroase cu deținutele îl „moștenise” de la tatăl său, care, potrivit raportului, împreună cu maiorul Munteanu, numit de el director delegat al penitenciarului de la Aiud, avea obiceiul să le „batjocorească”, în incinta penitenciarului sau la hotelurile și restaurantele din localitate, pe soțiile sau surorile deținuților. Când acestea au încercat să facă un memoriu, cei doi au inventat o pretinsă rebeliune și o tentativă de evadare a deținuților în cauză, cărora le-au fost înscenate noi procese, urmate de condamnări, excluderi de la grațieri sau suspendări de pedeapsă, iar apoi au fost trimiși din penitenciar în penitenciar, cu regimuri din ce în ce mai aspre. Nu erau singurele abuzuri în închisori, unde erau semnalate bătăi și schingiuri discreționare²¹.

Alexandru Petrescu făcea deplasări fictive de inspecție peste 20 de zile pe lună pentru a încasa diurna. Deși nu erau atât de numeroase și nu durau atât cât erau umflate în actele contabile, Alexandru Petrescu era, în realitate, un director activ și făcea multe deplasări. Se ducea des în inspecții pentru a încasa cota parte din veniturile de la muncile deținuților.

Raportul către Ion Antonescu avea 11 pagini, în care, pe lângă cele de mai sus, erau descrise nenumărate fapte de corupție, de la folosirea tuturor automobilelor instituției în folosul familiei, trafic de influență, favorizarea sau eliberarea temporară a unor deținuți în schimbul avantajelor materiale, falsificarea actelor contabile pentru însușirea unei părți din salariile deținuților care munceau, achiziții suplimentare de mobilier pentru penitenciare și revinderea în folos personal, cumpărarea la prețuri mai mari decât pe piață a alimentelor pentru deținuți ș.a. Pe lângă toate acestea, erau detaliate și faptele complicilor lui, rude, fini sau prieteni, numiți de Alexandru Petrescu în funcția de directori de penitenciar, care, sub protecția acestuia, se comportau identic, în beneficiul lor și al protectorului.

Ion Antonescu l-a destituit pe Alexandru Petrescu din funcția de Director General al închisorilor la data de 6 iulie 1944, pentru motivul că s-ar fi descoperit mari fraude în penitenciare²², și l-a trimis pe front²³.

Totodată, a ordonat o anchetă care urma să fie condusă de generalul Aramă. Ancheta și-a urmat cursul și după 23 august 1944 iar, în 12 februarie 1945, cercetarea cazului a fost preluată de o nouă comisie, condusă de V. Chiru, consilier la Înalta Curte de Conturi²⁴. Ancheta a fost contopită cu o altă anchetă privind gestiunea Direcției Penitenciarelor, începută la 25 octombrie 1944, în urma unei reclamații anonime, astfel că, la finalizarea cercetărilor, dosarul conținea 11 volume, din care s-au păstrat în dosarul personal al lui Alexandru Petrescu peste 800 de file²⁵, în care regăsim diferite date în măsură să acopere acțiunile lui Alexandru Petrescu din perioada în care a fost director al penitenciarelor.

În aprilie 1946, Avram Bunaciu, la acea dată secretar general în Ministerul Afacerilor Interne, gira clasarea anchetei de către lt. col. Damian Ilimai, șeful Biroului 8 Interior M.A.N., care stabilea completa nevinovăție din punct de vedere „penal, moral și pecuniar”²⁶ a lui Alexandru Petrescu. Se motiva că nu s-au găsit registrele contabile și de prezență, iar sumele însușite ilegal, sume mari, au fost restituite, astfel că, odată ce nu mai exista prejudiciu, delapidările erau clasate²⁷. Pe de o parte Alexandru Petrescu știuse să se acopere de acte, fiind, de altfel, autorul unui curs de economie politică și financiară²⁸. Pe de altă parte, în mod evident, în acel moment nu se dorea ca Alexandru Petrescu să fie găsit vinovat. Având în vedere contextul politic dificil în care se afla, era clar că Alexandru Petrescu avea un protector.

După 23 august 1944, cariera profesională și chiar libertatea și viața magistratului militar Alexandru Petrescu se aflau într-un pericol iminent. Funcțiile deținute și sentințele pronunțate împotriva comuniștilor făceau din el nu doar unul dintre viitorii epurați din magistratură și din armată, dar și un candidat sigur la o condamnare potrivit legislației împotriva criminalilor de război și a celor vinovați de dezastrul țării.

Soarta lui Alexandru Petrescu se îndrepta accelerat către acest deznodământ. Pentru început, a fost suspendat din armată „pentru atitudine antidemocratică”, iar ulterior a fost trecut în rezervă din oficiu²⁹, în baza legii nr. 186/1945³⁰. Totodată, Tribunalul Poporului a început cercetarea potrivit legii nr. 312 din 21 aprilie 1945 pentru urmărirea și sancționarea celor vinovați de dezastrul țării sau de crime de război. Curtea Specială pentru Crime de Război iar apoi Tribunalul Poporului lucrau deja la dosarul nr. 60/1945, strângând probe pentru condamnarea sa³¹.

²¹ *Ibidem*, ff. 150-161.

²² *Ibidem*, f. 80.

²³ *Ibidem*, f. 235.

²⁴ *Ibidem*, f. 310.

²⁵ În dosarul Informativ nr. 549561 au fost integrate în volumele 2, 3 și 5 (în volumul nr. 2 un număr de 206 file, în volumul nr. 3 un număr de 288 file iar în volumul nr. 5 un număr de 355 file).

²⁶ A.C.N.S.A.S., fond Informativ, dosar nr. 549561, v. 2, f. 162.

²⁷ *Ibidem*, ff. 163-164.

²⁸ A.C.N.S.A.S., fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, f. 115v.

²⁹ Alexandru Petrescu a fost trecut în rezervă din corpul ofițerilor magistrați alături de alți zece ofițeri magistrați la 31 martie 1945 (M.O. nr. 75 din 31 martie 1945, p. 2.611).

³⁰ A.C.N.S.A.S., fond Informativ, dosar nr. 549561, v. 2, f. 79. Este vorba de legea nr. 186 pentru trecerea din oficiu în rezervă a personalului activ al armatei care prisosește peste nevoile de încadrare (M.O. nr. 65 din 20 martie 1945, p. 2082).

³¹ A.C.N.S.A.S., fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, f. 51.

Cu comuniștii, ca și cu legionarii, Alexandru Petrescu avea o istorie personală sinuoasă. În 1941, ca președinte al Secției a III-a a Curții Marțiale din București, Alexandru Petrescu prezidase completul de judecată care judecase lotul de „sabotori de război” Paneth-Kornhauser-Ada Marinescu, pe care îi condamnase la moarte.

Pe de altă parte, în același an, le dăduse pedepse mici, de numai zece ani închisoare, lui Teohari Georgescu și lui Iosif Chisinevski³². Pentru ei comuniștii interveniseră la Alexandru Petrescu prin intermediul lui Ion Gheorghe Maurer, care a vorbit pentru micșorarea pedepsei³³.

Potrivit mărturiilor lui Avram Bunaciu, în toamna lui 1941 magistratul militar începuse să fie mai cooperant cu comuniștii. În procesul lui Vâlcu, „încadrat la moarte”: „Atunci col. Petrescu, care a fost în legătură cu Șraier³⁴ și care a purtat legătură chiar tot timpul războiului – trebuie să recunoaștem, deși avea multe alte motive, căci el judecase și condamnase la moarte pe Ada Marinescu și Dr. Conhaimer, în 1941, cred; era destul de abil și-și dădea seama că războiul se sfârșește prost pentru ei. În tot cazul a avut o purtare bună și am cerut să stau de vorbă cu Vâlcu, să mi-l aducă la închisoare pentru proces, dar mai înainte de acesta. Am cerut președintelui, care era col. Petrescu să stau de vorbă cu Vâlcu; a fost foarte prompt; mi-a fixat o oră d.m. și la el în birou, la președintele Curții Marțiale, a chemat pe Vâlcu, el a ieșit din birou și am putut să stau de vorbă cu Vâlcu; am făcut o prezentare, m-am interesat de comportarea celor 4 condamnați: Ada Marinescu și frații...”³⁵.

Același comportament este relatat și de Teohari Georgescu, potrivit căruia, când a venit în funcția de director general al Penitenciarelor, colonelul Petrescu a arătat o oarecare bunăvoință față de deținuții politici comuniști. „Era un om inteligent și vedea cum merg lucrurile pe front și, pe de altă parte, pentru a-și micșora vinovăția lui prin condamnarea la moarte a grupului lui Paneth, din 1942-1943, el fiind președintele tribunalului, chiar după condamnare el a devenit directorul general al penitenciarelor și sunt convins că i-a convenit acest post în locul președintelui de tribunal unde ar fi trebuit mai departe să facă condamnări. Spun aceasta pentru că în revistele pe care le-a făcut, în controalele pe care le-a făcut în închisoare, s-a arătat gata de a satisface unele revendicări pe care deținuții le aveau și avea o atitudine de a sfătui pe director să meargă mai departe pe linia aceea care a mers”³⁶.

După unele surse, ulterior, Teohari Georgescu a fost unul dintre protectorii lui Alexandru Petrescu după 1944. Fostul deținut Teohari Georgescu i-a încredințat în 1947 procesul liderilor țărăniști, în frunte cu Maniu și Mihalache, ca o consecință a faptului că, în 1943, când inspectase Caransebeșul, dăduse undă verde activităților comuniste din închisoare³⁷.

După preluarea puterii, în câțiva ani, comuniștii i-au eliminat din magistratură pe toți juriștii vechi, înlocuindu-i cu tinere cadre, exponente ale clasei muncitoare, dar fără studii juridice. În magistratura militară, magistrații care judecaseră în curțile marțiale pe frontul antisovietic și în procesele politice, au fost cu atât mai mult epurați. Aici înlocuirea s-a făcut cu ofițeri cu origine socială sănătoasă, care au fost chemați din alte arme pentru a fi magistrați. Nici aceștia nu erau juriști și, în general, aveau o educație precară.

Dar, ca și în alte domenii, și în justiție, regimul a menținut în funcție o serie de specialiști, cu care unii dintre liderii comuniști avuseseră relații înainte de preluarea puterii și care dovedeau obediență. Alexandru Petrescu se intersectase în cariera sa cu Teohari Georgescu și Ion Gheorghe Maurer, și se afla, după informațiile Siguranței, sub protecția Generalului Mihail Lascăr, viitor ministru de război.

Acesta a fost motivul pentru care, deși avea un dosar în curs de soluționare la Tribunalul Poporului, reputația de judecător fidel față de orice putere politică putea determina chemarea colonelului Alexandru Petrescu în cadrele active ale armatei. Era nevoie doar de o conjunctură favorabilă. În anul 1945, președinte al instanței care urma să judece în procesul oraniștii „T” și Tinerimea Liberă fusese numit generalul Crețulescu dar acesta a refuzat. Procesul avea un vădit caracter politic astfel că, la rândul său, colonelul magistrat Gicoveanu, președintele Secției a IV-a a refuzat să judece în procesul lotului respectiv, pretextând că este bolnav³⁸, astfel că „a trebuit să fie numit Alexandru Petrescu”, considerat drept „un element capabil de orice”³⁹. Acest refuz l-a costat pe Gicoveanu libertatea, peste trei zile fiind arestat de Tribunalul Poporului. Alexandru Petrescu a acceptat fără rezerve să condamne la comandă politică, fapt care a dus la reluarea în forță, sub noul regim, a cursului carierei sale profesionale. A fost concentrat din ordinul Ministrului de Război și numit Președinte al Secției a IV-a de pe lângă Curtea Marțială a Corpului II Armată⁴⁰ și astfel a început lungul șir de sentințe politice pronunțate de magistratul militar Alexandru Petrescu.

³² Lavinia Betea, *Răsplată complicității*, în „Jurnalul Național”, 13 septembrie 2005, vezi <http://jurnalul.ro/stire-istoria-comunismului/rasplata-complicitatii-37395.html>, accesat la 12.12.2014.

³³ A.N.I.C., fond C.C. al P.C.R., colecție nr. 60, dosar nr. 663, f. 151.

³⁴ Iosif Șraier – avocat, apărător în multe procese intentate comuniștilor în perioada interbelică. De exemplu, a apărut în procesul de la Atelierele C.F.R. Griviț. Între 1945-1946 a deținut funcția de secretar general al M.A.I., iar între 1946-1952 a fost adjunctul ministrului Teohari Georgescu la M.A.I., după care a emigrat în Occident.

³⁵ A.N.I.C., fond C.C. al P.C.R., colecție nr. 60, dosar nr. 410, f. 31.

³⁶ Idem, dosar nr. 663, ff. 151-152.

³⁷ Lavinia Betea, *op. cit.*

³⁸ A.C.N.S.A.S, fond Informativ, dosar nr. 549561, v. 2, f. 178.

³⁹ *Ibidem*, f. 71.

⁴⁰ *Ibidem*, f. 80.

Într-o notă a S.S.I. din 30 noiembrie 1945 Alexandru Petrescu era caracterizat drept un „arivist și oportunist”, care, în timpul guvernului Antonescu, din funcția de președinte de tribunal „a contribuit la condamnarea din ordin a câtorva zeci de indivizi”. Era privit cu ochi răi de camarazi, care îl acuzau că, „pentru a scăpa de a fi trimis în judecată pentru abuzurile făcute în trecut, a primit să ocupe post unde condamnă și în prezent tot din ordin” și că „pentru a-și pune la adăpost pielea bagă pe alții la apă”. Deși nu avea încredere că regimul va dura, își oferise serviciile pentru că, afirma el, „cu stăpânirea trebuie să te pui bine întotdeauna”. Pe de altă parte, se știa că face un joc dublu, astfel că „era un tampon între inculpați, de la care de câte ori putea primea bani în schimbul menajamentelor în cercetările pe care le avea de făcut și le dădea sugestii pentru tergiversarea lucrurilor sau motivarea actelor ce li se incumbau”. Afirmase față de unul dintre avocații apărători ai celor implicați în organizația „T” că „nu mai poate face nimic pentru clientul său deoarece sentința o are cu anticipație în buzunar”⁴¹.

Alexandru Petrescu era inițiatorul și liderul unor grupuri infracționale, care conțineau judecători, procurori și avocați. Avocații intermediuau mita, iar el avea grijă ca dosarul să fie instrumentat de anumiți procurori și să formeze în așa fel completul de judecată încât să iasă sentința dorită.

Potrivit unui lung șir de informații, în 1947, din funcția de șef al secției a IV-a de la Curtea Marțială, colabora foarte bine cu maiorul magistrat Iorgu Popescu, procuror la Curtea Marțială a Corpului II armată. Împreună „aranjau prețurile” în diferite procese, primind în schimb sume de bani sub formă de monede de aur⁴².

Mita era sub toate fermele. De exemplu, de la celebrul șef de bandă Burdujel, care terorizase Bucureștii timp de mai mulți ani, a luat în toamna anului 1946 suma de 40.000.000 lei. În schimbul sumei l-a salvat pe acesta de închisoare. În loc să dispună arestarea lui, Alexandru Petrescu a trimis dosarul la Curtea Marțială Brașov, dându-i lui Burdujel suficient timp pentru a dispărea. Nu de același tratament au beneficiat, însă, ceilalți membri ai bandei, care au fost arestați și condamnați⁴³.

Atunci când mita consta în bani, cuantumul sumelor varia. De multe ori mita era prea mică, dar acest lucru putea fi trecut cu vederea de către beneficiarul sumei pentru că cel mai important lucru era să rămâi pe piață. Atunci când s-a certat de la o sumă cu avocatul Ionel Tăbăcaru, unul dintre intermediarii mitei de la infractori, acesta s-a orientat spre un alt magistrat militar, colonelul Gregorian⁴⁴.

Nu era genul lui Alexandru Petrescu, care, pentru a crește sumele încasate, își consolidase reputația de judecător intransigent cu cei care nu dădeau mită. În rapoartele serviciilor de informații se avertiza că, pentru a crește prețul, dădea pedepse foarte mari celor care nu dădeau mită neținând seama de dovezi și probe de nevinovăție, dar îi salva fățiș pe cei care plăteau gras. De exemplu, potrivit informațiilor, Alexandru Petrescu a apreciat procesul inginerului Petre Onică la câteva milioane, l-a numit ca președinte al completului de judecată pe cpt. mag. Mănescu, apoi a dictat pedepsele în funcție de sumele primite. Deși făceau parte din același lot iar faptele erau similare, cei care nu cotizaseră au primit pedepse disproporționate de aspre, iar ceilalți pedepse foarte mici sau au fost achitați. Pentru adunarea banilor, a prelungit procesul care se desfășura, „câte un ceas pe zi” iar apoi a amânat pronunțarea sentinței mai bine de o săptămână, să aibă timp clienții să strângă sumele. Potrivit informațiilor, acestea erau: 300.000 de lei pentru Vasile Gheorghiasa pentru reducerea pedepsei de la 12 ani temniță grea la 10 luni închisoare, 500.000 dăduse Herman Wexler pentru achitare de la 1 an, 500.000 dăduse Moise Posmantir pentru achitare de la 2 ani, 500.000 dăduse Adolf Gross pentru reducerea pedepsei de la 10 ani temniță grea la un an închisoare, 500.000 dăduse Iosif Gross pentru reducerea pedepsei de la 15 ani temniță grea la 3 ani temniță grea, iar Mauriciu Donefeld plătiase 400.000 pentru reducerea pedepsei de la 20 de ani temniță grea la 1 an închisoare⁴⁵.

Cum corupția magistratului era de notorietate, în martie 1947, în urma unei anonime despre abuzurile lui Petrescu, demarează o altă anchetă a comandantului Corpului II Armată⁴⁶.

Nu doar de anchetele pentru corupție se temea Alexandru Petrescu. Odată cu sentințele politice, devenise subiectul a numeroase presiuni și amenințări sub formă de comunicate din partea legionarilor⁴⁷. Știa că era urmărit de serviciile secrete iar cea mai mare teamă a sa era că noul regim nu va dura prea mult și că va plăti pentru sentințele pronunțate.

Faptul că Alexandru Petrescu mai profesa încă și că avea o funcție atât de importantă producea stupoare pentru serviciile de informații, care, în notele lor, semnalau trecutul său Marelui Stat Major și altor factori decidenți⁴⁸. Existau informații că în timpul războiului ar fi fost omul englezilor, că s-ar fi aflat sub influența lt. col. Băluță, pentru a influența pe judecătorii din tribunalele militare în cazul în care unul dintre agenții lor ar urma să fie condamnat⁴⁹.

⁴¹ *Ibidem*, ff. 72-73.

⁴² *Ibidem*, f. 103.

⁴³ *Ibidem*, ff. 202, 207.

⁴⁴ *Ibidem*, f. 203.

⁴⁵ *Ibidem*, ff. 239-240, Idem, fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, ff. 161-162.

⁴⁶ Idem, fond Informativ, dosar nr. 549561, vol. 2, f. 189.

⁴⁷ *Ibidem*, ff. 98-99.

⁴⁸ *Ibidem*, passim.

⁴⁹ *Ibidem*, f. 102.

Pe lângă condamnarea mai multor membri de partid pentru activitatea din ilegalitate⁵⁰, Siguranța deținea informații că, lui Alexandru Petrescu, i se putea imputa, de către comuniști, comportamentul din prima parte a perioadei în care deținuse funcția de director general al Penitenciarelor. În 14 iulie 1942 le ceruse tuturor penitenciarelor din țară să raporteze numele și identitatea exactă a tuturor persoanelor care se prezentau în închisori pentru a-i ajuta pe comuniștii închiși⁵¹. În timpul bombardamentelor aeriene a dat ordin de a nu se dispersa deținuții politici din închisori, în special comuniștii, astfel că s-au înregistrat mulți morți și răniți în închisorile Ploiești, Văcărești, Brașov, Turnu Severin, iar în timpul unei conferințe desfășurate la Direcțiunea Generală a Penitenciarelor s-ar fi exprimat astfel: „(...) totul este organizat ca în timp de 4 ore să nu rămână nici picior de comunist în penitenciar”⁵². Potrivit unor mărturii, Alexandru Petrescu îi trata rău pe deținuții comuniști și bine pe deținuții legionari, care aveau dreptul de a ține ședințe de cuib. Potrivit unor mărturii, deținuții comuniști erau bătuți chiar de el personal⁵³. Mai multe surse declarau că bătuse personal sau prin interpuși pe comuniști, astfel că ancheta Tribunalului Poporului a demarat cu citarea unor martori⁵⁴.

Atunci când fiul său, Tomis Petrescu, a greșit operația unei paciente deținute, aceasta s-a plâns la gardiana care o supraveghea, Paula Șovar, care a făcut greșeala să reclame. Drept răzbunare, Alexandru Petrescu i-a înscenat un proces pentru comunism, drept pentru care Paula Șovar a fost arestată de Siguranță și bătută⁵⁵.

Serviciile semnalau că avusese dosar la Tribunalul Poporului, dar că scăpase de judecată „din împrejurări ce nu se cunosc”⁵⁶. Informau, totodată, că Alexandru Petrescu avea relații cu frunțașii partidelor politice⁵⁷. În noiembrie 1947, după ce îl judecase pe Maniu, magistratul Petrescu îl atenționase pe avocatul Ghiță Dobrescu, că, până la sfârșitul anului, vor fi arestați și frunțașii Partidului Național Liberal⁵⁸.

Se știa cu certitudine că se pregătea să fugă din țară⁵⁹. Îi era teamă că va fi deportat în Uniunea Sovietică, unde era sigur că va fi împușcat⁶⁰. Nu se temea doar de represiunea regimului de democrație populară, dar și de ceea ce s-ar putea întâmpla cu el dacă regimul pentru care lucra avea să cadă. Era convins că va fi un război, iar rușii îl vor pierde. Deoarece granițele erau închise, pe 17 iulie 1948 a încercat chiar să găsească o gazdă în Ardeal, unde să se ascundă până va putea fugi din țară⁶¹.

În mod evident, având în vedere circumstanțele nefavorabile în care se afla din cauza trecutului și a profesiei sale, faptul că Alexandru Petrescu rezista încă în funcție și că nu era condamnat se datora protecției unei persoane de la cel mai înalt nivel politic. Informările Siguranței dădeau ca certă protecția generalului Mihail Lascăr, ministru de război între 29 noiembrie 1946 și 5 noiembrie 1947⁶², când a fost succedat de Emil Bodnăraș. Drept urmare, Alexandru Petrescu se afla din nou pe muchie de cuțit. Problemele au revenit. A fost din nou trecut în rezervă iar procesul pentru crime de război era iminent. În 4 iunie 1948 a fost anunțat în Monitorul Oficial, ca fiind infractor la legea 291 din 1947 și deferit parchetului Cluj⁶³.

Între timp, însă, Alexandru Petrescu reintrase în grațiile puterii⁶⁴. Epurarea sa făcuse parte din măsura de epurare masivă a magistraților militari, începută în forță de Emil Bodnăraș după preluarea Ministerului Apărării Naționale, și a avut rolul să îl sperie și mai mult. Alexandru Petrescu avea, însă, o istorie personală și cu Emil Bodnăraș, la procesul căruia participase înainte de a fi magistrat, în 1934, în calitate de comisar regal⁶⁵. A fost reprimat în cadrele armatei, înaintat la gradul de general maior, la 1 mai 1948⁶⁶, cu funcția de Președinte al Tribunalului Militar al regiunii a II-a militară. Deși funcția era inferioară celei pe care o avusese, se lăuda prietenilor că în curând va prelua șefia Direcției

⁵⁰ În 1942, ca președinte al curții marțiale care a judecat procesul lotului Dr. Kornhauser și al soților Paneth, membri ai Partidului Comunist, a pronunțat condamnarea la moarte a acestora (*ibidem.*, vol. 2, f. 175).

⁵¹ *Ibidem.*, vol. 1, f. 4

⁵² *Ibidem.*, f. 163.

⁵³ *Ibidem.*, f. 174.

⁵⁴ *Ibidem.*, ff. 190-195.

⁵⁵ *Ibidem.*, v. 1, f. 190-192.

⁵⁶ *Ibidem.*, vol. 2, f. 77.

⁵⁷ *Ibidem.*, f. 84.

⁵⁸ *Ibidem.*, f. 85.

⁵⁹ *Ibidem.*, f. 92.

⁶⁰ *Ibidem.*, f. 97.

⁶¹ *Ibidem.*, f. 97.

⁶² Generalului Mihail Lascăr a luptat în cel de-al doilea Război Balcanic, în Primul Război Mondial și în cel de-al Doilea Război Mondial. A fost luat prizonier la Stalingrad. În timpul prizonieratului, a optat pentru trecere de partea sovieticilor și a contribuit la Formarea Diviziei de Voluntari Horia Cloșca și Crișan. În perioada 1 octombrie 1945 - 30 noiembrie 1946, generalul de armată Mihail Lascăr a condus Armata a IV-a și a îndeplinit funcția de președinte al Comisiei electorale a armatei, funcție din care a contribuit la câștigarea alegerilor de către BPD. După perioada în care a îndeplinit funcția de ministru de război, în 1949 a fost numit comandant al Academiei Militare din București.

⁶³ M.O., nr. 101 din 30 aprilie 1948, p. 401.

⁶⁴ Alexandru Petrescu nu a fost singurul magistrat militar care a scăpat de epurările de la sfârșitul anului 1947. Lt. Colonelul Mihai Ștefănescu a avut un parcurs asemănător. A fost arestat în 1945 pentru că, în timpul războiului, în calitatea de procuror la Curtea Marțială din Chișinău, „executase câțiva comuniști”. A fost iertat și menținut în funcții de magistrat militar, unde se afla în 1950, fiind apreciat și susținut de Alexandru Petrescu (A.C.N.S.A.S, fond Informativ, dosar nr. 549561, vol. 1, f. 71).

⁶⁵ Stelian Tănase, *Clienții lui Tanti Varvara: istorii clandestine*, București, Editura Humanitas, 2005, p. 184.

⁶⁶ A.C.N.S.A.S, fond Informativ, dosar nr. 549561, vol. 2, f. 210.

Superioare a Justiției Militare⁶⁷. Noul general avea o atitudine care denota că se afla din nou sub protecție politică. Își permitea conflicte cu ofițerii de contrainformații, a căror influență în epocă era de natură să îi curme din nou ascensiunea.

Instanțele militare aveau câte un ofițer de contrainformații care se ocupa cu păstrarea secretului, iar Alexandru Petrescu, din funcția de Președinte al Tribunalului Militar București, a intrat în conflict cu doi astfel de ofițeri: în 1949 cu maiorul Kuznițov (Cuznețov) și, în 1950, cu locotentul Dumitru Armeanu. Aceștia au trimis superiorilor mai multe rapoarte despre atitudinea generalului față de păstrarea secretului și atitudinea față de ei. La rândul lor, aceștia au fost reclamați conducerii M.A.N. de Alexandru Petrescu, care considera că aceștia îi îngrădesc libertatea și nu știu să se poarte cu un general⁶⁸. Nu de puține ori, Alexandru Petrescu i-a apostrofat și chiar i-a dat afară din biroul său.

Iată ce scria, în 19 ianuarie 1949, maiorul Cuznețov în fișa individuală a urmăritului: „Este bine pregătit profesional dar această valoare nu este împletită cu valoarea politică din cauza lipsei celei din urmă (...). Mitul creat că fiind doctor în drept cu o bogată experiență juridică și că se achită conștiincios de sarcinile primite în ce privește procesele politice mari și că nu poate fi înlocuit neavând un înlocuitor de talia sa, ar dispărea odată cu schimbarea sa”⁶⁹. Totodată, se atrăgea atenția asupra averii sale, care nu îl putea face un apropiat al partidului⁷⁰.

Având în vedere contextul politic, conflictele cu ofițerul de contrainformații puteau avea urmări grave. La cel mai înalt nivel se raporta că magistratul nu primea sugestiile aparatului politic⁷¹. La finele anului 1948, într-o notă către Ministrul Apărării Naționale semnată, de Petre Borilă, la acea vreme Șeful Direcției Superioare Politice, și de șeful Direcției Cadre, V. Cuțoiu, se informa amănunțit despre sumele încasate drept mită în procese politice în care ar fi trebuit să manifeste maximă intransigență⁷².

Dar Alexandru Petrescu se bucura de protecție. În 1950, locțiitorul său politic de la Tribunalul Militar era convins că are încă un cabinet la M.A.I. unde nu putea fi controlat și în majoritatea timpului era acolo⁷³. Raporta că, din cauza programului de lucru de la M.A.I., președintele tribunalului nu putea să stea la Tribunal decât 2-3 ore⁷⁴. Și generalul se arăta foarte deranjat de notele informative despre el, pe care le reproșa în public celor care le dădeau. Afirma că i se arată „la Interne”⁷⁵.

Generalul nu ezita să facă publică relația sa privilegiată cu M.A.I., de unde pretindea că primește normative secrete pentru a-și justifica pedepsele ușoare pe care le dădea unor inculpați. Dezvolta conflicte profesionale, care se transformau în ostilități personale cu asesori populari, sau ofițeri care aveau opinii diferite de ale sale în ceea ce privește sentințele, având neînțelegeri permanente cu magistrați și asesori populari inflexibili în ceea ce privește aplicarea urii de clasă în justiție. În preajma procesului Băndei Bujoiu, a amenințat cu demisia din armată dacă lt. col. Dumitru Constantinescu, asesor popular, nu va fi mutat de la tribunalul condus de el⁷⁶.

În ianuarie 1949, Serviciul de Informații al Armatei a început o altă anchetă. Șeful serviciului, lt. col. Gheorghe Evulescu, s-a sesizat la o notă informativă care informa că Alexandru Petrescu a trimis un plutonier major din Serviciul Administrativ o săptămână la Poiana Țapului pentru însămânțări, în notă precizându-se că acolo are o „moșie”⁷⁷.

La sfârșitul anului 1948, după înființarea DGSP, aceasta a preluat și urmărirea lui Alexandru Petrescu. Magistratul a fost lucrat informativ în special de către Direcția a V-a, care s-a ocupat între anii 1952-1955 de tribunalele militare pentru unitățile M.A.I., pe care le-a condus atât timp cât acestea au funcționat⁷⁸.

Noua instituție a pus între paranteze informațiile despre Alexandru Petrescu din perioada de până la 23 august 1944, deoarece și cele despre activitatea sa ulterioară se dovedeau la fel de grave. De exemplu, se știa că în 1951 „aranjase” dosare de evaziune în schimbul unor avantaje materiale⁷⁹ și existau informații de primă mână că făcuse parte din masonerie⁸⁰ chiar în anii 1948-1949 când a judecat în procese ale unor masoni cu grad înalt⁸¹. Potrivit informațiilor Securității, în 1947 primise un inel de platină cu briliant pentru a achita pe motiv de iresponsabilitate un învinuit de trecere frauduloasă a frontierei, altă dată primise un ceas de aur cu capac dublu, în 1950 luase mită 250.000 lei ș.a.m.d.⁸².

⁶⁷ *Ibidem*, ff. 208-209.

⁶⁸ *Ibidem*, ff. 168-174.

⁶⁹ *Ibidem*, f. 233.

⁷⁰ Pentru a scăpa de sintagma de mic burghez, Alexandru Petrescu a avut inteligența ca, la finalul anilor '40, să își doneze proprietățile, casele Poiana Țapului și Poiana Ialomița și 18.50 ha pământ (Idem, fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, f.138).

⁷¹ *Ibidem*, f. 128.

⁷² *Ibidem*, ff. 161-162.

⁷³ *Ibidem*, f. 138.

⁷⁴ *Ibidem*, ff. 157-158.

⁷⁵ *Ibidem*, f. 197.

⁷⁶ *Ibidem*, f. 53.

⁷⁷ Idem, fond Informativ, dosar nr. 549561, vol. 2, f. 282.

⁷⁸ *Ibidem*, *passim*.

⁷⁹ *Ibidem*, vol. 2, ff. 12-13.

⁸⁰ *Ibidem*, vol. 1, f. 17.

⁸¹ *Ibidem*, ff. 1-20.

⁸² *Ibidem*, f. 62.

Avantajele materiale pentru intervenția în anumite procese le primea prin diverse cunoștințe și prieteni. Unul dintre aceștia declara în 1950 că, în schimbul unor intervenții, îl mituise cu sumele de 150.000 și 40.000 de lei⁸³. În anii 1947-1951, magistratul se afla în relații cu ceasornicarul Moscovici, fost proprietar al unui atelier de ceasornicărie care, în schimbul unor bijuterii și ceasuri de aur, reparații și modificări gratuite, intervenise de mai multe ori pe lângă el pentru soluții favorabile în procesele unor rude sau cunoștințe⁸⁴.

Potrivit unor surse credibile, în anul 1950, din calitatea de Președinte al Tribunalului București, Alexandru Petrescu dădea soluții favorabile pentru inculpați politici precum pentru trecere frauduloasă a frontierei sau evaziune. Banii îi primea în general prin intermediul avocaților, dar și personal sau prin intermediul soției sale Mariana⁸⁵.

După cum era obiceiul, aceste informări erau urmate de anchete penale. Astfel, în timp ce Alexandru Petrescu judeca și condamna în procesele de la Canal, Securitatea lua interogatorii despre el, care pregăteau un proces judiciar în care, de data aceasta, urma să fie victimă și nu călău. Au fost strânse numeroase procese verbale de interogatoriu care îl încriminau pe Alexandru Petrescu. Acestea erau luate de la arestați în alte spețe, de pildă de la Cristea Atanasie, fost militar de carieră și prieten cu acesta încă din anul 1915-1916, când se aflau în școala militară⁸⁶.

În anul 1953, aflat în anchetă, Ștefan Mănescu, fost magistrat militar procuror în mai multe procese judecate de Alexandru Petrescu, a „dezvăluit” afacerile oneroase pe care le făcuseră împreună în anii 1947-1948, afaceri constând în schimbarea încadrării, favorizarea prin aplicarea unor pedepse mai mici sau chiar eliberarea prin declararea ca iresponsabili în fața legii a unor dușmani ai poporului, totul în schimbul unor sume de bani și alte avantaje materiale pe care le împărțeau, bani care proveneau de la un avocat, Ștefan Demetriad⁸⁷. Dealtfel, în acei ani, în toate procesele în care apăra Demetriad inculpații primeau pedepse mici sau erau achitați⁸⁸. Informațiile date sub anchetă trebuie preluate cu un mare semn de întrebare, fiind foarte probabilă aplicarea metodei de constituire a unui dosar cât mai voluminos pentru șantajarea magistratului, care să judece în continuare cu aceeași „intransigență” în procesele politice.

În cazul în care ancheta avea o astfel de motivație, aceasta era inutilă deoarece magistratul dovedise și nu se dezmințise niciodată în privința obedienței față de putere și nici în privința profesionalismului cu care transpunea ordinele politice în sentințe judecătorești. Își pregătea procesele în detaliu⁸⁹ iar motivările sentințelor în procesele politice erau bine elaborate și complexe.

Sursele spuneau că generalul Petrescu își ducea viața în desfrâu cu femei, cheltuind sume care depășeau cu mult veniturile salariale⁹⁰. Ca și în timpul când conducea penitenciarele, promiscuitatea sa se extindea și la nivelul subalternilor.

La 6 noiembrie 1954, într-o notă a Direcției a III-a către Direcția a V-a a M.A.I. era sesizată corupția din interiorul Tribunalului M.A.I. București, condus de Alexandru Petrescu. Pe lângă aceasta se atrăgea atenția că sunt delegate la recurs avocate tinere stagiare, fapt care nu era în acord cu legea: „Pe sălile tribunalului sunt observate avocate stagiare tinere, care de foarte multe ori procurorii militari întrețin relații intime cu acestea, fac fel de fel de glume și acestea au loc în văzul familiilor inculpaților care își fac impresie proastă”⁹¹.

Chiar debutul celei de-a doua căsătorii a lui Alexandru Petrescu vădea un caracter de o moralitate îndoielnică, fiind pus pe seama unei intervenții. O tânără, Viorica, a venit la magistrat pentru a interveni pentru punerea în libertate a logodnicului său. Alexandru Petrescu i-a promis că va face tot posibilul, acesta a fost eliberat, dar magistratul a divorțat de soția sa și s-a căsătorit cu Viorica, mai tânără cu 29 de ani⁹². Cu Viorica Petrescu, care, ulterior, a ajuns actriță la teatrul „I.L. Caragiale”⁹³, a avut două fiice, născute în 1951 și 1955⁹⁴. După moartea lui Alexandru Petrescu, a emigrat în SUA.

A menținut relațiile cu fosta soție, Mariana, care, în legătură cu situația pe muchie de cuțit în care se afla magistratul, afirma că: „Petrescu știe ce-l așteaptă, este pregătit și, când va fi cazul, în câteva clipe dispare (moare)”⁹⁵.

Situația fără întoarcere în care se afla Alexandru Petrescu a fost mărturisită de acesta prietenului său col. Mihai Chiriac, pensionar, fost prim-procuror la Tribunalul Suprem. Acesta a povestit la rândul său unui informator care, în 19 noiembrie 1954, a scris o notă informativă. Deși informația este la mâna a doua, credibilitatea sursei este întărită de veridicitatea situației prezentate. Alexandru Petrescu mărturisea că era conștient de situația sa. Despre regimul politic magistratul avea credința „că lucrurile se vor schimba în orice caz acum, peste un an, peste doi sau peste nouă”. Iar

⁸³ *Ibidem*, ff. 67-68.

⁸⁴ *Ibidem*, ff. 80-81.

⁸⁵ *Ibidem*, ff. 164-165.

⁸⁶ *Ibidem*, ff. 1-20.

⁸⁷ *Ibidem*, vol. 2, ff. 129-138.

⁸⁸ *Ibidem*, f. 208

⁸⁹ *Ibidem*, vol. 5, f. 384.

⁹⁰ *Ibidem*, vol. 1, f. 171.

⁹¹ *Ibidem*, vol. 2, f. 110.

⁹² *Ibidem*, f. 123.

⁹³ *Ibidem*, vol. 1, f. 2.

⁹⁴ *Ibidem*, vol. 6, f. 16.

⁹⁵ *Ibidem*, vol. 1, f. 171.

despre situația sa, se justifica spunând: „Că el a fost silit de împrejurări să admită postul ce-l ocupă și în prezent. Că știe că soarta lui este pecetluită, că chiar dacă scapă de justiție nu va scăpa de un glonț ce i se va da pe la spate, tras de cineva (căci și-a cauzat mulți dușmani). Că alta este justiția noului regim care nu este ca cea sovietică. Că a fost forțat să accepte postul întrucât avea 2 procese, pe când era director al Penitenciarelor și că dacă era contra procesul se redeschidea și ar fi fost în închisoare. I-a spus că el vrea să mai ajute pe câte unul care are vreun proces și ca atare să vină pe la el să îi dea cazurile astea. Însă ce va putea face, căci și el este supravegheat. Chiriac nu s-a manifestat contra regimului spunând însă că dacă mai ședea în armată ar fi căzut pe el pacostea de a fi magistrat militar”⁹⁶.

În treacăt fie spus, generalul trebuia să protejeze nu doar libertatea și cariera lui, ci și pe cele ale fiului său. Deși simpatia sa pentru legionari era de notorietate, Tomis Petrescu, s-a înscris în Partidul Comunist imediat după 23 august 1944, dar a fost exclus în 1946. Cu sprijinul tatălui său, deși foarte tânăr încă, în 1948 a fost numit director al Spitalului Combinatului Siderurgic Hunedoara. În 1950 a fost arestat pe motiv că a efectuat o operație chirurgicală greșită, în urma căreia un muncitor decedase. În urma intervenției tatălui său a fost pus în libertate, a fost încadrat în M.A.I. și numit director al Spitalului M.A.I. din Săvășin⁹⁷.

Interesantă dorința magistratului de a-i ajuta doar pe cei care veneau la el cu intervenții și nu de a-i judeca în mod corect pe nevinovați. Practic, îi propunea prietenului său, constituie o filieră de corupție. Criminal „cu suflet”, condamna oameni pe bandă rulantă dar ar fi ajutat să scape câțiva în schimbul unor avantaje materiale.

Aceasta era cea mai importantă informație pentru Securitate, că ajuta „pe câte unul” în procesele politice, cu atât mai mult cu cât existau nenumărate cazuri de sprijin evident și incontestabil. Cel mai ușor de probat dintre ele, sesizat de Direcția de Contraintformații, era cel al lui Matei Cojocaru, fost conducător al garnizoanei legionare Brăila. Acesta fusese condamnat în anul 1949, de Tribunalul Militar Galați, la 7 ani închisoare pentru activitate legionară, dar s-a sustras pedepsei fugind de la domiciliu. În anul 1954 a fost prins și încarcerat. A făcut contestație, judecată de Tribunalul Teritorial București, care i-a menținut pedeapsa. A făcut recurs la instanța superioară și, totodată, o cerere de punere în libertate. Alexandru Petrescu a respins recursul, dar, ulterior, l-a pus în libertate fără nici o justificare⁹⁸.

În urma acestor informații, Securitatea a făcut un plan de acțiune. Trebuia să probeze cazurile în care „intervine pentru punerea în libertate a elementelor dușmănoase”⁹⁹. A fost încadrat cu informatori. Norocul, importanța serviciilor prestate, un protector politic sau toate acestea au la un loc, au făcut ca Alexandru Petrescu să scape.

Cu un trecut dubios, într-o perioadă în care foștii magistrați au fost epurați încorpore, în prima decadă comunistă nu doar că a rămas în libertate, dar a deținut cele mai importante funcții în sistemul judiciar comunist. Sentințe aspre la comandă politică putea să dea orice judecător absolvent de patru clase și al școlii juridice. Diferența între Alexandru Petrescu și ceilalți „judecători populari” o constituia, însă, inteligența sa, care îl făcea să înțeleagă, dincolo de justiția de clasă, interesul puterii politice de la un moment dat, și, mai ales, interesul anumitor factori politici, pregătirea sa juridică și faptul că era vulnerabil și putea fi oricând exclus din justiție și închis.

În privința protectorului său, deși aceste informații nu sunt expuse cu claritate în documentele vremii, în primul rând ne-am gândit la Emil Bodnăraș, care, după cum am văzut, l-a reactivat în anul 1948. Tot Emil Bodnăraș l-a rechemat din rezervă și în septembrie 1951 după ce două luni a avut calitatea de rezervist¹⁰⁰, și în anul 1952, când fusese pentru a patra oară trecut în rezervă. Probabil în urma deciziei politice de la începutul anului 1952, de a elimina vechii magistrați militari, prin Decretul nr. 117 din 3 iunie 1952, Prezidiul Marii Adunări Naționale a R.P.R. îl trecea în rezervă pe Generalul Maior de Justiție Iancu Alexandru Petrescu¹⁰¹. Același Ministru al Forțelor Armate, Emil Bodnăraș, care, așa cum cerea procedura, propusese trecerea în rezervă¹⁰², l-a rechemat, însă, în luna următoare în cadrele active, pentru a conduce ca președinte al completului de judecată al procesului „sabotorilor de la canal”. Procesul s-a desfășurat în lunile august și septembrie, dar Alexandru Petrescu a rămas activ, preluând funcția de Președinte al Tribunalului Militar pentru unitățile M.A.I.¹⁰³ instanța ultimei căi de atac în procesele politice.

Având în vedere vechile relații cu acesta expuse mai sus, precum și cu Iosif Schraer, adjunctul său, a cărui înclinație către corupție era de notorietate, la fel de posibil este ca protectorul său să fi fost Ministrul Afacerilor Interne, Teohari Georgescu. Pe lângă informațiile că avea încă un birou la M.A.I. în timpul ministeriatului acestuia, este varianta cea mai credibilă, dată fiind înclinația acestora spre corupție și bani, comună cu a magistratului Alexandru Petrescu. Eliberarea șefului de bandă interlopă, Bujoiu, de notorietate în lumea justiției de după război, ne duce cu gândul la o intervenție a lui Teohari Georgescu, având în vedere legăturile ministrului cu diverși lideri ai lumii interlope.

⁹⁶ *Ibidem*, vol. 2, f. 118.

⁹⁷ *Idem*, fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, ff. 44-46.

⁹⁸ *Idem*, fond Informativ, dosar nr. 549561, vol. 2, ff. 121-122, 125-126.

⁹⁹ *Ibidem*, vol. 2, ff. 119-120.

¹⁰⁰ *Idem*, fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, f. 35.

¹⁰¹ A.N.I.C., fond Consiliul de Stat- Decrete, dosar nr 3/1952, f. 241.

¹⁰² Emil Bodnăraș dăduse chiar un ordin verbal expres în privința lui Alexandru Petrescu pentru ca acesta să fie trecut în rezervă (A.C.N.S.A.S., fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, f. 56).

¹⁰³ A.N.I.C., fond C.C. al P.C.R., Secția Administrativ- Politică, dosar nr. 43/1953, f. 67; A.C.N.S.A.S., fond Cadre M.A.I., dosar nr. 57, f. 50.

Dealtfel, se pare că Teohari Georgescu avea aceleași metehne cu Alexandru Petrescu. Potrivit unui referat întocmit de Alexandru Drăghici și Augustin Alexa după mazilirea acestuia, fostul ministru de Interne practica punerea în libertate a unor arestați în schimbul legăturilor intime cu soțiile lor. Lui Teohari Georgescu i se imputa și relația cu Iosif Schraer pe care nu doar că nu l-a arestat la indicațiile lui Gheorghe Gheorghiu – Dej, ba chiar îi facilitase fuga din țară¹⁰⁴.

Nu în ultimul rând, Alexandru Petrescu s-a bucurat de protecția lui Alexandru Drăghici. În calitate de acuzator public, Drăghici a fost anchetatorul său la sfârșitul anului 1944. Imediat după ce a făcut anticameră la acesta, nu doar că a fost scos de sub urmărire, dar s-a interzis să se mai scrie ceva în presă referitor la calitatea sa de criminal de război¹⁰⁵. În anul 1952, la înființarea Tribunalului Militar pentru Unitățile M.A.I (M.S.S.), Alexandru Petrescu a fost numit în fruntea lor. Coincidență sau nu, aceste tribunale au fost înființate imediat după mazilirea lui Teohari Georgescu, atunci când Emil Bodnăraș dăduse ordin expres ca Alexandru Petrescu să fie trecut în rezervă. Deși făceau parte dintre organele judiciare militare, aveau o subordonare multiplă. În fapt, ele se subordonau în mod direct lui Alexandru Drăghici, șeful Securității, care l-a luat în mod direct în subordinea și sub protecția sa, astfel încât, deși informații despre favoritismele făcute de Alexandru Petrescu în schimbul unor sume de bani¹⁰⁶ au continuat până când s-a pensionat, în anul 1958¹⁰⁷, generalul a fost de neatins.

Așa cum era de așteptat, Alexandru Petrescu a fost urmărit de Securitate și după trecerea definitivă în rezervă. Rapoartele și notele de după anul 1960 conțineau informații din timpul războiului și după¹⁰⁸. În anul 1965 Alexandru Petrescu era urmărit de Securitate pentru activitatea sa din trecut. Se reluau aceleași informații: că a luat măsuri represive împotriva deținuților politici comuniști, ceea ce dusesse la exterminarea lor și că în 1948 se afla într-un grup de masoni pe care, din funcția de Președinte al Tribunalului București, i-a favorizat prin achitări și reduceri de pedepse¹⁰⁹.

Dar magistratul militar Alexandru Petrescu se strecurase prea bine printre pericolele carierei sale și făcuse prea multe servicii regimului comunist pentru ca să nu se bucure de pensia frumoasă fără a fi deranjat de autorități și fără a părea cel puțin că ar fi avut mustrări de conștiință pentru viețile distruse și nedreptățile comise. Personalitate tenebroasă, în deplinătatea facultăților intelectuale, dar fără facultăți morale, Alexandru Petrescu și-a petrecut bătrânețile făcând plimbări lungi în parcul Herăstrău¹¹⁰, în vecinătatea căruia locuia¹¹¹. Apreciat în mod deosebit de statul comunist pentru serviciile aduse¹¹², a murit în București, în 1977, ca pensionar respectabil.

¹⁰⁴ Gheorghe Onișoru, *Pecetea lui Stalin: cazul Vasile Luca*, Târgoviște, Cetatea de Scaun, 2014, p. 289.

¹⁰⁵ A.C.N.S.A.S., fond Cadre M.A.I, dosar nr. 57, f. 159.

¹⁰⁶ Idem, fond Informativ, dosar nr. 549561, v. 2, f. 110.

¹⁰⁷ *Ibidem*, f. 2.

¹⁰⁸ *Ibidem*, ff. 12-13.

¹⁰⁹ *Ibidem*, vol. 6, f. 1.

¹¹⁰ *Ibidem*, f. 4.

¹¹¹ Din anul 1950 a locuit împreună cu familia în strada Popa Savu, nr. 50 (*ibidem*, vol. 1, f. 2).

¹¹² În anul 1972, la finalul fișei de cadre întocmite de generalul-maior Iulian Vlad, șeful Direcției Personal și Învățământ a Ministerului de Interne se concluzionează: „generalul – maior în rezervă Alexandru Petrescu are o activitate îndelungată în aparatul de stat iar după 23 august 1944 și-a adus o contribuție însemnată la întărirea ordinii sociale și de stat în țara noastră” (idem, fond Cadre M.A.I, dosar nr. 57, f. 43).

JUSTIȚIA CONSTITUȚIONALĂ ÎN ROMÂNIA. EVOLUȚIE ȘI PERSPECTIVE

Marius ANDREESCU*

Abstract : *The supremacy of the Constitution is a reality also because of the role of the Constitutional Court, as defined in art. 142 paragraph (1) of the Constitution. The Constitutional Court's powers contribute essentially to the rule of law and, therefore, a historical analysis of the evolution of this important constitutional institution is likely to highlight the legitimacy of the constitutionality control of the laws in Romania, but also its perspectives.*

In our analysis, we are arguing for the concept of constitutional justice, from a historical point of view, which includes the main attribution of a constitutional court, namely the control of the constitutionality of the laws. From this perspective, we point out the main evolutive moments of the constitutional control of the laws in Romania, analyzing briefly the particularities of the constitutional regulations during the evolution of the constitutional justice in our country. At the same time, we emphasize the contemporary features of the constitutionality control of the laws in Romania, and we argue that guaranteeing the supremacy of the Constitution, through constitutional control, must be seen in the broad sense and in terms of the attributions of the judicial courts in this field.

We believe that the role of the Constitutional Court must be amplified by new powers, including through future revisions to the Fundamental Law, as this creates new guarantees regarding the reality of the principle of separation and balance of power in the state, and obviously guaranteeing the supremacy of the Fundamental Law.

Keywords : *Constitutional justice ; constitutional control of laws ; historical stages of its constitutional control of laws in Romania ; contemporary features of constitutional justice; possible new powers of the Constitutional Court.*

I. Semnificații și trăsături ale justiției constituționale

Supremația Constituției ar rămâne o simplă chestiune teoretică dacă nu ar exista garanțiile adecvate. Incontestabil, justiția constituțională și forma ei particulară, controlul de constituționalitate al legilor, reprezintă principala garanție a supremației Constituției, așa cum de altfel se stipulează și în mod expres în Legea fundamentală a României.

Profesorul Ion Deleanu aprecia că „Justiția constituțională poate fi considerată, alături de multe altele, o paradigmă a acestui secol”¹. Apariția și evoluția justiției constituționale este determinată de mai mulți factori, la care doctrina se referă, printre care menționăm: omul, în calitatea sa de cetățean, devine un reper axiologic cardinal al societății civile și politice, iar drepturile și libertățile fundamentale numai reprezintă un simplu discurs teoretic, ci o realitate normativă; se realizează o reconsiderare a democrației, în sensul că protecția minorității devine o cerință principală a statului de drept și, în același timp o contrapondere la principiul majorității; „suveranitatea parlamentară” este supusă supremației legii și, în special, a Constituției, prin urmare legea nu mai este un act infailibil al Parlamentului, ci condiționat de normele și valorile Constituției; nu în ultimul rând, reconsiderarea rolului și locului constituțiilor în sensul calificării lor, mai ales că „așezăminte fundamentale ale guvernaților și nu ale guvernanților, ca act dinamic, în continuare modelare, și ca act al societății”².

Termenii de „justiție constituțională” și „jurisdicție constituțională” sunt controversați în literatura de specialitate, preferându-se mai ales acela de control de constituționalitate a legilor, în sensul de instituție juridică de drept constituțional. Cu toate acestea, noțiunea de „justiție constituțională” apare în opera lui Kelsen sub forma „garanția jurisdicțională a Constituției”³. De asemenea, Eisenmann o consideră ca fiind „acea formă de justiție sau mai exact de jurisdicție care privește legile constituționale”, fără de care Constituția nu ar fi decât „un program politic, obligatoriu numai moralmente”. Același autor face distincția dintre justiția constituțională și jurisdicția constituțională. „Justiția constituțională” este forma prin care se garantează repartizarea prerogativelor între legislația ordinară și legislația constituțională, iar „jurisdicția constituțională” se referă la autoritatea prin care se realizează justiția constituțională⁴.

În literatura română, noțiunea de „justiție constituțională” s-a încetățenit în special datorită contribuției în materie a profesorului Ion Deleanu⁵. Fără a face o analiză minuțioasă a acestui concept, considerăm că justiția constituțională este o categorie juridică cu o semnificație specială a cărei componente constituționale sunt următoarele: a) desemnează ansamblul instituțiilor și al procedurilor prin intermediul cărora se realizează supremația Constituției; b) un organ statal competent să o realizeze cu atribuțiile prevăzute de Constituție și de lege; c) un ansamblu de mijloace

* Lector universitar dr./Judecător; Universitatea din Pitești/Curtea de Apel Pitești; e-mail: andreescu_marius@yahoo.com

¹ Deleanu I., *Justiția constituțională*, Ed. Lumina Lex, București, 1995, p.5

² Pentru dezvoltări a se vedea Deleanu I, op. cit., p. 5,6

³ Kelsen H, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, în *Revue de Droit publique*, 1928, p.197 și urm.

⁴ Pentru dezvoltări a se vedea Eisenmann Ch, *La Justice constitutionnelle de la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928, reed. PUAM et Economica, 1986

⁵ Pentru dezvoltări a se vedea Deleanu I, op.cit., p. 9-126

tehnice și forme de înfăptuire care să prezinte elemente specifice și exclusive; d) scopul justiției constituționale este acela de a asigura supremația Constituției.⁶

Nu există identitate între conceptele de justiție constituțională și, respectiv, control de constituționalitate al legilor. Acesta din urmă este numai o parte componentă a primului.

În sensul definiției propuse mai sus pot fi identificate trăsăturile generale ale justiției constituționale: este o veritabilă jurisdicție comportând însă unele particularități față de alte forme de jurisdicție având în vedere scopul acesteia; poate utiliza reguli procedurale comune dar și reguli procedurale proprii înscrise în Constituție, legi și regulamente determinate de natura litigiului constituțional; poate fi realizată de către un organ statal specializat (politic, jurisdicțional, sau cu o dublă natură), sau de către instanțele judecătorești de drept comun; este o justiție exclusivă deoarece are monopolul contenciosului constituțional. Nu este întotdeauna concentrată pentru că instanțele judecătorești de drept comun pot avea perspective în domeniul contenciosului constituțional: independența justiției constituționale constă în existența unui „statut constituțional” al organului care înfăptuiește acest tip de jurisdicție, constând în autonomia statutară și administrativă independentă față de orice autoritate publică; verificarea propriei competențe, preeminența abuzurilor justiției constituționale față de orice alte decizii jurisdicționale: independența și inamovibilitatea judecătorilor și, în unele cazuri, desemnarea acestora folosind alte criterii decât cele privitoare la recrutarea, numirea și promovarea magistraților de carieră;

Controlul de constituționalitate al legilor este principala formă a justiției constituționale și constituie o bază a democrației garantând realizarea unui guvernământ democratic, care să respecte supremația legii și a Constituției.

George Alexianu considera că legalitatea este un atribut al statului modern. Ideea de legalitate în concepția autorului este formulată după cum urmează: toate organele statului funcționează în baza unei ordini de drept statuată de legiuitor și care trebuie respectată.

Același autor, referindu-se la supremația Constituției, afirma cu deplin temei și în raport cu realitățile de astăzi: „Când statul modern își organizează noua sa înfățișare, cea dintâi idee care-l preocupă este aceea a stăvilirii abuzului administrativ, de aici invențiunea constituțiilor și pe cale jurisdicțională instituirea unui control al legalității. Odată acest abuz stabilit apare unul nou, mult mai grav, acela al Parlamentului. Se inventează atunci supremația Constituției și diferite sisteme pentru garantarea ei. Ideea de legalitate dobândește astfel o puternică pârgă de întărire”⁷.

În doctrină, controlul de constituționalitate al legilor a fost definit ca fiind: „Activitatea organizată de verificare a conformității legii cu constituția, iar din punct de vedere al dreptului constituțional cuprinde reguli privitoare la autoritățile competente a face această verificare, procedura de urmat și măsurile ce pot fi luate după realizarea acestei proceduri”⁸. În esență, controlul constituționalității legilor presupune verificarea conformității legii ca act juridic al Parlamentului, dar și a altor categorii de acte normative cu normele cuprinse în Constituție. Conformitatea trebuie să existe atât sub aspect formal (competența organului emitent și procedura de elaborare), cât și din punct de vedere material (conținutul normei din legea ordinară trebuie să fie conform normei constituționale).

II. Aspecte ale apariției și evoluției controlului de constituționalitate

Dacă se are în vedere caracterul cronologic, verificarea constituționalității legilor a fost realizată pentru prima dată în Anglia de către Eduard Cohe prin hotărârea sa din 1610 în cazul Bonham, în calitate de chief justice. Utilitatea controlului de constituționalitate a fost apoi învederată de Alexander Hamilton în S.U.A. în 1780: „Dacă s-ar întâmpla să existe o diferență preconciabilă între legi și Constituție ar trebui desigur să fie preferată aceea care are o valabilitate și o obligativitate superioară sau, cu alte cuvinte, constituția trebuie preferată legii... Niciun act legislativ contrar Constituției nu poate fi valid”⁹.

Acela care pune însă în mod frecvent problema controlului constituționalității legilor de către un organ politic este renumitul jurist și om politic francez Siéyes. În discursul său din Convenția Franței din anul 1791, cere crearea unui organ de natură politică, care să anuleze din oficiu sau la cererea celor interesați, orice act sau orice lege care ar fi contrară Constituției. Mai mult, acest organ avea chiar un rol de Adunare Constituantă.

Din perspectivă istorică, o importantă apartență prezintă controlul judecătoresc de constituționalitate instaurat în S.U.A. la începutul secolului al XIX-lea, deși Constituția nu îl prevedea. Curtea supremă se pronunță în afacerea Marbury vs. Madison, pentru prima dată într-o speță de natura aceasta, declarând Constituția federală ca fiind lege supremă a statului și înlăturând un act al Congresului contrar Constituției federale. Decizia Curții este redactată de judecătorul John Marshall și formează baza pe care se fundamentează jurisprudența americană în materia controlului de constituționalitate.

Raționamentul pe care l-a atribuit judecătorul american este următorul: judecătorul are menirea să aplice și să interpreteze legile. Constituția este legea supremă a unui stat care trebuie să fie aplicată cu prioritate față de oricare

⁶ Pentru dezvoltări a se vedea și Deleanu I. *Instituții și proceduri constituționale*, Ed. C.H.Beck, București, 2006, pp. 810-828 și Andreescu M., Puran A., *Drept constituțional. Teoria generală a statului*, ediția a II-a, Ed. Ch.Beck, București, pp. 205-206.

⁷ Alexianu G., *Drept constituțional*, Ed. Casei Școalelor, București, 1930, p. 71

⁸ Muraru I., Tănăsescu E.S., *Drept constituțional și Instituții politice*, Ed. Ch.Beck, 2014, Vol. II, p.191

⁹ Alexianu G., *op.cit.*, p.72

altă lege. Constituția fiind o lege, urmează să fie interpretată și aplicată de judecător inclusiv la un caz particular care formează obiectul judecății. În cazul în care legea nu este conformă cu normele constituționale, acestea din urmă se vor aplica dat fiind caracterul suprem al Constituției.

Modelul european de justiție constituțională se caracterizează din punct de vedere instituțional în curți sau tribunale constituționale.

În perioada interbelică acest model s-a remarcat în: Austria (1920), Cehoslovacia (1979), Spania (1931) și Irlanda (1938). După al Doilea Război Mondial se înființează curți și tribunale constituționale în majoritatea statelor europene: Italia (1948), Germania (1949), Turcia (1961), Portugalia (1976), Spania (1978) etc. Printre țările est-europene care au acest model de justiție constituțională menționăm: România, Polonia, Ungaria, Cehia, Croația, Macedonia, Rusia, Ucraina, Lituania, etc. În cazul Franței controlul de constituționalitate este realizat de către un organ cu dublă natură, politic și jurisdicțional, Consiliul Constituțional francez.

În țara noastră, controlul de constituționalitate a legilor a cunoscut o evoluție marcată de particularitățile naționale și de aplicarea succesivă a celor două modele mai sus prezentate.

Astfel, statutul lui Cuza stabilea în art. 12 că statul și legile constituționale sunt puse sub ocrotirea corpului ponderator. Prin urmare, această cameră a parlamentului putea să verifice conformitatea unei legi cu Constituția.

Constituția din 1866 nu reglementa controlul de constituționalitate al legilor.

Cu toate acestea, pot fi menționate dispozițiile art. 93 din Constituție, potrivit cărora Domnul „sanționează și promulgă legile” și că el „poate refuza sancțiunea sa”. În consecință, șeful statului putea refuza promulgarea unei legi, dacă o considera neconstituțională. Evident, nu este un veritabil control de constituționalitate a legilor, dar este o modalitate premergătoare unei astfel de verificări. În perioada cât a fost în vigoare Constituția din 1866, șeful statului nu a recurs niciodată la această procedură.

Controlul de constituționalitate al legilor realizat de o instanță judecătorească și nu de o instituție specializată, diferită de puterea judecătorească a fost acceptat și pe continentul european. Istoria constituțională menționează o prioritate românească în acest caz. Astfel, în perioada 1911-1912 mai întâi Tribunalul Ilfov și apoi Înalta Curte de Casație și Justiție și-au arogat dreptul de a verifica conformitatea constituțională a legilor în litigiul cunoscut sub numele de „afacerea tramvaielor” din București.

Este interesant raționamentul folosit de către Tribunalul Ilfov și de către Înalta Curte de Casație și Justiție în argumentarea posibilității ca pe cale pretoriană să se realizeze controlul de constituționalitate. În esență, considerentele au fost următoarele: 1) Instanța nu și-a asumat, din oficiu, competența de a se pronunța asupra constituționalității unei legi și de a o anula, deoarece o asemenea procedură ar fi constituit un amestec al puterii judecătorești în atribuțiile puterii legiuitoare. În consecință, instanța și-a asumat această competență, deoarece a fost sesizată cu verificarea constituționalității unei legi; 2) În baza atribuțiilor care sunt date, puterea judecătorească are ca principală misiune interpretarea și aplicarea tutore legilor, fie ordinare sau constituționale. Dacă o lege invocată este contrară Constituției, instanța nu poate refuza soluționarea cauzei; 3) Nu exista nicio dispoziție în Constituția din 1866 prin care să se interzică expres dreptul puterii judecătorești de a verifica dacă o lege este conformă cu Constituția. Sunt invocate dispozițiile art. 77 din Constituție, potrivit cărora un judecător, conform jurământului depus, este obligat să aplice legile și Constituția țării; 4) Spre deosebire de legile ordinare, Constituția este permanentă și nu poate fi revizuită decât în mod excepțional. Fiind legea cu forță supremă, Constituția se impune prin autoritatea sa tuturor și de aceea judecătorul este obligat să o aplice cu prioritate, inclusiv în ipoteza în care legea în baza căreia se soluționează litigiul este contrară Constituției¹⁰.

Deciziile pronunțate de Tribunalul Ilfov și Înalta Curte de Casație și Justiție au fost bine primite de către specialiștii vremii. Iată un scurt comentariu: „Această decizie a fost o mare satisfacțiune pentru toți oamenii de drept. Ea reprezintă un mare pas în propășirea acestei țări spre progres, fiindcă ea consacră principiul că Constituția acestui stat, temelia lui, paladiul drepturilor și libertăților noastre, nu trebuie nesocotite de nimeni. Suntem mândri că i-a fost dat justiției noastre să arate chiar justiției din țările occidentale adevărate cale a progresului în materie de drept public”¹¹.

Pentru prima dată, controlul de constituționalitate al legilor a fost reglementat de Constituția României din 1923, prin art. 103, fiind adoptat modelul american. „Numai Curtea de Casație în secții unite are dreptul de a judeca constituționalitatea legilor și a declara inaplicabile pe acelea care sunt contrare Constituției. Judecata asupra inconstituționalității legilor se mărginește numai la cazul judecat”.

Prin urmare, controlul constituționalității legilor era de competență exclusivă a Curții de Casație în secții unite. El se putea exercita numai pe calea excepției de neconstituționalitate invocată cu ocazia judecării unui litigiu. Totodată, hotărârea pronunțată producea efecte juridice numai între părțile din proces și avea putere de lucru judecat decât asupra speței soluționate.

De asemenea, constituționalitatea legilor se judeca după ce litigiul a străbătut toate gradele de jurisdicție. Această procedură constituia o cale extraordinară de atac a unei hotărâri. Dispozițiile art. 29 din Legea Curții de Casație

¹⁰ A se vedea „Curierul Judiciar”, Nr. 32, din 29 aprilie 1912, pp.373-376

¹¹ Comșa N.D, *Notele din „Curierul Judiciar”*, Nr.32, din 29 aprilie 1912, p.378

prevedeau o singură excepție, atunci când reclamantul acceptă suspendarea judecării fondului procesului pentru a se decide în prealabil de către Curtea de Casație asupra constituționalității legii a cărei aplicare se cerea.

Totodată, prin aceste reglementări constituționale se realiza trecerea de la controlul judecătoresc „difuz”, asumat de către toate instanțele judecătorești, la un control judecătoresc „concentrat”, atribuit unei singure instanțe, și anume Curții de Casație, în secțiuni unite. De asemenea, decizia pronunțată în această procedură producea efecte numai cu privire la cazul judecat și între părțile litigiului, neputând produce efecte juridice „erga omnes”.

Controlul de constituționalitate al legilor a fost reglementat identic de Constituția României din 1938, prin dispozițiile art. 75.

În perioada postbelică, controlul de constituționalitate al legilor practic nu mai era reglementat. Dispozițiile art. 24 lit. j) din Constituția din 1952 stabileau că organul reprezentativ suprem, Marea Adunare Națională are în competența sa „controlul general asupra aplicării Constituției”, ceea ce includea și dreptul de a examina conformitatea legii cu constituția.

La fel, dispozițiile art. 43 pct. 5 din Constituția adoptată în 1965 stabileau competența Marii Adunări Naționale pentru exercitarea controlului general al aplicării Constituției, dar aceste dispoziții reglementau mai precis competența organului reprezentativ suprem în privința controlului de constituționalitate al legilor: „Numai Marea Adunare Națională hotărăște asupra constituționalității legilor”.

Legiuitorul constituant din perioada postbelică a statului totalitar renunță la modelul american, ca de altfel și la principiul separației puterilor în stat și încredințează controlul de constituționalitate unui organism politic.

Constituția României din 1991 care restabilește valorile democrației și ale statului de drept reglementează inițial controlul de constituționalitate al legilor în art. 140-145, conform modelului european, competența revenind Curții Constituționale, aceasta fiind constituită ca autoritate publică independentă.

III. Realități și perspective ale justiției constituționale în România

În România, justiția constituțională este realizată concentrat de către Curtea Constituțională. Sediul materiei îl reprezintă dispozițiile cuprinse în art. 142-147 din Constituție și cele cuprinse în Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale¹². Totuși, așa cum vom arăta mai jos, justiția constituțională nu este un atribut exclusiv al Curții Constituționale, ci numai componenta sa cea mai importantă controlul de constituționalitate al legilor la care se adaugă competențele exclusive conferite de Constituție și de legile speciale.

Dispozițiile constituționale prin care Curtea Constituțională a României a devenit o realitate a fost acceptată după ample dezbateri parlamentare, cu ocazia discutării proiectului de constituție. Este util demersului nostru științific de a menționa în mod succint matura acestor discuții parlamentare în urma cărora instanța constituțională a devenit o realitate. Comisia parlamentară de redactare a Legii fundamentale a produs ca Titlu IV să fie consacrat „Consiliului constituțional” sub influența sistemului constituțional francez.

Dezbaterile din adunarea constituantă pot fi sistematizate, așa cum s-a arătat în literatura de specialitate, în patru mari idei: „și anume a) eliminarea instituției, fără nicio variantă; b) eliminarea consiliului constituțional, cu încredințarea misiunii sale de control instanțelor judecătorești; c) încredințarea controlului de constituționalitate unei comisii; d) acceptarea controlului constituționalității legilor, exercitat de către o autoritate distinctă, consiliu, curte, sau tribunal constituțional”¹³.

În final, Adunarea Constituantă a hotărât crearea unui organ specializat, judiciar, respectiv Curtea Constituțională. Esența argumentării acestei decizii a fost următoarea: „Adunarea Constituantă a decis să instituționalizeze această formă de control a constituționalității legilor. Un astfel de control este inerent statului de drept și democratic. În perioada postbelică, toate statele europene care și-au adoptat constituții au încredințat controlul constituționalității legilor, nu instanțelor judecătorești, ci unui organ special și specializat, așa încât modelul oferit în proiect este un model european. Prin modul ei de alcătuire și prin atribuțiile ce îi revin, Curtea constituțională nu este „o supraputere”, nici nu este costisitoare – față de alte instituții – prin cei nouă membri ai săi. Încredințarea controlului constituționalității legilor Curții Supreme de justiție ar avea drept consecință transformarea organului jurisdicțional într-un organ politic, supraordonarea autorității judecătorești, stimularea arbitrarului din partea acesteia, revenirea la o formă de control desuetă, de mult depășită, în majoritatea covârșitoare a țărilor democratice din lume”¹⁴.

Doctrina a sintetizat următoarele trăsături și funcții ale Curții Constituționale¹⁵: a) Nu este o altă putere în stat și nici nu preia vreuna din funcțiile celor trei puteri; b) Are o dublă natură: politică și jurisdicțională; c) Rolul Curții Constituționale ca autoritate publică este acela de a fi garantul supremației Constituției; d) Este autoritatea publică ce sprijină buna funcționare a puterilor publice în cadrul raporturilor constituționale, de separație, echilibru, colaborare și control reciproc; e) Curtea Constituțională este singura autoritate de jurisdicție constituțională din România [art. 1 alin.

¹² Republicată în M.Of. nr. 807 din 3 decembrie 2010

¹³ Muraru I, Tănăsescu E.S. (coordonatori), *Constituția României. Comentariu pe articole*, Ed. C.H.Beck, București, 2008, p.1370

¹⁴ *Ibidem*, p.1373

¹⁵ Pentru dezvoltări a se vedea : Ionescu C., Dumitrescu C.A., *Constituția României. Comentarii și explicații*, Editura Ch. Beck, București , 2017, pp. 1533-1594; Muraru I., Tănăsescu E.S., *Constituția României. Comentarii pe articole, op.cit.*, pp. 174-1379.

(2) din Legea nr. 47/1992, republicată]; f) Organizarea, funcționarea și exercitarea atribuțiilor se realizează cu respectarea principiului legalității; g) Componenta Curții Constituționale este stabilită de Constituție și de Legea nr. 47/1992; h) În exercitarea atribuțiilor sale Curtea Constituțională reglementează o operă de interpretare a legii și a Constituției; i) Curtea Constituțională „sprijină buna funcționare a puterilor publice în cadrul raporturilor constituționale de separație, echilibru și control reciproc”; j) Curtea Constituțională este un garant al respectării drepturilor și libertăților fundamentale.

Controlul judecătoresc reprezintă o importantă modalitate de garantare a supremației legii fundamentale, deoarece prin natura atribuțiilor pe care le au instanțele judecătorești interpretează și aplică legea, ceea ce implică și obligația de a analiza conformitatea actelor juridice supuse controlului judecătoresc cu normele Constituției. Prin urmare instanțele judecătorești au competențe în materia justiției constituționale. Avem în vedere nu numai obligația generală a judecătorului de a respecta și aplica normele Constituției sau atribuțiile conferite de lege pentru a sesiza instanța constituțională cu o excepție de neconstituționalitate, ci în mod deosebit posibilitatea de a cenzura un act juridic sub aspectul constituționalității.

Doctrina și jurisprudența recentă în materie analizează competența instanțelor judecătorești de a verifica unele acte juridice sub aspectul conformității cu normele constituționale. Un act juridic neconstituțional este un act emis cu exces de putere.

Neconstituționalitatea unui act juridic poate fi constată de către o instanță de judecată, dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: 1. instanța să își exercite atribuțiile în limitele competenței prevăzute de lege; 2. actul juridic poate fi individual sau normativ, poate avea un caracter obligatoriu ori facultativ; 3. să nu existe în cauză competența exclusivă a Curții Constituționale de a se pronunța asupra constituționalității actului juridic; 4. soluționarea cauzei să depindă de actul juridic ce este criticat pentru neconstituționalitate; 5. să existe o motivație pertinentă, suficientă și rezonabilă a instanței privind neconstituționalitatea actului juridic.

În cazul îndeplinirii cumulative a acestor condiții nu sunt depășite limitele atribuțiilor instanțelor judecătorești, ci, dimpotrivă, se aplică principiul supremației Constituției și se dă eficiență rolului judecătorului de a aplica și interpreta corect legea. O astfel de soluție este justificată și în raport cu rolul judecătorului în statul de drept: acela de a interpreta și aplica legea.

Realizarea acestei misiuni constituționale, deosebit de importante și dificile în același timp, impune judecătorului să aplice legea respectând principiul supremației Constituției, prin urmare de a controla constituționalitatea actelor juridice care formează obiectul litigiului dedus judecății sau care se aplică soluționării cauzei. Aplicarea actelor juridice se realizează de judecător ținând cont de forța lor juridică și cu respectarea principiului supremației Constituției. În acest sens trebuie menționate și dispozițiile art. 4 alin. (1) din Legea nr. 303/2004 care obligă magistrații ca prin întreaga lor activitate să asigure supremația legii.

O altă problemă este aceea de a ști care sunt soluțiile pe care instanțele judecătorești le pot pronunța, cu respectarea condițiilor mai sus arătate, atunci când constată neconstituționalitatea unui act juridic. Pot exista două situații: Într-o primă ipoteză, instanțele pot fi învestite direct cu verificarea legalității unui act juridic, așa cum este cazul instanțelor de contencios administrativ. În acest caz, instanțele judecătorești pot constata prin hotărâre nulitatea absolută a actelor juridice, pe motiv de neconstituționalitate. Cealaltă situație are în vedere ipoteza în care instanțele nu sunt învestite în mod nemijlocit cu verificarea actului juridic criticat pentru neconstituționalitate, dar acel act juridic se aplică în soluționarea cauzei dedusă judecății. În acest caz, instanțele nu mai pot dispune anularea actului juridic neconstituțional, însă nu îl vor mai aplica pentru soluționarea cauzei.

IV. Unele concluzii

În opinia noastră este necesar ca rolul Curții Constituționale de garant al Legii fundamentale să fie amplificat prin noi atribuții cu scopul de a limita excesul de putere al autorităților statului. Nu suntem de acord cu cele afirmate în literatura de specialitate că o posibilă ameliorare a justiției constituționale s-ar putea realiza prin reducerea atribuțiilor instanței de contencios constituțional¹⁶ Este adevărat, Curtea Constituțională a pronunțat unele decizii discutabile sub aspectul respectării limitelor exercitării atribuțiilor care îi revin potrivit Constituției, prin asumarea rolului de legiuitor pozitiv¹⁷. Reducerea atribuțiilor instanței constituționale pentru acest motiv nu este o soluție cu fundament juridic. Desigur reducerea atribuțiilor unei autorități a statului are ca și consecință eliminarea riscului de exercitare defectuoasă a acelor atribuții. Nu în acest mod se realizează într-un stat de drept perfecționarea activității unei autorități a statului, ci prin căutarea unor soluții juridice de realizare în condiții mai bune a atribuțiilor care se dovedesc a fi necesare sistemului statal și social.

Proportionalitatea este un principiu fundamental al dreptului consacrat explicit în reglementări constituționale, legislative și instrumente juridice internaționale. Este bazat pe valorile dreptului rațional ale justiției și echității și

¹⁶ Vrabie G., *Natura juridică a curților constituționale și locul lor în sistemul autorităților publice*, în Revista de Drept Public, nr. 1/2010 p. 33.

¹⁷ Ne referim cu titlu de exemplu la *Decizia nr. 356/2007*, publicată în M.Of. nr. 322 din 14 mai 2007 și la *Decizia nr. 98/2008* publicată în M. Of. nr. 140 din 22 februarie 2008.

exprimă existența unui raport echilibrat sau adecvat între acțiuni, situații, fenomene, fiind un criteriu pentru limitarea măsurilor dispuse de autoritățile statului la ceea ce este necesar pentru atingerea unui scop legitim, în acest fel fiind garantate drepturile fundamentale și evitat excesul de putere al autorităților statului. Proportionalitatea este un principiu de bază al dreptului Uniunii Europene fiind consacrat expres de dispozițiile art. 5 din Tratatul privind Uniunea Europeană¹⁸.

Apreciem că reglementarea expresă a acestui principiu numai în conținutul dispozițiilor art.53 din Constituție, cu aplicare în domeniul restrângerii exercițiului unor drepturi este insuficient pentru a pune în valoare întreaga semnificație și importanța a principiului pentru statul de drept.

Este util, într-o viitoare revizuire a legii fundamentale, ca la art. 1 din Constituție să se adauge un nou alineat care să prevadă că „Exercitarea puterii statale trebuie să fie proporțională și nediscriminatorie”. Această nouă reglementare constituțională s-ar constitui ca o veritabilă obligație constituțională pentru toate autoritățile statului, de a-și exercita atribuțiile în așa fel încât măsurile adoptate să se înscrie în limitele puterii discreționare recunoscute de lege. Totodată se creează posibilitatea pentru Curtea Constituțională de a sancționa pe calea controlului de constituționalitate al legilor și ordonanțelor excesul de putere în activitatea Parlamentului și a Guvernului, folosind drept criteriu principiul proporționalității.

În atribuțiile Curții Constituționale poate fi inclusă aceea de a se pronunța asupra constituționalității actelor administrative exceptate de la controlul de legalitate al instanțelor de contencios administrativ. Această categorie de acte administrative, la care se referă art.126 alin.6 din Constituție și dispozițiile Legii nr. 544/2004 a contenciosului-administrativ sunt deosebit de importante pentru întregul sistem social și statal. Prin urmare este necesar un control de constituționalitate deoarece în lipsa acestuia puterea discreționară a autorității administrative emitente este nelimitată cu consecința posibilității restrângerii excesive a exercițiului drepturilor și libertăților fundamentale sau a încălcării unor valori constituționale importante. Pentru aceleași argumente ar trebui ca instanța noastră constituțională să poată controla sub aspectul constituționalității și decretele Președintelui de instituire a procedurii referendumului.

Înalta Curte de Casație și Justiție are competența, să adopte decizii în procedura recursului în interesul legii care sunt obligatorii pentru instanțe. În lipsa oricărui control de legalitate sau constituționalitate practica a demonstrat că în numeroase situații instanța supremă și-a depășit atribuția de a interpreta legea, și prin astfel de decizii a modificat sau completat acte normative comportându-se ca un veritabil legiuitor încălcând astfel principiul separației puterilor în stat¹⁹. În aceste condiții, cu scopul de a evita excesul de putere al instanței supreme, considerăm că se impune a se atribui Curții Constituționale competența de a se pronunța asupra constituționalității deciziilor Înaltei Curți de Casație și Justiție adoptate în procedura recursului în interesul legii.

¹⁸ Pentru dezvoltări a se vedea Andreescu M., *Proportionalitatea, principiu al dreptului Uniunii Europene*, în Curierul Judiciar nr. 10/2010, pp. 593-598.

¹⁹ Pentru dezvoltări a se vedea Andreescu M., *Constituționalitatea recursului în interesul legii și ale deciziilor pronunțate*, în Curierul Judiciar nr. 1/2011, pp.32-36.

CONSTITUȚIONALISMUL ROMÂNESC SUB INFLUENȚA REGIMURILOR POLITICE

Antonia-Luciana MÎRZAC*

Abstract: *Since its earliest manifestations, Romanian constitutionalism demonstrated over time, flexibility and adaptability to social and political changes that occurred. Constitution as an instrument of achieving the state of law, transposed in its rules, historical doctrinal developments, being connected to the needs of the political class. Although the communist period destabilized native constitutional institutions, with the reaffirmation of democracy, national fundamental values successfully abolished totalitarian tendencies. Thus, modern constitutionalism connected permanently to the requirements and realities of Romanian society.*

Key words : *constitution; political regime; doctrinal influences.*

Odată cu apariția statului național democratic, prin separarea puterilor statale și alegerea conducătorilor au fost create premisele implementării elementelor constituționale primare, sens în care evoluția constituționalismului a reprezentat o condiție esențială pentru dezvoltarea națională contemporană¹.

Conform definiției², Constituția reprezintă legea fundamentală a statului, aflat în diferite stadii ale dezvoltării sociale, economice și politice, prin care, pe baza drepturilor și obligațiilor personale garantate, sunt stabilite forma de guvernare și organizarea instituțională. În acest sens, fiecare etapă istorică a influențat soluționarea și proiectarea tendințelor existente la acel moment în societate, constituționalismul devenind, treptat, elementul central pentru dezvoltarea națională, nu numai în plan politic, dar și în plan juridic³.

De aceea, Actul fundamental național nu a fost elaborat ca un atribut universal valabil pentru toate epocile, ci a trebuit să răspundă cerințelor prezente la un moment dat în existența națiunii, exigențe ce au înglobat atât starea politico-economică a țării, cât și dezideratele sociale și tradițiile naționale. În plus, Constituția a oglindit permanent legătura dintre factorii ce au influențat dezvoltarea societății și forțele și interesele din cadrul comunității, condiții generate de contextul internațional existent, ce s-au regăsit în cadrul fiecărui stadiu al constituționalismului.

Studiind Constituțiile României⁴, putem afirma că documentele asimilează evoluția istorică a statului, preluând valorile, tradițiile naționale și limitele funcționării instituționale, care au fost integrate treptat în procesul sinuos al dezvoltării și impunerii structurilor democratice în societatea autohtonă.

Începuturile constituționalismului românesc

Necesitatea stringentă de modernizare, resimțită la începutul secolului XIX, a vizat integrarea statului român, atât pe palierul politico-economic, cât și din perspectivă culturală, într-o Europă guvernată de aspirații naționale. Identificând noi instituții politico-juridice, în jurul cărora se putea reforma structura statală, societatea românească a manifestat un interes vădit pentru elaborarea unor documente cu rol constituțional prin care să se garanteze dezvoltarea și stabilitatea națională în concordanță cu influențele vremii.

În contextul în care Principatele Române se aflau sub protecția Rusiei, prin Tratatul de la Adrianopol din 1829, iar Imperiul Otoman își menținea suzeranitatea, în anii 1831-1832, în Țara Românească și în Moldova, au intrat în vigoare primele Regulamente Organice. Actele cu rol constituțional au fost elaborate de către două comisii boierești sub coordonarea consulului general rus Minciaki, în conformitate cu indicațiile Curții Imperiale de la Petersburg și sub conducerea generalului Kisseleff, guvernatorul militar al Principatelor Române. Documentele erau similare, conținând unele noutăți privind modernizarea și organizarea statală, cu respectarea anumitor limite, iar domnitorii care au condus Principatele potrivit Regulamentelor erau denumiți domnitori regulamentari⁵.

În afara celor două Regulamente Organice cu caracter constituțional au mai fost redactate și alte documente. Actele au rămas fie la stadiul unor declarații de principii, precum Cererile norodului românesc din 1821, ori al unor declarații de drepturi, ca Proclamația de la Islaz din 1848, fie la nivelul unor proiecte de reformă, precum Constituția Cărvunarilor din 1822, redactată de Ionică Tăutu sau Osăbitul Act de numirea suveranului românilor din 1838, redactat de Ion Câmpineanu⁶.

* Jurist; e-mail: antoniap82@yahoo.com

¹ *Principiile fundamentale ale democrației*; http://www.e-scoala.ro/cultura_civica/democrat2.html.

² <https://dexonline.ro/definitie/constitu%C8%99Bie>.

³ Sofia Popescu, *Regimul politic și constituțional din România*; <http://www.rsdr.ro/Art-1-2-2009.pdf>.

⁴ *Modernizarea României și Constituțiile sale de-a lungul timpului*;

<https://cersipamantromanesc.wordpress.com/2016/05/18/modernizarea-romaniei-si-constitutiile-sale-de-a-lungul-timpului/>.

⁵ <http://www.ebacalaureat.ro/c/constitutiile-din-romania/827>.

⁶ <http://eseuribac.ro/eseu-constitutiile-din-romania/>.

După înfrângerea Rusiei în Războiul Crimeii (1853-1856), purtat împotriva Imperiului Otoman, mutațiile survenite în situația internațională după anul 1856 au creat climatul prielnic constituirii statului român modern. Problema românească a intrat în atenția puterilor garante care înlocuiau protectoratul rusesc (Franța, Anglia, Prusia, Sardinia, Austria, Rusia și Imperiul Otoman), context în care, în anul 1858, reprezentanții Marilor Puteri au redactat Convenția de la Paris. Documentul răspundea însă parțial dorinței de unire a românilor⁷.

Cu toate acestea, primele proiecte constituționale au fost create pe fondul unei constituționalități caracteristice regimurilor parlamentare europene. Treptat, documentele și-au corelat conținut cu realitățile specifice societății românești, construind cadrul legislativ necesar elaborării Constituției din 1866.

Prima Lege fundamentală a României a fost generată de influențele monarhiei constituționale de după Unirea Principatelor Române din 1859, fiind întocmită de reprezentanții legitimi ai statului român. Actul a avut la bază principiul lui Alexandru I. Cuza, prin care se recunoștea suveranitatea interioară a României, precum și Constituția belgiană din 1831, al cărui model a fost agreat în elaborarea primei Constituții românești, Legea fundamentală belgiană fiind esența modelelor francez, englez și american, devenită la acea vreme un model de constituționalism european⁸.

Așadar, reflectând realitățile socio-politice statale, precum și stadiul dezvoltării sociale, Constituția din 1866 a evoluat dintr-un sistem codificat de reguli, într-o lege fundamentală, prin care au fost stabilite principiile organizării statale, precum și drepturile, libertățile și îndatoririle cetățenești⁹.

Contextul a transformat România în primul stat constituțional al Europei de Sud-Est, iar modificările aduse prin Legea fundamentală au creat premisele înfipturii Marii Uniri din 1918 și au generat dezvoltarea unei culturi constituționale românești proprii, a cărei evoluție și dinamică a fost influențată, însă, de etapele istorice în care s-a regăsit statul român.

Constituționalismul românesc în perioada interbelică

Adaptarea României la realitățile socio-politice și economice generate de Marea Unire din 1918, atunci când, odată cu alipirea teritoriilor românești, au fost asimilate și minoritățile naționale și religioase, a influențat și doctrina constituțională națională.

Odată cu înfiptuirea Unirii, a fost introdus votul universal exercitat prin intermediul Colegiilor Electorale, care a înlocuit sistemul cenșitar, iar în 1921, a fost realizată reforma agrară, acțiune contrară principiului constituțional implementat de Cuza, conform căruia proprietatea reprezenta un drept absolut. În urma aplicării noii măsuri, marile moșii au fost expropriate pentru cazuri de utilitate publică¹⁰.

Toate aceste mutații au condus la apariția necesității elaborării noii Constituții din 1923, care să cuprindă ideile inovatoare privind ordinea socio-economică a vremii. Deși documentul s-a axat pe necesitățile dezvoltării sociale într-un stat de drept, fiind un instrument juridic superior Constituției din 1866, Actul fundamental din 1923 a preluat peste jumătate din reglementările anterioare, prin menținerea principiilor generale. Cu toate că, oficial, regele Ferdinand I a promulgat o nouă Constituție, neoficial s-a realizat o amplă revizuire a celei vechi.

Principiile constituționale integrate în document au preluat concepțiile, superior elaborate, cu privire la progresul social și la unitatea națională, prevederi care au oferit, însă, nu numai afirmarea unui regim democratic-parlamentar liberal, dar și cadrul juridic necesar evoluției și consolidării puterii burgheziei românești, servind astfel intereselor acestei clase în perioada interbelică¹¹.

Dincolo de toate observațiile critice, prin aplicarea principiilor consacrate de Constituția din 1923¹², constituționalismul epocii a contribuit semnificativ la consolidarea statului de drept și a condus la dezvoltarea națiunii pe direcția liberalismului și progresului social. Denumită și Constituția Unificării României Mari, documentul a reprezentat unul dintre cele mai democratice Acte fundamentale din Europa interbelică, marcând o nouă etapă în evoluția statală românească, prin consolidarea nu numai a unității naționale, dar și a progresului în toate fazele sale. România a reușit astfel să reziste tendințelor autoritariste și revizioniste apărute în dinamica europeană.

Însă, odată cu declanșarea crizei dinastice din anul 1925¹³, constituționalismul românesc a trebuit să găsească soluții de reglementare a vidului de putere generat de renunțarea la tron a principelui Carol al II-lea. În consecință, prin proclamarea regelui Mihai prinț moștenitor, în pofida minorității acestuia, și instaurarea Regenței, perioada anilor

⁷ <https://istoriiregasite.wordpress.com/2011/02/15/conventia-de-la-paris-719-august-1858/>.

⁸ Adriana-Diana Grigore, *Constituția din 1866 adoptată sub suzeranitate otomană*; <https://www.historia.ro/sectiune/articol/constitutia-din-1866-adoptata-sub-suzeranitate-otomana>.

⁹ <https://ro.wikipedia.org/wiki/Constitu%C8%9Bie>.

¹⁰ <http://istorie-bacalaureat-manual.ro/cuprins/constitutiile-din-romania.html>.

¹¹ Ioan Turc, *Modernizarea țării în doctrina liberalismului românesc*, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, 2011, (rezumat), p.15-16;

http://doctorat.ubbcluj.ro/sustinerea_publica/rezumat/2011/filosofie/TURC_IOAN_RO.pdf.

¹² *Constituția României din 1923*; http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act_text?id=1517.

¹³ Florin Olteanu, *Constituția din 1923 – apogeul unui sistem politic*;

http://adevarul.ro/cultura/istorie/constitutia-1923-apogeul-unui-sistem-politic-1_5151983e00f5182b8552b59d/index.html.

1927-1930 a fost marcată nu numai de actul renunțării la domnie, dar mai ales de lipsa de autoritate și stabilitate a noii forme de guvernare. Prin motivele personale și politice ale principelui Carol al II-lea a fost creată o puternică instabilitate constituțională și un major precedent de anticonstituționalitate statală.

Acutizarea crizei politice și economice de la începutul anilor '30 a contribuit la crearea condițiilor prielnice revenirii în țară a prințului Carol, la 08 iunie 1930. Încheierea crizei dinastice, prin adoptarea actului „restaurației”¹⁴, a reprezentat o desconsiderare a Constituției din 1923 și o degradare importantă a democrației românești.

În acest context politic intern, precum și pe fondul tendinței europene de instaurare a unor doctrine dictatoriale, precum totalitarismul sovietic ori hitlerismul din Germania, prin adoptarea Constituției din 1938, regele Carol al II-lea a vizat impunerea unui regim monarhic autoritar. Astfel, odată cu adoptarea documentului prin plebiscit, exercițiul puterilor constituționale a trecut în mâinile monarhului, acesta având și atributul revizuirii Constituției. De asemenea, regele a căpătat puteri statale sporite, iar cetățenilor le-au fost restrânse drepturile constituționale anterioare¹⁵.

Relevant pentru scopul impunerii noii doctrine este și faptul că la redactarea Constituției au contribuit personalități apropiate regelui Carol al II-lea, precum juriștii Istrate Micescu și Mircea Căncicov, ori politicienii Armand Călinescu, Constantin Argetoianu și Gheorghe Tătărescu, transformând constituționalismul românesc într-un instrument juridic al monarhiei autoritare, prin care continuitatea constituțională a fost degradată semnificativ¹⁶. Deși Constituția din 1938 a consolidat puterea și autoritatea regelui, noua ideologie a fost acceptată de clasa politică a vremii, care, însă, ulterior a fost dizolvată. Cu toate acestea, odată cu desființarea vechilor organizații democratice, monarhia autoritară instaurată nu a reușit să creeze instituții statale viabile. Mai mult, prin sporirea autorității monarhului și escaladarea cultului personalității în societatea românească, întregul regim politic al vremii a fost compromis rapid, aducându-i decăderea la începutul anilor '40¹⁷.

După abdicarea regelui Carol al II-lea și succesiunea la tron a principelui Mihai, regimul antonescian a limitat prerogativele monarhului în comparație cu tradiția constituționalismului românesc. Pe lângă funcțiile guvernării și legiferării, Generalul Antonescu a mai deținut și dreptul de a încheia convenții și tratate ori de a declara război și de a încheia pacea. Regimul politic al vremii s-a mai caracterizat și prin discriminarea evreilor, suspendarea activităților politice, guvernarea prin decrete-legi și cultul personalității.

Astfel, doctrina antonesciană poate fi asimilată ideologiilor fascist-corporatiste, ce a avut la bază antiparlamentarismul și autoritarismul autohton al epocii, în baza căreia puterea comunistă a acționat împotriva constituționalismului românesc și a structurilor democratice din perioada interbelică¹⁸.

Constituționalismul românesc în perioada comunistă

Mutațiile survenite în societatea românească după instaurarea regimului comunist au condus la destabilizarea constituționalismului autohton, pe fondul susținerii politico-militare a Uniunii Sovietice, influență care a generat modificarea nucleului inspirației constituționale românești. Ca și consecință, organizarea statală și socială a fost conformă normelor sovietice, întemeiate pe ideologia marxist-leninistă, fapt care a condus la îndepărtarea națională de principiile anterioare ale democrației constituționale liberale, centrate pe separația puterilor în stat și pe garantarea drepturilor și libertăților cetățenești.

Pentru legitimarea și reglementarea juridică a transformărilor statale în direcția marxism-leninismului, la 13 aprilie 1948 a fost adoptată prima Constituție din perioada comunistă, fundamentată pe Constituția sovietică din 1936¹⁹. Legea fundamentală din 1948 a Republicii Populare Române a marcat ruptura cu tradiționalul constituționalism democratic românesc, înlăturând principiul separației puterilor în stat ori pluralismul politic²⁰. De departe cea mai importantă influență a Constituției din 1948 a reprezentat-o încălcarea drepturilor fundamentale cetățenești, precum dreptul la proprietate. Astfel, articolele reglementând bunurile comune ale poporului au stat la baza măsurilor de naționalizare. În conținutul normelor constituționale se prevedea că apărarea și dezvoltarea bunurilor era sarcina fiecărui cetățean, iar proprietatea reprezenta un atribut al statului.

Deși, formal, Actul fundamental din 1948 garanta drepturile și libertățile personale, prin voința arbitrară a reprezentanților clasei politice, acestea nu au fost respectate, normele constituționale fiind aplicate abuziv. În plus, prin înlăturarea separației puterilor statale, Marea Adunare Națională a devenit organul suprem al statului, față de care răspundeau toate instituțiile naționale, reformă care a marcat tranziția către un regim monopartidic și autoritarist, cu o economie centralizată și dirijată pe criterii politice²¹. O altă consecință a Constituției din 1948 a reprezentat-o

¹⁴ *Criza dinastică din România*;

http://enciclopediaromaniei.ro/wiki/Criza_dinastic%C4%83_din_Rom%C3%A2nia.

¹⁵ Ovidiu Maican, *Evoluția constituțională a României. Constituțiile din 1923 și 1938*; <http://romanalibera.ro/opinii/comentarii/evolutia-constitucionala-a-romaniei--constitutiile-din-1923-si-1938-363507>.

¹⁶ Florin Grecu, *Regimul și principiile Constituției de la 1938*; <http://www.sferapoliticii.ro/sfera/172/art08-Grecu.php>.

¹⁷ <https://sites.google.com/site/reperehistoriaromaniei/4-romania-in-timpul-monarhiei-1866-1947>.

¹⁸ Idem 6.

¹⁹ <http://www.rador.ro/2015/12/08/documentar-constitutia-romaniei-un-act-fundamental-care-trebuie-revizuit/>.

²⁰ *Constituția Republicii Populare Române din 1948*;

http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act_text?id=1574.

²¹ *Constituția de la 1948 și efectele sale*; <http://www.scribub.com/istorie/CONSTITUTIA-DE-LA-SI-EFECTELE-44716.php>.

naționalizarea principalelor întreprinderi industriale, miniere, bancare și de transport, precum și a clădirilor și locuințelor, acțiune menită să asigure mijloacele necesare planificării strategiilor viitoare, precum și să destabilizeze resursele economice ale adversarilor politici. Prin confiscarea rezervelor de numerar s-a înfăptuit o nouă reformă monetară, iar agricultura a trecut printr-un proces de colectivizare socialistă.

Totala aservire a țării în fața Uniunii Sovietice a survenit odată cu adoptarea Constituției din 1952, document ce a consacrat la baza existenței naționale depedența față de puterea sovietică, precum și dictatura proletariatului prin implementarea regimului democrației populare, formă a totalitarismului exercitat de Partidul Comunist, în cadrul căruia statul era preponderent în fața drepturilor și îndatoririlor personale, accentuându-se mai mult obligațiile cetățenilor decât drepturile acestora. Normele constituționale din 1952 au introdus termenul de proprietate socialistă care a constituit mijlocul de aservire a cetățeanului, precum și rolul conducător al partidului²².

Implementarea noii Legi fundamentale a fost favorizată și de agravarea climatului internațional, care a determinat consolidarea puterii sovietice asupra liderilor comuniști din Europa centrală și de răsărit ca măsură de evitare a disidențelor din sfera de influență stalinistă. Prin implementarea normelor constituționale din 1952, statul român s-a conformat presiunilor dominante exercitate de Moscova, adoptând o atitudine slugarnică și oportunistă în fața puterii staliniste, generată atât de lipsa de legitimitate națională și de experiență politică, cât și de conflictele și diviziunile existente la nivelul conducerii de partid.

Urmarea politicii naționale din acea perioadă a constituit-o transformarea României într-unul dintre cei mai supuși sateliți ai Uniunii Sovietice, factor ce a contribuit la menținerea aspirațiilor și loialității față de modelul bolșevic chiar și după moartea lui Stalin, atunci când au fost identificate primele demersuri privind distanțarea de regimul sovietic al cărui totalitarism, la nivel internațional, începuse să se destabilizeze.

În acest context, sensibil pentru Uniunea Sovietică, regimul politic din România a decis adoptarea Declarației din aprilie 1964, considerată și actul programatic al independenței românești în cadrul blocului comunist. Documentul a marcat începerea unei noi etape în evoluția regimului comunist autohton, prin care statul român redevenea suveran și își redefinea propriile necesități politico-economice.

În consecință, pentru stabilizarea statală, internă și internațională, a fost adoptată Constituția din 21 august 1965, act prin care clasa politică românească nu mai răspundea presiunilor externe și își proclama independența față de Moscova. Deși avea la bază aceste deziderate, normele constituționale nu s-au îndepărtat de concepțiile regimului comunist, rămânând în natura ideologiei marxist-leninistă, de inspirație sovietică, prin care constituționalismul românesc era condiționat de factorul politic, partidul comunist reprezentând puterea conducătoare a societății²³.

Legea fundamentală din 1965 a proclamat nu numai independența și suveranitatea Republicii Socialiste România, dar mai ales monopolul pregnant al regimului totalitar, nerecunoscând separația puterilor în stat și neîncorporând tradițiile constituționale românești. În plus, în anul 1974, prin modificarea Constituției, s-a introdus funcția de Președinte al Republicii, rang suprem al statului care cumula atribuțiile transferate atât de la forul legislativ, cât și de la cel administrativ-central, conferind astfel șefului statului puteri dictatoriale. Nu în ultimul rând, Actul constituțional din 1965 a generat o ruptură semnificativă față de constituționalismul modern autohton și, mai ales, față de aspirațiile sociale românești²⁴.

Constituționalismul românesc contemporan

Acutizarea totalitarismului dictatorial și escaladarea cultului personalității în societatea românească de la sfârșitul anilor '80 au declanșat decăderea abruptă a comunismului, evenimente care, deși au avut o manifestare violentă, au condus la reșezarea României în rândul țărilor democratice europene după jumătate de secol de dominație.

Procesul democratizării statului român a survenit pe fondul mutațiilor prezente în cadrul blocului comunist, sens în care statele aflate sub influența doctrinei sovietice s-au aflat în fața unor alegeri liberale, prin care constituționalismul democratic a reușit reconceptualizarea arhitecturii sistemului politic în țările post-comuniste, tendințe care au survenit odată cu prăbușirea puterii economice a Uniunii Sovietice și cu dezmembrarea lagărului socialist.

Acest context politic a reconstituit identitatea națională, transformând constituționalismul românesc într-un instrument de tranziție, prin care Constituția redevenea prioritară pentru garantarea democrației și a liberalismului statal în cadrul procesului de tranziție către un nou sistem de reguli menit să împiedice reinstaurarea arbitrară a dictaturilor. Nesiguranța societății românești, apărută după căderea regimului dictatorial, și-a pus amprenta asupra constituționalismului de la acea vreme, conducând la apariția unor ambiguități și neclarități în procesul reorganizării statale²⁵.

²² <https://istoriiregasi.wordpress.com/2011/07/27/constitutiile-din-romania/>.

²³ Gheorghe Sbârna, *Constituțiile României. Studii*, Ed. Cetatea de Scaun, Târgoviște, 2012, p.74-104; <http://www.isjmm.ro/download/1-mdc/2016-2017/legislatie/2016-11-29-constitutiile-romaniei-sbarna.pdf>.

²⁴ <http://www.afaceriadelene.ro/altepagini/referat-despre-constitutiile-comuniste>.

²⁵ Cristian Pîrvulescu, Todor Arpad, *Reforma constituțională în România. Aspecte teoretice și istorice legate de evoluția constituțiilor*, Asociația Pro Democrația, București 2008, p.21-28; <http://legislatie.resurse-pentru-democratie.org/constitutie/reforma-constitutionala-in-romania.pdf>.

Un rol primordial în implementarea sistemului democratic occidental l-a avut definirea și întemeierea juridică a principalelor formațiuni politice, constituite pe baza principiului ordinii de stat și de drept, cu respectarea suveranității, independenței și integrității teritoriale, precum și a drepturilor și libertăților cetățenești. Deși etapa s-a finalizat odată cu organizarea primelor alegeri democratice din mai 1990, societatea românească a fost marcată de o criză internă majoră, survenită pe fondul memoriei colective marcată de rolul conducătorului clasei muncitoare din ultima jumătate de secol.

Incertitudinea politică românească a încetat odată cu coagularea constituționalismului democratic la nivel statal prin adoptarea Constituției din 1991, menită să ofere un climat de stabilitate noului regim. Legea fundamentală a fost elaborată de Adunarea Constituantă, formată din deputați, senatori și experți în drept constituțional, care au avut sarcina de a oglindi, în cele 152 de articole, realitățile societății românești post-comuniste, prin corelarea valorilor democratice moderne cu idealurile naționale concentrare pe respectarea și promovarea drepturilor personale, pe solidaritatea și justiția socială și, nu în ultimul rând, pe egalitatea în fața legii.

Odată cu adoptarea Constituției, prin referendumul din 08 decembrie 1991, au apărut primele instituții democratice românești, ancorate obiectivelor strategice naționale, precum securitatea internă și externă, politica economico-socială, întărirea societății civile ori integrarea europeană și euroatlantică. Consfințirea acestora în Actul fundamental a consacrat valorile constituționalismului românesc modern, axat atât pe vechile repere democratice, recunoscute prin Constituția din 1923, cât și pe dezvoltarea societății contemporane, conferind Legii fundamentale din 1991 statutul de act fondator al statului român democratic²⁶.

Documentul, considerat cel mai important act normativ național post-revoluționar, a reflectat reinstaurarea statului de drept și a regimului democratic, prin consacrarea separației puterilor și prin revenirea la pluripartidism, cu garantarea și respectarea drepturilor și libertăților personale, deziderate prin care se asigura funcționarea licită a instituțiilor statului și protejarea cetățenilor de excesul de autoritate, prin girarea unei justiții independente. S-a remarcat și o mai mare aplecare a textului constituțional asupra drepturilor omului, introducându-se protecția statului asupra cetățenilor români din străinătate, a străinilor și apatrizilor aflați pe teritoriul României. De asemenea, legislația constituțională națională s-a conformat normelor internaționale în privința garantării drepturilor personale, în acest sens fiind înființată instituția Avocatului Poporului, dedicată tuturor cetățenilor²⁷.

Contextul socio-politic internațional de la începutul anilor 2000 a constituit premisa revizuirii Constituției din 1991, prin racordarea constituționalismului național la condițiile aderării României la Uniunea Europeană, obiectiv central pentru asigurarea temeiului legislativ specific privind ralierea la tradițiile constituționale comune țărilor europene, precum și armonizarea dispozitivului normativ. Modificarea Legii fundamentale a reprezentat un moment de referință pentru evoluția constituționalismului românesc, nu numai prin conectarea legislativă la dreptul Uniunii Europene, dar mai ales prin implicarea societății civile la elaborarea documentului, ca prerogativă a statului democratic.

Odată cu adoptarea Constituției din 2003, supremația actului a fost consolidată prin implicarea pro-activă a Curții Constituționale a României în garantarea normativelor specifice și în valorificarea și apărarea drepturilor și libertăților fundamentale cetățenești, Legea fundamentală adaptându-se constant realităților complexe care au influențat întreg sistemul de drept național. Astfel, controlul constituțional exercitat de Curte a reprezentat o consecință a evoluției societății românești, ca urmare a consolidării jurisprudenței europene în materia protejării drepturilor cetățenilor, instituția câștigând treptat autoritate în realizarea prerogativei constituționale de garant al Legii fundamentale.

Deși controlul de constituționalitate a prezentat constant transformări la nivel european și internațional, demersurile de garantare a principiilor constituționalismului democratic românesc modern au fost supuse presiunilor interne generate de impactul deciziilor de impunere a normelor constituționale în raporturile inter-instituționale. Cu toate acestea, crearea unității europene în materie constituțională și apărarea principiilor fundamentale au armonizat legislația națională cu principiile democrației și ale Constituției, conducând la canalizarea eforturilor normative românești, ca stat membru al Uniunii Europene, către valori constituționale comune, menite să întărească democrația, principiile statului de drept și, mai ales, protecția drepturilor și libertăților fundamentale²⁸.

Contrar eșecurilor constituționale survenite în evoluția statală, datorate tendințelor arbitrare, specifice fiecărui regim politic, constituționalismul românesc modern a înregistrat o continuă reformă și evoluție democratică, întărind importanța Constituției ca normă superioară, independentă de influențele regimurilor politice. Rolul primordial pe care l-a avut legislația constituțională în menținerea stabilității naționale post-comuniste s-a concretizat prin limitarea tendințelor autoritariste prezente în politica anterioară, democrația românească devenind, astfel, consolidată și eficientă, în raport cu echilibrul politic național.

²⁶ Gheorghe Sbârna, *Constituțiile României. Studii*, Ed. Cetatea de Scaun, Târgoviște, 2012, p.106-147; <http://www.isjmm.ro/download/1-mdc/2016-2017/legislatie/2016-11-29-constitutiile-romaniei-sbarna.pdf>.

²⁷ *Constituția României 1991*; <https://www.ccr.ro/constitutia-romaniei-1991>.

²⁸ Tudorel Toader, Marieta Safta, *Evoluția constituționalismului în România. Studiu*, Revista de drept constituțional, 2015, p.161-205; http://www.revistadedreptconstitutional.ro/wp-content/uploads/nr_revista/2015_1/ro/2015_1_5_Tudorel_TOADER_EVOLUTIA_CONSTITUTIONALISMULUI_ro.pdf.

CONSIDERAȚII PRIVIND EVOLUȚIA REGIMULUI MINORITĂȚILOR NAȚIONALE ÎN ROMÂNIA

Marius BĂLAN*

Abstract: *In the last century, the Romanian regime of national minorities made possible the preservation of most of the communities of citizens differing from the rest of the population in respect to ethnical belonging, language or religion. Despite of long time spans of hostile or even aggressive minority policies, national minorities survived on a greater scale and today the status of minorities is deemed to be superior to the European average. This is explicable by the relative stability of state structures, which even during the political cataclysms of the 20th Century conserved a limited space of togetherness and fulfilled the elementary tasks of any polity.*

Keywords: *national minorities, Romania, space of togetherness*

Protecția minorităților, în sensul reglementării, într-o manieră compatibilă cu principiul democratic al egalității, a situației juridice a cetățenilor diferiți sub aspect etnic, religios sau lingvistic de majoritatea locuitorilor statului de care aparțin a apărut de cel puțin un secol și jumătate. Deși la prima vedere evoluția a fost constantă, în sensul recunoașterii și apoi a extinderii graduale a anumitor drepturi ale cetățenilor diferiți față de majoritate prin etnie, limbă sau religie, contextul în care au fost afirmate drepturile respective și coordonatele ordinii în care acestea urmau să se încadreze au cunoscut mai multe schimbări fundamentale.

Astfel, în epoca antebelică, drepturile minorităților erau parte a unei ordini internaționale eurocentrice, având ca model statul constituțional bazat pe democrația reprezentativă și pe drepturile omului. Recunoașterea drepturilor minorităților constituia un caz particular al respectării drepturilor omului și al principiului egalității, iar justificarea acestui regim derogatoriu consta în temerea că egalitatea în drepturi ar putea fi negată sau eludată de statele nou apărute și insuficient familiarizate cu instituțiile și procedurile democrației moderne. Această atitudine atesta implicit un anumit scepticism față de capacitatea noilor state de a se situa la standardele civilizației europene, ceea ce impunea dispoziții exprese în tratatele internaționale în favoarea minorităților.

Sistemul Societății Națiunilor de protecție a minorităților din epoca interbelică a operat în aceeași parametri, dar contextul era diferit. Aici exista o preocupare constantă de a soluționa problemele majore ale relațiilor internaționale în cadrul unui cadru instituțional organizat, cu speranța de a evita pe această cale repetarea unui nou război mondial. Egalitatea statelor era recunoscută în principiu, ceea ce provoca dificultăți în justificarea regimului derogatoriu al minorităților. Protecția minorităților era privită ca o componentă importantă a mecanismelor de soluționare pașnică a litigiilor între state și de evitare a apariției de noi conflicte.

Epoca postbelică este marcată inițial de un pronunțat scepticism în privința minorităților. Cuvântul de ordine era mai degrabă „protecția împotriva minorităților” și nu „protecția minorităților”.²⁹ Ulterior, ideea consacării drepturilor minorităților câștigă teren, astfel încât dispoziții exprese apar în Pactul internațional privind drepturile civile și politice (art. 27), iar în 1992 Adunarea generală a ONU adoptă „Declarația asupra Drepturilor persoanelor aparținând minorităților naționale sau etnice, religioase și lingvistice.”

La nivel regional european, interesul pentru protecția minorităților crește spectaculos după 1989. Documentul final al Reuniunii de la Copenhaga privind dimensiunea umană a CSCE (29 iunie 1990),³⁰ Carta de la Paris pentru o nouă Europă (21 noiembrie 1990), Carta Europeană a limbilor regionale și minoritare (5 noiembrie 1992), Convenția-cadru pentru Protecția Minorităților Naționale (1995) jalonează această cotitură în privința atitudinii față de minorități. Sfârșitul războiului rece și prăbușirea regimurilor comuniste au oferit statelor din centrul și estul Europei posibilitatea de a se integra în structurile regionale europene: Consiliul Europei și Comunitățile europene (din 1992, Uniunea Europeană). Întrucât trebuiau găsite standarde și criterii în raport cu care să fie determinată admisibilitatea noilor candidați, astfel încât organizațiile regionale menționate să poată funcționa în mod efectiv și la noii parametri, atitudinea față de minorități devine un element important – alături de statul de drept, independența justiției, pluralismul politic sau respectarea angajamentelor internaționale – evaluarea generală a compatibilității statelor din regiune cu instituțiile europene.

Evoluția regimului minorităților naționale din România este marcată de aceste schimbări de paradigmă. În ciuda acestor mutații, în România pot fi decelate anumite elemente de stabilitate. Comunitățile cetățenilor aparținând minorităților naționale s-au menținut în mare parte din 1918 până în prezent, dacă facem abstracție de pierderile

* Conf.univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași – Facultatea de Drept; e-mail: balan@uaic.ro

²⁹ Bruegel J.-W. *A Neglected Field the Protection of Minorities*, în “Human Rights Journal”, vol. IV, 1971, pp. 413-422. În formularea autorului, în acel moment sloganul era mai degrabă „protection from minorities” decât „protection of minorities”.

³⁰ Pentru o discuție asupra semnificației acestui document, vezi Kimminich O., *Ansätze für ein europäisches Volksgruppenrecht* în „Archiv für Völkerrecht”, vol. 28 (1990), pp. 1 și urm.

teritoriale și de fenomenul emigrării masive a germanilor și evreilor, după 1945. Acest fapt este în mare măsură independent de natura regimurilor politice care s-au succedat din 1918 și până în prezent, de agenda politică diferită a acestora, precum și de atitudinea lor față de minorități. În cele ce urmează, vom face o scurtă trecere în revistă a situației minorităților naționale din țara noastră³¹ în anii care au trecut de la formarea României Mari, pentru a încerca în final să evidențiem trăsăturile specifice ale regimului minorităților din statul român și cauzele care au determinat această situație.

După stabilirea noilor frontiere prin tratatele de pace de la Saint-Germain și Trianon, situația minorităților era mult mai tensionată decât în prezent. Numărul mare de cetățeni aparținând minorităților (peste 25%), sentimentul de insecuritate în privința noilor frontiere și al provinciilor recent dobândite, concepția pronunțat centralistă a clasei politice, care echivala prea des patriotismul cu centralizarea, abuzurile frecvente ale autorităților executive, fraudele electorale, dar și frustrarea unor grupuri minoritare care nu se împăcau cu noul statut au contribuit la manifestarea unor nemulțumiri, de multe ori justificate³².

Conform rezultatelor recensământului care a avut loc în România în anul 1930³³ – pentru multă vreme cel mai obiectiv și detaliat recensământ realizat în țara noastră – la o populație totală de 18.057.928 de locuitori, 12.981.324 (71,9%) erau români, 1.425.507 (7,9%) erau maghiari, 745.421 (4,1%) erau germani, 728.115 (4,0%) erau evrei, 582.115 (3,2%) erau ruteni și ucraineni, 409.150 erau (2,3%) ruși, 366.384 (3,0%) erau bulgari, 262.501 (1,5%) erau romi (țigani), 154.772 (,9%) erau turci, 105.750 (4,0%) erau găgăuzi, 51.842 (0,3%) erau cehi și slovaci, 51.062 (0,3%) erau sârbi, croați și sloveni, 48.310 (0,3%) erau polonezi, 26.495 (0,1%) erau greci, 22.141 (0,1%) erau tătari, 15.544 (0,1%) erau armeni, 12.456 erau huțuli și 4.670 albanezi. 56.355 s-au declarat de altă naționalitate iar 7.144 au refuzat să declare vreuna.

Spre deosebire de alte state, precum Polonia sau Cehoslovacia, proporția mare a cetățenilor aparținând minorităților nu reprezenta totuși un factor important de instabilitate politică și nici o amenințare serioasă pentru integritatea teritorială a țării. Cei peste 5 milioane de cetățeni aparținând minorităților naționale erau divizați în numeroase grupe relativ mici (sub 5% din populație), dacă facem abstracție de maghiari, care, cu aproape 8% din populație, nu treceau „pragul psihologic” de 10 procente. Populația maghiară locuia compact, ca și în prezent, în ținutul secuiesc, adică în acea parte a Transilvaniei care se găsea la distanță maximă de noua frontieră româno-maghiară. Atitudinea generală a autorităților statului român față de minorități poate fi caracterizată printr-o anumită duritate, rigiditate și chiar prin arbitrar. De multe ori, minoritățile erau lezate sau ofensate fără să fie necesar, nici chiar din perspectiva centralistă și naționalistă a autorităților. Drept consecință, alături de Polonia și Grecia, țara noastră era una din țările contra cărora erau adresate cele mai multe petiții din partea minorităților către Secretariatul Societății Națiunilor. Petițiile minorităților din România proveneau, în cele mai multe cazuri, de la minoritatea maghiară și priveau probleme legate de învățământ și de regimul proprietății, în urma reformei agrare³⁴.

Ca și în prezent, administrația era grevată de fenomenul corupției, care, paradoxal, atenua o parte din celelalte deficiențe. Autorul unei importante lucrări despre minorități, britanicul Carlyle Aylmer Macartney, scria, referindu-se la acest aspect: „mita poate rezolva o mulțime de lucruri. «Corupția românilor», mi-a spus cu cinism un bătrân evreu, «este Geneva noastră». Mai mult decât atât, românul mediu e un tip de treabă. Natura sa nu-l îndeamnă la brutalitate; nici măcar nu solicită sume foarte mari. Este uimitor cât de departe poți ajunge cu doar câțiva lei. Chiar nemuit, el va ezita adesea să aplice unele reguli mai aspre, în special dacă punerea lor în practică îi va cauza un disconfort. Îi lipsește complet tenacitatea de fier a cehilor sau brutalitatea sârbilor. Oferă-i suficient cât să trăiască, mai adaugă și o minimă păstrare a aparențelor și nu-i cauza probleme reale, iar el se va mulțumi să-i lase pe oameni în plata Domnului. Rămâi uimit adeseori în Transilvania de tonul cinic și amical cu care românii localnici se adresează, spre exemplu, naționaliștilor maghiari fanatici. Este vorba în mare măsură de superficialitate, însă rămâne faptul că, în anumite privințe, cel puțin în primii ani după război, în Transilvania viața a fost mai tolerabilă pentru minorități decât în mult mai bine condusa Cehoslovacie”³⁵.

O judecată de ansamblu în privința situației reale a minorităților din România interbelică este greu de făcut. În primul rând, ineficiența și corupția clasei politice și a administrației au afectat neîndoiește minoritățile. Totuși, aceste deficiențe nu îi vizau în mod special pe minoritari; uneori ei s-au adaptat chiar mai bine situației. Au existat și persecuții care-i vizau direct, mai ales în domeniul învățământului. Dar ele nu au luat caracterul de război civil mocnit

³¹ Am preluat în cele ce urmează unele pasaje din lucrarea noastră: Balan M., *Statutul minorităților naționale*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2013, pp. 126-142.

³² Vezi, printre altele: Ivan A.L., *Stat, majoritate și minoritate națională în România (1919-1939). Cazul maghiarilor și germanilor din Transilvania*, ediția a 2-a, CA-Publishing, Cluj-Napoca, 2011. Pentru o critică deloc prietenoasă: Elémer Illyés, *National Minorities in Romania*, Boulder (Colorado), East European Monographs, 1982, pp. 73-94.

³³ Vezi Mănuilă S., *Recensământul general al populației României din 29 Decembrie 1930*, Vol. 2. *Neam, limbă maternă, religie*, Monitorul Oficial, București, 1938, cu o prezentare detaliată a structurii populației pe provincii istorice, județe și plăși.

³⁴ Vezi Veatch R., *The Minorities and the League of Nations*, în *The league of Nations in Retrospect / La Société des Nations: Rétrospective*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, pp. 369-383, la p. 386.

³⁵ Macartney C.A., *National States and National Minorities*, Oxford University Press, London, 1934, p. 289. Citatul a fost preluat integral după Leuștean L., *România și Ungaria în cadrul „Noii Europe” [1920-1923]*, Editura Polirom, Iași, 2003, p. 130, la nota 217.

între autorități și populația locală, pe care l-a avut, de exemplu, regimul minoritar din Galița poloneză. Până în 1940, când România a intrat în raza de acțiune a unor forțe politice externe covârșitoare, situația economică de ansamblu a minorităților nu a avut de suferit. Nici nu s-a înregistrat o emigrație semnificativă a cetățenilor aparținând vreuneia dintre minorități.

Situația se va schimba dramatic în timpul războiului; primele simptome îngrijorătoare apar deja în ianuarie 1938, prin legea de „revizuire a naționalității”, prin care un mare număr de evrei pierd cetățenia română. Analiza persecuțiilor sistematice care au urmat, culminând cu asasinarea în masă a evreilor din Europa – inclusiv a unui mare număr de evrei români –, excede limitele tematiche și metodologice ale unei lucrări consacrate statutului minorităților. Una din primele măsuri legislative importante luate după armistițiul încheiat cu Națiunile Unite la 13 septembrie 1944 a fost adoptarea unei legi a naționalităților care a pus capăt discriminării³⁶.

În perioada comunistă, regimul a avut o atitudine oportunistă față de minorități. În prima parte a dominației comunistilor, acestea au fost cultivate în mod special, în condițiile în care un regim de ocupație sovietică nu avea șanse prea mari să dobândească adepți în rândul populației majoritare, înclinată să vadă în vecinul de la răsărit cel mai periculos dușman al statului național român. Totodată, unul din aspectele pe care doctrina marxist-leninistă le evidenția în mod special era rezolvarea problemei naționalităților, pe care regimurile „burgheze” erau incapabile să o soluționeze. Învățămintul în limbile minorităților (mai ales maghiară și germană) s-a extins și au fost publicate manuale în aproape toate limbile minorităților trăitoare în România.

Totuși, aceste ameliorări vizibile și chiar ostentative ale statutului minorităților nu au fost atât de benefice pe cât par la prima vedere, în condițiile unui regim totalitar, care controla strict orice manifestare în spațiul public, în presă, literatură și artă și reprima implacabil orice tentativă de atitudine independentă. Represiunea comunistă îi viza până la urmă și pe minoritari. Este semnificativ faptul că evreei – persecutați frecvent în România înainte de 1940 și expuși pericolului exterminării după 1941 – pleacă masiv din țară abia după 1948. Regimul comunist român a permis emigrarea evreilor în Israel (spre deosebire de cel din URSS) și, mai târziu, a germanilor. În ultimii ani ai regimului comunist, discursul naționalist, prin care conducătorii încercau să abată atenția de la eșecul economic și de la scăderea continuă a nivelului de trai, a determinat formarea unei imagini foarte întunecate despre situația minorităților din România. Restricțiile și abuzurile autorităților comuniste afectau însă întreaga populație. Chiar și limitate la nivelul retoricii pompoase, derapajele naționaliste creau o atmosferă nefavorabilă menținerii și promovării identității naționale și culturale a minorităților.

După 1989, situația s-a modificat radical prin apariția premiselor formării unui regim constituțional axat pe valorile democrației și ale statului de drept. Situația a evoluat lent dar constant, în condițiile în care chiar și foștii comuniști au început să învețe, la început doar la nivelul declarațiilor formale și complezente, limbajul democrației și al statului de drept.

Progresul este vizibil și în textul Constituției adoptate în 1991.

În conformitate cu art. 1, alin. 1, al Constituției, România este stat național. Această dispoziție nu implică în nici un fel negarea identității minorităților naționale. Termenul de „națiune” din acest text poate fi privit în sens politic și nu neapărat etnic. Argumente pentru această teză pot fi deduse din art. 4 al legii fundamentale, care dispune că:

„(1) Statul are ca fundament unitatea poporului român;

(2) România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, de naționalitate, de limbă, de religie, de sex, de opinie, de apartenență politică, de avere sau de origine socială”.

În același titlu al Constituției consacrat principiilor generale, art. 6 stabilește că:

„(1) Statul recunoaște și garantează persoanelor aparținând minorităților naționale dreptul la păstrarea, la dezvoltarea și la exprimarea identității lor etnice, culturale, lingvistice și religioase;

(2) Măsurile de protecție luate de stat pentru păstrarea, dezvoltarea și exprimarea identității persoanelor aparținând minorităților naționale trebuie să fie conforme cu principiile de egalitate și de nediscriminare în raport cu ceilalți cetățeni români”³⁷.

În ședința din 12 martie 1991³⁸ a Adunării Constituante se propusese adaptarea unei formulări a articolului 6 în care se garantau și drepturile „individuale și colective ale minorităților naționale, astfel cum acestea sunt definite în înțelegerile internaționale la care România este parte sau în principiile dreptului internațional unanim admise”. Acest amendament a fost însă respins.

În formularea art. 6, întâlnim prima menționare expresă a „minorităților naționale” în textul unei legi fundamentale din țara noastră. Coroborând dispozițiile acestui text cu cele ale art. 13 (privitor la limba de stat) și ale art. 127 (referitor la folosirea unui interpret în fața autorităților judiciare), se poate conchide că „măsurile de protecție

³⁶ Prin Legea nr. 86 din 7 februarie 1945 privind Statutul naționalităților (M. Of., nr. 30, din 7 februarie 1945).

³⁷ Pentru detalii, vezi Selejan-Guțan B., *Comentariu la art. 6, în Muraru I. și Tănăsescu E.S., Constituția României – Comentariu pe articole*, C.H. Beck, București, 2008, pp. 58-75, precum și Toader T., *Constituția României reflectată în jurisprudența constituțională*, Editura Hamangiu, București, 2011, pp. 9-10;

³⁸ M. Of., partea a II-a, Nr. 4, din 14 martie 1991.

luate de stat nu vor putea să creeze drepturi speciale persoanelor aparținând acestor minorități³⁹. Este semnificativ pentru evaluarea importanței pe care legiuitorul nostru constituțional o acordă statutului minorităților – faptul că dispozițiile menționate mai sus se găsesc în cuprinsul titlului I, consacrat principiilor fundamentale ale statului, și nu în cuprinsul celui de-al doilea titlu consacrat drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor. Această structurare a textului constituțional este de natură a sublinia rangul înalt acordat de legea fundamentală statutului minorităților.

În proiectul de revizuire a Constituției inițiat de Președintele României la propunerea Guvernului, se propunea printre altele adăugarea unui nou alineat la art. 6, cu următorul conținut: „autoritățile publice vor consulta organizațiile cetățenilor aparținând minorităților naționale în legătură cu deciziile privind păstrarea, dezvoltarea și exprimarea identității lor etnice, culturale și religioase”.

În opinia CCR, o asemenea dispoziție care dă expresie obligației statului de recunoaștere și garantare a dreptului la păstrarea, la dezvoltarea și la exprimarea identității minorităților, fără a încălca limitele materiale ale revizuirii Constituției din art. 152, „nu este de domeniul Constituției, ci al legii, ridicarea la rang de principiu constituțional a uneia dintre aceste garanții negăsindu-și justificarea. În situația în care se va menține această reglementare, pentru ca deciziile organizațiilor cetățenilor aparținând minorităților naționale privitoare la păstrarea, dezvoltarea și exprimarea identității lor etnice, culturale și religioase să nu contravină principiilor de egalitate și nediscriminare față de ceilalți cetățeni români, ar trebui să se prevadă și obligația acestor organizații de a consulta în scris autoritățile publice în legătură cu deciziile pe care urmează să le adopte”⁴⁰.

Dispozițiile de principiu consacrate în art. 6 sunt „detaliat și asigurate de un sistem de garanții constituționale care le asigură efectivitatea”⁴¹, dintre care se pot enumera:

- egalitatea cetățenilor în fața legii și a autorităților publice (art. 16);
- reprezentarea de drept în Camera Deputaților a organizațiilor cetățenilor aparținând minorităților naționale care nu întrunesc în urma alegerilor numărul de voturi pentru a fi reprezentate în Parlament (art. 62, alin. 2);
- consacrarea principiului autonomiei locale și a principiului descentralizării și deconcentrării serviciilor publice (art. 120, alin. 1);
- instituționalizarea inițiativei legislative populare pentru toate categoriile de legi (ordinare și organice – art. 74, alin. 1 – și pentru legile constituționale, în art. 150, alin. 1);
- recunoașterea dreptului la cultivarea limbii materne și la folosirea acesteia în fața organelor de urmărire penală (art. 23, alin. 8) și a justiției (art. 128, alin. 2);
- recunoașterea dreptului la instruire în limba maternă (art. 32, alin. 3);
- garantarea dreptului la asociere, inclusiv în partide politice, fără nici un fel de restricții de factură etnică (art. 40, alin. 1);
- consacrarea libertății de conștiință și a autonomiei cultelor religioase față de stat (art. 29, alin. 1 și alin. 5);
- asigurarea libertății învățământului religios în școlile de stat, potrivit cerințelor fiecărui cult (art. 32, alin. 7);
- obligativitatea interpretării și aplicării dispozițiilor constituționale privitoare la drepturile și la libertățile cetățenilor în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte (art. 20, alin. 1);
- stabilirea priorității reglementărilor internaționale față de cele interne în cazul unor neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile omului la care România este parte și legile interne (art. 20);
- reglementarea prin lege organică a statutului minorităților naționale (art. 73, alin. 3, lit. q). Ce-i drept, legea respectivă nu a fost încă adoptată; odată adoptată, calitatea de lege organică o face mai puțin accesibilă unor modificări survenite prin schimbările bruște de dispoziție ale unor majorități parlamentare fluctuante.

Ansamblul acestor dispoziții constituționale impune concluzia că legiuitorul român a considerat protecția minorităților ca parte componentă a sistemului protecției drepturilor omului și – fără a exclude măsuri de discriminare pozitivă⁴² – fundamentul statutului minorităților în țara noastră îl constituie principiul nediscriminării.

România a ratificat – destul de târziu – Carta Europeană a Limbilor Regionale și Minoritare, prin Legea nr. 282, din 24 octombrie 2007.⁴³ Conform articolului 2 din această lege, prevederile Cartei devin aplicabile unui număr de 20 de limbi vorbite în România și anume: albaneză, armeană, bulgară, cehă, croată, germană, greacă, italiană, idiș, macedoneană, maghiară, poloneză, romani, rusă, rutenă, sârbă, slovacă, tătară, turcă și ucraineană. Experiența

³⁹ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁰ Decizia CCR nr. 799/2011 (M. Of., nr. 440, din 23 iunie 2011). Vezi și decizia CCR nr. 80/2014 (M. Of. I, nr. nr. 246 din 7 aprilie 2014), para. 30-36, unde Curtea consideră că revizuirea art. 3 din legea fundamentală în sensul acceptării posibilității de a recunoaște „zone tradiționale”, ca subdiviziuni administrative ale regiunilor (care urmau a fi instituite prin legea de revizuire), este neconstituțională, încălcând limitele revizuirii stabilite în art. 152 alin. (1), întrucât contravine caracterului național și unitar al statului. Recunoașterea „zonelor tradiționale” ar fi făcut posibil ca „Ținutul Secuiesc” să capete un statut juridic distinct.

⁴¹ Deleanu I, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat*, Edit. Europa Nova, București 1996, p. 17.

⁴² Cum sunt cele privitoare la reprezentarea în Camera Deputaților a organizațiilor minorităților naționale

⁴³ M. Of. I, nr. 752, din 6 noiembrie 2007.

ultimilor ani arată că obligațiile asumate prin Carta Europeană a Limbilor Regionale și Minoritare au fost transpuse în practică; cel puțin pe planul mijloacelor de comunicare, acest lucru este vizibil pentru oricine.

Legea a administrației publice locale⁴⁴ a stabilit că, în unitățile administrativ-teritoriale locuite de cel puțin 20% de cetățeni aparținând minorităților naționale, autoritățile locale, instituțiile publice aflate în subordonarea lor, precum și serviciile publice deconcentrate vor asigura folosirea, în raporturile cu aceștia, și a limbii materne, în conformitate cu prevederile Constituției, ale legii administrației locale și ale tratatelor internaționale la care România este parte. Dacă la nivelul unei unități administrativ-teritoriale există cel puțin 20% de cetățeni aparținând minorităților naționale, la ședințele consiliilor locale se poate utiliza și limba maternă a acelei minorități, iar convocatoarele pentru aceste ședințe și actele normative adoptate vor fi emise și în limba acelei minorități. De asemenea, în aceste localități, în raporturile cu autoritățile administrației publice, cetățenii aparținând minorității se pot adresa acestora oral și în scris și în limba maternă și vor primi răspunsul atât în limba română, cât și în limba maternă. Autoritățile locale au obligația de a asigura inscripționarea denumirii localităților și a instituțiilor publice de sub autoritatea lor, precum și afișarea anunțurilor de interes public și în limba maternă a cetățenilor aparținând minorității respective (art. 90, alin. 1 și 3 din Legea administrației publice locale).

Problema-cheie a statutului minorităților pe plan administrativ o reprezintă însă instituția autonomiei. Principiul autonomiei locale⁴⁵ ca atare figurează în constituție încă din 1866; a rămas însă numai pe hârtie. Reorganizarea administrativă a țării și crearea unei adevărate autonomii (care nu trebuie neapărat să fie exclusiv teritorială) constituie o prioritate – poate insuficient conștientizată – a întregii societăți românești și unul din reperele esențiale ale mult discutatei reforme a statului român. Față de minorități, acordarea în sine a autonomiei teritoriale sau personale⁴⁶ este o chestiune de înțelepciune politică, și nu o obligație juridică a statului român. Totuși, acte internaționale precum Recomandările de la Lund (1999) pot constitui elemente care să contribuie treptat la formarea unui drept cutumiar în materie. În orice caz, procesul anevoios și riscant al instituirii unei autonomii reale pe plan administrativ trebuie să aducă în principiu beneficii considerabile majorității și minorității deopotrivă.

Noua legea a educației naționale⁴⁷ stabilește, printre principiile „care guvernează învățământul preuniversitar și superior, precum și învățarea pe tot parcursul vieții din România” „principiul recunoașterii și garantării drepturilor persoanelor aparținând minorităților naționale, dreptul la păstrarea, la dezvoltarea și la exprimarea identității lor etnice, culturale, lingvistice și religioase” (art.3, lit.i). În concepția noii legi, învățământul este serviciu de interes public care „se desfășoară (...) în limba română, precum și în limbile minorităților naționale și în limbi de circulație internațională” (art.10, alin.1). Pentru a asigura în cazul fiecărui elev școlarizarea în limba sa maternă, legea prevede fie unități de învățământ în limba română⁴⁸ sau limba minorităților, formațiuni de studiu în limba română sau în limba minorităților, fie asigurarea școlarizării fiecărui elev în limba sa maternă în cea mai apropiată localitate posibil (art.10, alin.2).

Relevantă pentru statutul minorităților mai este și legislația anti-discriminare. Prin OUG nr. 137/2000 a luat naștere Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, cu rolul de a implementa principiul egalității între cetățeni⁴⁹. O altă expresie a preocupării României față de situația minorităților a constituit-o crearea, în 1993, a Consiliului Minorităților Naționale,⁵⁰ organ consultativ al Guvernului, având printre atribuții și formularea de propuneri pentru elaborarea unor proiecte de legi și de hotărâri ale Guvernului sau a unor propuneri privind adoptarea unor măsuri cu caracter administrativ referitoare la probleme care țin de domeniul minorităților.

Statutul minorităților naționale în România poate fi apreciat pe ansamblu ca fiind satisfăcător. Pași semnificativi în direcția îmbunătățirii statutului minorităților au fost făcuți începând cu anul 1997, iar în primii ani ai acestui secol – în contextul efortului pentru aderarea la UE – au fost înregistrate progrese considerabile. În formularea unui autor recent, România a parcurs drumul de la „codaș”, la model de urmat⁵¹.

La această oră lipsește încă o lege-cadru a minorităților naționale⁵², dar a fost ratificată Carta Europeană a Limbilor Regionale și Minoritare, iar problema învățământului în limbile minoritare este în bună măsură rezolvată.

⁴⁴ Legea nr. 215 din 13 aprilie 2001, publicată în M. Of., nr. 204, din 23 aprilie 2001.

⁴⁵ Pentru detalii, vezi Manuel Guțan, *Istoria administrației publice românești*, ediția a 2-a, Hamangiu, București, 2006.

⁴⁶ Vezi Gentimir A.M., *Care formă de autonomie este favorabilă României?*, în *Noua Revistă de Drepturile Omului*, vol. 6, nr. 1 (2010), pp. 20-31; Andreescu G., *Răspuns la întrebarea: care formă de autonomie?*, în același număr din *Noua Revistă de Drepturile Omului*, pp. 31-40.

⁴⁷ Legea nr. 1/2011, publicată în M. Of., nr. 18, din 10 ianuarie 2011.

⁴⁸ Această prevedere are în vedere ipoteza unor români care locuiesc într-o zonă locuită preponderent de o minoritatea națională, mai precis în cazul județelor Harghita și Covasna.

⁴⁹ M. Of., nr. 431, din 12 septembrie 2001, republicată cu modificările ulterioare în M. Of., nr. 99, din 8 februarie 2007 (ultima modificare, prin OUG nr. 19/2013, publicată în M. Of., nr. 183, din 2 aprilie 2013). Vezi și M.R. Prisacariu M.R., *Statutul minorităților naționale*, C.H. Beck, București, 2010, pp. 167-171.

⁵⁰ Prin HG nr. 137/1993 (M. Of., nr. 156, din 9 iulie 1993), abrogată prin HG nr. 17/1997 (M. Of., nr. 17, din 5 februarie 1997).

⁵¹ Ram M.H., *Romania: from laggard to leader?*, în Rechel B. (ed.), *Minority Rights in Central and Eastern Europe*, Routledge, London and New York, 2009, pp. 180-194.

⁵² Acest aspect, împreună cu situația încă nesatisfăcătoare a integrării minorității rome este subliniat în ultimul raport al Comitetului Consultativ al Consiliului Europei privind implementarea Convenției Cadru pentru Protecția Minorităților Naționale, care a și făcut recomandări

Semnificativ pentru regimul minorităților din România este faptul că acesta a permis menținerea majorității comunităților minoritare din ultimul secol, într-o epocă istorică marcată de violență, într-un spațiu geopolitic extrem de instabil. Sub acest aspect, situația din țara noastră se deosebește mult de cea din unele țări din regiune, unde diversitatea etnică a fost eliminată sau redusă considerabil. Catastrofele umanitare fără precedent din timpul celui de-al doilea război mondial și din primii ani postbelici au afectat mai puțin țara noastră, nu în ultimul rând datorită menținerii structurii statale, fie ea și dictatorială. Masacrarea în masă a celor indezirabili (pe criterii de rasă, religie, etnie sau clasă) reclamă un spațiu extra-statal sau „liber de stat”, în care agenda politică a unei ideologii totalitare să poată fi aplicată fără restricții⁵³. Dreptul în general poate fi înțeles mai bine din perspectivă spațială: el constituie o ordine eminamente terestră⁵⁴ și acest lucru este valabil și în privința statutului minorităților. Stabilitatea, relativa prosperitate și dezvoltarea în timp a comunităților diferite sub aspect etnic religios sau lingvistic depind în mare măsură de existența unui spațiu al conviețuirii: persistența unei structuri statale stabile, capabilă să asigure permanența unor funcții elementare ale statului, în ciuda mutațiilor, răsturnărilor sau catastrofelor politice, și aceasta indiferent de agenda politică sau de competența conducătorilor politici succesivi. Existența unui asemenea spațiu al conviețuirii nu este neapărat meritul conducerii politice, al bunei guvernări și al spiritului de toleranță – de multe ori chiar ineficiența politică și administrativă lasă comunităților minoritare spații de manevră vitale pentru supraviețuire și conservarea identității etnice, lingvistice și culturale.

în acest sens. Vezi Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, ACFC/OP/IV(2017)005: *Fourth Opinion on Romania*, adopted on 22 June 2017, published on 16 February 2018, pp. 44-45.

⁵³ Vezi în acest sens Snyder T., *Bloodlands: Europe Between Hitler And Stalin*, Basic Books, New York, 2010 și mai ales Baberowski J., *Räume der Gewalt*, Fischer Verlag, Frankfurt am Main, 2015.

⁵⁴ Schmitt C., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Vierte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

DELEGAREA LEGISLATIVĂ – NECESITATE SAU OPORTUNITATE PENTRU GUVERNUL ROMÂN?

Oana ȘARAMEȚ*

Abstract: *One of the simplest definition of the notion of constitution (politeia) says that this represents “on orderly distribution of power”, as a way of organizing the offices of the city-state, particularly the sovereign office, in Politics, Aristotel added that a constitution must be the foundation of the state organization which has to include the organization of the sovereign power, a state can function well only if it is organized in three components corresponding to three public powers provided by the modern constitutions: legislative power, executive power and judicial power. But Aristotle also underlined that the settlement of any government, perfection must not be achieved, but the government must be practicable. Throughout time, the political and constitutional history of states has shown that the organization of the state can not only involve a separation of these three powers, the mutual cooperation and control between them must ensure their equilibrium. Not even in an ideal, utopian society, those three powers could not function separately, their constitutional role and attributions forcing them to relate each other. In this context, nowadays, a practicable, a practicable government must provide viable solutions for situations when, for example, the legislative power cannot, for objective reasons, exercise its legislative function, and this solution is the legislative delegation, as it has been identified and written in the modern constitutions. Thus, the constitutional lawmakers have regulated a legal institution that allows the government to “legislate” temporarily in place of the legislature. However, “legislating” without going through the parliamentary steps of this procedure, with a weak or almost non-existent parliamentary control, encourages any government to take full responsibility for the law-making.*

Keywords: *principle of the separation and balance of powers; executive power; legislative delegation*

1. Aspecte generale privind delegarea legislativă

Constituțiile statelor moderne recunosc și consacră ca atare caracterul reprezentativ al Parlamentului, al autorității legiuitoare, ori chiar prevăd că acesta reprezintă „organul reprezentativ suprem al poporului”, astfel precum o face Constituția republicată, în vigoare, a României, în art. 61 alin. (1). „În virtutea atribuției de reprezentare, Parlamentului i se acordă dreptul de legiferare într-un stat”¹, așadar inclusiv în statul român acesta poate exercita funcția de legiferare ca o consecință a „delegării putere suverane a poporului către aleșii săi”². Practic, prin acest mecanism, poporul a delegat un atribut al puterii sale – legiferarea unei autorități legislative, legea fundamentală consacrand, de regulă, *expressis verbis*, că doar Parlamentul legiferează, sau deține puterea legislativă, sau că adoptă legi³, limitând astfel „exercițiul dreptului delegat numai titularului desemnat de el pentru a exercita acest drept”⁴, orice eventuală subdelegare putând afecta orice stat de drept.

Cu toate acestea, statele moderne au consacrat, în special după primul război mondial⁵, prin constituțiile lor⁶, delegarea legislativă despre care se poate afirma că „a fost inventată ca substitut al activității legislative a Parlamentului în perioade deosebit de critice, mai ales în cele de războaie”⁷, oferind, astfel, un cadru constituțional pentru emiterea de către executiv, de regulă de către Guvern, a actelor de legislație delegată.

Privită inițial ca o „excepție”⁸ de la principiul delegata potestas non delegatur⁹, delegarea legislativă s-a răspândit, contaminând juridic, sistemele constituționale ale mai tuturor statelor moderne, fapt dovedit de înscrierea în constituții

* Lector dr., Universitatea Transilvania din Brașov, Facultatea de Drept, oana.saramet@unitbv.ro

¹ Deaconu Ș., *Instituții politice*, Editura C. H. Beck, București, 2012, p.278.

² Ibidem

³ Astfel, potrivit art. 61 alin. (1) teza a II-a din Constituția României, republicată, Parlamentul este „unica autoritate legiuitoare a țării”, sau, prin art. 59, Constituția Estoniei prevede că „puterea legislativă aparține Parlamentului”, sau, Constituția Irlandei, prin art. 15 alin. (2) pct. 1), stabilește că „Parlamentului îi este conferită prin prezenta [Constituție] competența exclusivă de a elabora legi ale statului: nicio altă autoritate legislativă nu dispune de competența de a elabora legile statului”.

⁴ Deaconu Ș., *op. cit.*, p.278. A se vedea în acest sens, spre exemplu, și: Negulescu P., *Tratat de drept administrativ*, vol.I, *Principii generale*, ed. a IV-a, Institutul de Arte Grafice „E. Marvan”, București, 1934, p. 337, sau Ionescu C., *Raporturile Parlamentului cu Guvernul și Președintele României. Comentarii constituționale*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 312.

⁵ Ionescu C., *op. cit.*, p. 291.

⁶ De altfel, în doctrină, se subliniază că „este de esența democrației constituționale ca delegarea legislativă să fie consacrată în textele constituționale”. Ionescu C., *op. cit.*, p. 291.

⁷ Muraru I., Tănăsescu E. S., coordonatori, *Constituția României. Comentariu pe articole*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 1085-1086.

⁸ Doctrina reține și o opinie contrară atunci când apreciază că delegarea legislativă este o „intervenție a puterii executive în domeniul legislativ”, fiind, în același timp, „una dintre cele mai puternice negări ale principiului separației puterilor în stat”. Vida I., *Puterea legislativă*, Editura Crater, București, 1999, p. 137-138. În același sens a se vedea și Negulescu P., *Curs de Drept Constituțional Român*, Editat de Alex. Th. Doicescu, București, 1928, p. 483.

⁹ Idem, p. 1086.

a acestei instituții de drept constituțional¹⁰, astfel precum am menționat în cele ce preced, dar, am aprecia noi, și de drept administrativ, flexibilizarea principiului separației și echilibrului puterilor în stat fiind previzibilă și de neconceput a nu exista în prezent.

Despre delegarea legislativă s-a afirmat, în doctrină, că „rezumă, în esență, posibilitatea acordată de Parlament Guvernului¹¹ ca, în anumite limite și cu respectarea unor condiții, să adopte acte ce conțin norme cu putere de lege care, în sistemul juridic românesc, poartă denumirea de ordonanțe”¹².

Curtea Constituțională a României a definit delegarea legislativă ca fiind „o instituție specifică dreptului constituțional ce presupune transferul de atribuții de la Parlament către executiv în anumite condiții prevăzute de legea de abilitare ori de Constituție, fiind, prin urmare, o limitare a monopolului parlamentar în materia legiferării, care însă își găsește o justificare unanim acceptată ce izvorăște din principiul separației și al colaborării puterilor în stat”¹³.

Din cele menționate mai sus, desprindem elementele constituționale¹⁴ ale delegării legislative, astfel precum a conturat-o legiuitorul constituțional român, prin prevederile art. 108 alin. (1), (3) și (4) coroborate cu cele ale art. 115. Astfel, se poate vorbi despre consacrarea constituțională a două¹⁵ forme distincte, concret și special prevăzute prin normele legii fundamentale, ale regimului constituțional al ordonanțelor, anume un regim constituțional normal, acesta fiind cel al ordonanțelor emise în baza unei legi de abilitare, respectiv un regim constituțional de excepție reprezentat de cel al ordonanțelor de urgență¹⁶.

Astfel, cât privește ordonanțele simple, cele prin care este reflectat regimul constituțional normal al ordonanțelor, conform prevederilor art. 108 alin. (1), (3) și (4) coroborate cu cele ale art. 115 alin. (1) – (3), pentru ca un guvern să poată adopta astfel de ordonanțe are nevoie de o „împuternicire” din partea Parlamentului, care va îmbracă „haina juridică” a unei legi de abilitare și prin care Guvernul va fi transformat „într-un veritabil participant la realizarea puterii legislative specifice Parlamentului”¹⁷. Prin legea de abilitare, Parlamentul „va trebui să stabilească, în mod obligatoriu, domeniul și data până la care se pot emite ordonanțe, având posibilitatea de a prevedea sau nu obligația supunerii acestor ordonanțe aprobării sale, potrivit procedurii legislative, până la împlinirea termenului de abilitare”. Prevederile constituționale mai menționează că o astfel de abilitare „nu poate fi acordată pentru adoptarea de

¹⁰ Deaconu Ș., *op. cit.*, p. 279.

¹¹ În doctrină s-a apreciat că în România ar trebui să se distingă între două forme ale delegării legislative, anume delegarea legislativă către Guvern, consacrată constituțional de prevederile art. 108 coroborate cu cele ale art. 115, pe de o parte, și delegarea legislativă către Președintele României, caz în care sediul materiei este reprezentat de prevederile art. 73 coroborate cu cele ale art. 93 din Constituție. A se vedea în acest sens, Deaconu Ș., *op. cit.*, p. 279 - 282.

¹² Muraru I., Tănăsescu E. S., coordonatori, *op. cit.*, p. 1086. Într-o altă opinie, s-a apreciat că, prin intermediul acestei delegări, „Guvernul se substituie în mod excepțional Parlamentului, astfel încât, prin ordonanță, el poate să reglementeze primar, să modifice sau să abroge reglementarea existentă”. Selejan-Guțan B., *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 12. Ați autori au apreciat că delegarea legislativă este o „instituție prin care, fie direct Constituția, fie Parlamentul prin lege, în baza unui text din Constituție, acordă executivului prerogative de a adopta acte normative cu caracter primar”, Constantinescu M., Iorgovan A., Muraru I., Tănăsescu S. E., *Constituția României revizuită – comentarii și explicații*, Editura All Beck, București, 2004, p. 221. Pentru alte definiții, a se vedea, spre exemplu, Deaconu Ș., *op. cit.*, p. 279, sau Safta M., *Drept constituțional și instituții politice*, vol. II, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 297.

¹³ Pct. 1 din Decizia Curții Constituționale nr. 1438 din 04 noiembrie 2010 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, precum și a dispozițiilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 124/2005 privind modificarea și completarea Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, publicată în M. Of., Partea I, nr. 16 din 17.01.2011. Astfel Curtea Constituțională și-a redefinit și nuanțat aprecierea asupra a ceea ce înseamnă delegarea legislativă pe care o considera, printr-o decizie mai veche a sa, ca fiind „o procedură excepțională de substituie a Guvernului în prerogativele legislative ale Parlamentului, astfel încât prin ordonanță, Guvernul poate să reglementeze primar, să modifice sau să abroge reglementarea existentă.” A se vedea în acest sens: Decizia nr. 102 din 31 octombrie 1995 privind pronunțarea asupra recursului declarat de Societatea Comercială „Agapia” - S.R.L. Suceava împotriva Deciziei Curții Constituționale nr. 52 din 23 mai 1995, publicată în M. Of., Partea I, nr. 287 din 11.12.1995.

¹⁴ Delegarea legislativă este o instituție a dreptului constituțional recunoscută și consacrată ca atare și prin constituțiile altor state. În unele dintre constituții reglementarea este una mai dezvoltată și mai detaliată, astfel precum este cazul unor prevederi precum cele din: Constituția Croația (art. 88), Constituția Greciei (art. 44 alin. 1), Constituția Estoniei (art. 109), Constituția Finlandei (art. 80) - în cazul acesteia este necesar a sublinia că aspectele privind publicarea și intrarea în vigoare a decretelor și a altor norme juridice, adoptate în baza delegării legislative, sunt stabilite prin lege, Constituția Italiei (art. 77), Constituția Portugaliei (art. 161 lit. h), art. 165, art. 168, art. 198), Constituția Sloveniei (art. 108), Constituția Spaniei (art. 82), sau Constituția Suediei (art. 3, art. 4, art. 5, art. 6, art. 8). Pe când în cazul altor legi fundamentale, soluția constituțională apreciată de legiuitor și ca atare înscrisă în constituție, a constat în recunoașterea unei astfel de competențe de „legiferare” primară în domeniile legii în sarcina executivului, și de regulă a Guvernului, printr-o normă cu caracter general sau cu un conținut concis care are în vedere situații precis identificate sau identificabile, după caz. Astfel sunt, spre exemplu, prevederile din Constituția Irlandei [art. 15 alin. (1) pct. 2)] sau din Constituția Letoniei (art. 62). Constituțiile au fost consultate la: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, accesat la data de 08.03.2018.

¹⁵ Printr-o decizie a sa, și Curtea Constituțională a României distinge între cele două forme ale regimului constituțional al ordonanțelor și, implicit, între cele două tipuri de ordonanțe prevăzute de normele constituționale. Astfel, Curtea precizează că “Guvernul are o competență normativă derivată fie dintr-o lege de abilitare, fie din însăși Constituție, cu un caracter special și limitat, specific unei competențe de atribuire. Exercitarea acestei competențe se include tot în sfera puterii executive și constă în posibilitatea de a emite două categorii de acte normative: ordonanțe simple și ordonanțe de urgență”. A se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 1189 din 20 septembrie 2011 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 7 lit. f) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 91/2003 privind organizarea Gărzii Financiare, publicată în M. Of., Partea I, nr. 808 din 16.11.2011.

¹⁶ Iorgovan A., *Tratat de drept administrativ*, vol. I, Editura All Beck, București, 2001, p. 401.

¹⁷ Deleanu I., *„Instituții și proceduri constituționale în dreptul comparat și în dreptul român”*, Editura C. H. Beck, București, 2006, p. 613.

ordonanțe simple în domeniul legii organice”, astfel precum este acesta identificat conform prevederilor art. 73 alin. (3) din Constituție, precum și implicit, în baza acestui text constituțional, de alte prevederi din aceeași lege fundamentală, precum și faptul că, în situația în care „legea de abilitare a impus supunerea ordonanțelor aprobării Parlamentului, nerespectarea termenului”, menționat de art. 108 alin. (3) din Constituție, va avea drept consecință „încetarea efectelor ordonanței”.

Cât privește ordonanțele de urgență, prevederile constituționale ale alin. (4) – (6) ale art. 115, acestea „pot fi adoptate de Guvern numai în situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, având obligația de a motiva urgența în cuprinsul acestora”, textul constituțional neoferind o definiție a acestei sintagme „situații extraordinare”¹⁸ sau criterii de identificare clară a acestora. Cu toate acestea, Constituția prevede câteva limitări în demersul de „legiferare” de către Guvern prin aceste ordonanțe de urgență specificând, *expressis verbis*, acele domenii sau situații constituționale în care această autoritate nu poate interveni în acest mod, anume: „legile constituționale, nu pot afecta regimul instituțiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție, drepturile electorale și nu pot viza măsuri de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică”. Față de reglementarea constituțională referitoare la ordonanțele simple, legiuitorul constituțional a prevăzut când intră în vigoare ordonanțele de urgență, anume „numai după depunerea lor spre dezbatere în procedură de urgență la Camera competentă să fie sesizată și după publicarea lor în Monitorul Oficial al României”, iar în situația în care Camerele „nu se află în sesiune, se convoacă în mod obligatoriu în 5 zile de la depunere sau, după caz, de la trimitere”¹⁹.

Atât ordonanțele simple, cât și cele de urgență se publică în Monitorul Oficial al României, astfel precum prevede atât art. 108 alin. (4), cât și art. 115 alin. (5), sancțiunea nepublicării fiind inexistența actului în cauză, iar, conform art. 115 alin. (7) și (8), „ordonanțele cu care Parlamentul a fost sesizat se aprobă sau se resping printr-o lege”, prin care “se vor reglementa, dacă este cazul, măsurile necesare cu privire la efectele juridice produse pe perioada de aplicare a ordonanței”²⁰.

Din succinta prezentare a cadrului constituțional românesc dedicat ordonanțelor, nu ar trebui să omitem prevederea constituțională din art. 146 lit.d) potrivit căreia și aceste acte juridice pot fi supuse controlului de constituționalitate în fața Curții Constituționale, mai precis controlului a posteriori de constituționalitate.

2. Delegarea legislativă – necesitate pentru Guvernul român?

Realitatea socială de astăzi, cu precădere cea care reclamă reglementarea juridică cu caracter primar, evoluția sau involuția, după caz, a relațiilor sociale guvernate de astfel de norme, ne demonstrează imposibilitatea practică de a mai recunoaște absolut exclusiv atributul legiferării Parlamentului. Astfel, procedurile legislative complexe, dar și stufoase, mai ales cât privește componenta parlamentară a acestora, dificultățile mai ales politice apărute în formarea unei majorități parlamentare în sistemele multipartide, care tind să se extindă și în sistemele bipartide clasice, precum cel britanic și american, ulterior scrutinelor parlamentare, iar ulterior în menținerea pe durata întregului mandat a majorității greu construite, sunt doar unele dintre argumentele care susțin înscrierea și menținerea în constituții a acestei instituții juridice cu valoare constituțională, anume delegarea legislativă.

Pe de altă parte, nici nu considerăm că ar trebui să negăm existența și funcționarea principiului separației și echilibrului puterilor în stat prin reconfigurarea rolurilor puterii legislative și a celei executive astfel încât funcția legislativă să revină în exclusivitate puterii executive care, oricum, poate fi afectată, de asemenea, de instabilitate, lupte politice, pierderea susținerii majorității politice, dar care funcționează mai eficient decât un legislativ considerabil mai numeros, dar și mai greoi procedural.

Inspirată din experiența constituțională a altor state, precum cel francez sau cel spaniol, delegarea legislativă o apreciem a reprezenta o necesitate în sistemul nostru constituțional, însă cu condiția respectării regimului

¹⁸ Curtea Constituțională a subliniat, prin jurisprudența sa, că “potrivit dispozițiilor constituționale menționate [ale art. 115 alin. (4), s.n.], Guvernul poate adopta o ordonanță de urgență în următoarele condiții, întrunite în mod cumulativ: existența unei situații extraordinare; reglementarea acesteia să nu poată fi amânată; urgența să fie motivată în cuprinsul ordonanței”. A se vedea în acest sens Decizia nr. 255 din 11 mai 2005 privind sesizarea de neconstituționalitate a Legii pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 100/2004 privind trecerea unor terenuri forestiere din proprietatea publică a statului și din administrarea Regiei Naționale a Pădurilor - Romsilva în proprietatea Arhiepiscopiei Sucevei și Rădăuților, publicată în M. Of., Partea I, nr. 511 din 16.06.2005. De asemenea, Curtea, “a statuat în mod constant că situațiile extraordinare exprimă un grad mare de abatere de la obișnuit sau comun, aspect întărit și prin adăugarea sintagmei “a căror reglementare nu poate fi amânată” (A se vedea în acest sens, spre exemplu, Decizia nr. 188 din 02 martie 2010 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 71/2009 privind plata unor sume prevăzute în titluri executorii având ca obiect acordarea de drepturi salariale personalului din sectorul bugetar, publicată în M. Of., Partea I, nr. 237 din 14.04.2010). Nu în ultimul rând, Curtea a stabilit că “pentru emiterea ordonanței de urgență este necesară existența unei stări de fapt obiective, cuantificabile, independente de voința Guvernului, care pune în pericol un interes public” (A se vedea în acest sens, spre exemplu, Decizia nr. 1008 din 07 iulie 2009 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a Legii privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 224/2008 pentru modificarea art. 5 alin. (2) din Legea nr. 415/2002 privind organizarea și funcționarea Consiliului Suprem de Apărare a Țării, publicată în M. Of., Partea I, nr. 507 din 23.07.2009).

¹⁹ De altfel, Constituția, prin art. 115 alin. (5), instituie și o sancțiune în cazul în care „Camera sesizată nu se pronunță asupra ordonanței în termen de cel mult 30 de zile de la depunere”, aceasta constând în „considerarea ca adoptată a acelei ordonanțe de urgență și trimiterea acesteia către cealaltă Cameră care va decide, de asemenea, în procedură de urgență”, astfel precum va trebui să procedeze și prima Cameră sesizată.

²⁰ Cum legiuitorul constituțional nu distinge în cadrul acestor prevederi neconstituționale între cele două tipuri de ordonanțe, apreciem că nu o putem face nici noi, în virtutea adagiului *ubi tex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

constituțional stabilit acesteia și, mai ales, a limitelor în care „se poate manifesta” această delegare să fie respectate strict. Printr-o astfel de afirmație nu trebuie să se înțeleagă că această construcție constituțională a delegării legislative din sistemul nostru este una perfectă, în cel mai bun caz este una perfectibilă. Astfel delegarea legislativă nu trebuie înțeleasă, în special de către orice guvern, ca „o negare a rolului constituțional și a puterii legislative a Parlamentului”²¹, „adoptarea legilor fiind și rămânând de competență exclusivă a Parlamentului, dar în anumite situații expres prevăzute de Constituție și Guvernul poate adopta acte normative cu putere de lege, fără însă a fi denumite legi, ci ordonanțe de Guvern”²². Mai mult decât atât, delegarea legislativă nu poate avea nici „efectul unei dezinvestiri de atribuții legislative din partea Parlamentului”²³, precizare valabilă, de asemenea, pentru orice guvern.

Nu putem a nu recunoaște că dobândirea acestei competențe delegate de „a legifera” a fost și este un câștig pentru un guvern, dar acesta nu poate uza de această competență decât în limitele stabilite prin Constituție. În acest sens, putem observa că, potrivit art. 115 alin. (1), Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legilor organice, nefiind așadar obligat a adopta o astfel de lege, fiind recunoscut la nivel constituțional un drept exclusiv de apreciere asupra oportunității și necesității adoptării unei asemenea legi. Pe când, Parlamentului nu-i mai este recunoscută o astfel de putere nelimitată discreționară atunci când prevede, în mod obligatoriu, conform art. 115 alin. (2) din Constituție, domeniile și perioada în care acordă această abilitare. În acest ultim caz, dreptul său de apreciere este limitat la a selecta dintre domeniile legii ordinare pe cele în care va permite Guvernului să reglementeze cu caracter primar, precum și la a identifica perioada în care Guvernul se poate bucura de acest privilegiu al delegării legislative, perioadă pe care practica de stat a încadrat-o în limitele vacanțelor parlamentare, prevederile constituționale tăcând sub acest aspect. Oricum nu ni s-ar părea nicidecum justificat ca Parlamentul să acorde o astfel de abilitare Guvernului pentru a emite ordonanțe simple pe perioada sesiunilor parlamentare pentru că ar ajunge în situația de a-și nega sau, cel puțin, refuza singur funcția legislativă, precum și exercitarea acesteia, știut fiind faptul că această autoritate publică are posibilitatea ca în situații urgente să recurgă la alte modalități constituționale de adoptare a unei legi, precum este adoptarea acesteia în procedură de urgență.

3. Delegarea legislativă – oportunitate pentru Guvernul român?

Categoric Guvernul român a perceput delegarea legislativă ca o oportunitate de care se poate folosi pentru a reglementa, printr-un act normativ cu forță juridică a unei legi, prompt, rapid și precum apreciază a fi cel mai optim pentru a-și îndeplini inclusiv rolul constituțional consacrat prin art. 102. Însă, nici Guvernul, nici Parlamentul nu pot și nu trebuie să uite că statul de drept, una dintre caracteristicile statului nostru conform art. 1 alin. (3) din Constituție, poate fi explicat, în cel mai simplu mod prin domnia legii care „implică subordonarea statului față de drept, asigurarea acelor mijloace care să permită dreptului să cenzureze opțiunile politice și, în acest cadru să pondereze eventualele tendințe abuzive, discreționare ale structurilor etatice”²⁴, nefiindu-le astfel permis a supraevalua oportunitatea față de legalitate și, mai ales, față de supremația Constituției.

De altfel, prin jurisprudența sa, Curtea Constituțională a statuat că aprecierea unei situații extraordinare avută în vedere de un guvern pentru a adopta o ordonanță de urgență prin „invocarea elementului de oportunitate, prin definiție de natură subiectivă, căruia i se conferă o eficiență contributivă determinantă a urgenței, ceea ce, implicit, îl convertește în situație extraordinară, impune concluzia că aceasta nu are, în mod necesar și univoc, caracter obiectiv, ci poate da expresie și unor factori subiectivi”²⁵. Or, subliniază Curtea Constituțională, „asemenea factori [anume cei referitori la oportunitate, s.n.] nu sunt cuantificabili, [iar] afirmarea existenței situației extraordinare, în temeiul lor sau prin convertirea lor într-o asemenea situație, conferă acesteia un caracter arbitrar, de natură să creeze dificultăți insurmontabile în legitimarea delegării legislative. S-ar ajunge, astfel, ca un criteriu de constituționalitate - situația extraordinară -, a cărui respectare este prin definiție supusă controlului Curții, să fie, practic, sustras unui atare control, ceea ce ar fi inadmisibil”²⁶. Așadar, aprecierea subiectivă, prin luarea în considerare doar a unor aspecte de oportunitate, a unei situații extraordinare fără considerarea criteriilor constituționale obiective, remarcate și de Curtea Constituțională, prin jurisprudența sa, astfel precum am menționat în cele ce preced, va oferi instanței constituționale suficiente motive întemeiate pentru a declara neconstituțională o astfel de ordonanță, în cazul în care va fi sesizată, conform prevederilor constituționale și legale în vigoare.

Dacă privim din altă perspectivă această oportunitate, am putea aprecia că delegarea legislativă trebuie să fie valorificată de Guvern atât în cazul adoptării unei ordonanțe simple, cât și în cel al adoptării unei ordonanțe de urgență. Odată primită abilitarea din partea Parlamentului, mai ales atunci când prin legea de abilitare nu se prevede

²¹ Ionescu C., *op. cit.*, p. 318.

²² Oniga T., *Delegarea legislativă*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 28.

²³ Ibidem.

²⁴ Decizia nr. 70 din 19 iulie 2000 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. IV pct.7 din Ordonanța Guvernului nr. 18/1994 privind măsuri pentru întărirea disciplinei financiare a agenților economici, aprobată, cu modificări, prin Legea nr. 12/1995, publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 334 din 19 iulie 2000.

²⁵ Decizia nr. 255 din 11 mai 2005 a Curții Constituționale. A se vedea *Supra* nota de subsol 18.

²⁶ Ibidem.

obligativitatea supunerii spre aprobarea acestuia a ordonanțelor adoptate pe perioada abilitării, Guvernul are posibilitatea ca, în limitele constituționale amintite succint în cele de mai sus, să aprecieze în sensul adoptării unei ordonanțe sau nu, să aprecieze și să aprobe ca atare conținutul acesteia, fără riscul ca voința sa transpusă prin normele juridice să fie modificată, completată sau abrogată de Parlament prin legea de aprobare sau de respingere a ordonanței. Atunci când este vorba despre o ordonanță de urgență, Guvernul se bucură de o asemenea libertate dacă: identifică obiectiv situația extraordinară ce reclamă reglementare, motivând în același sens urgența reglementării, protejându-și astfel actul adoptat de o posibilă modificare, completare sau repsingere în Parlament sau, dacă totuși majoritatea parlamentară aprobă o ordonanță de urgență „subredă” constituțional, de posibilitatea declarării ca neconstituțională de către Curtea Constituțională; identifică situația extraordinară și-și construiește reglementarea astfel încât să nu aducă atingere limitărilor constituționale impuse prin prevederile art. 115 alin. (6); nu „atentează” la domeniile în care reglementarea prin ordonanță de urgență nu este permisă, astfel precum le prevde art. 115 alin. (6) din Constituție.

Pe de altă parte, considerăm că este necesar a se înțelege rațiunea pentru care și-au găsit consacrară juridică în Constituția noastră, ordonanțele de urgență, sens în care apreciem că este afectat caracterul urgent al unei astfel de reglementări, și implicit nu este respectată prevederea constituțională în acest sens, atunci când aceasta poate intra în vigoare și la o altă dată ulterioară celei publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, sub condiția depunerii prealabile a acesteia la Camera competentă să fie sesizată, dacă o astfel de dată este prevăzută în conținutul ei, astfel precum prevede art. 12 alin. (2) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă penru elaborarea actelor normative, republicată, cu modificările și completările ulterioare. În opinia noastră urgența unui act nu reclamă doar adoptarea acestuia de îndată, ci inclusiv intrarea în vigoare a acestuia cât mai curând posibil, iar textul constituțional al art. 115 alin. (1) anterior menționat, oferă soluția optimă în acest sens.

De asemenea, identificarea, inclusiv consacrară constituțională ca atare, a unui mecanism de control a priori de constituționalitate și cât privește ordonanțele, ar putea preveni intrarea în vigoare a unor ordonanțe neconstituționale.

De altfel, de la intrarea în vigoare a actualei Constituții a României, guvernele au ignorat²⁷ delegarea legislativă sau s-au folosit, poate chiar abuziv²⁸, de această instituție juridică, profitând, chiar și doar temporar, de posibilitatea „de a legifera” fără intervenția legislativului.

4. Concluzie

Astfel precum am afirmat deja, prevederile constituționale în vigoare care reglementează instituția delegării legislative sunt, cu siguranță, perfectibile, dar oricât s-ar strădui legiuitorul constituțional practica guvernelor cât privește delegarea legislativă arată clar și evident că „legiferarea prin intermediul ordonanțelor...este o problemă de practică a guvernării, dincolo de reglementările constituționale existente”²⁹.

A legifera prin intermediul delegării legislative este uneori o necesitate, este, de asemenea, o oportunitate pentru Guvern, dar „Parlamentul deși transferă acestuia prin voință constituantă exercițiul unor prerogative ale sale, păstrează pentru sine delegarea pe care a primit-o de la Națiune”³⁰, Guvernului oferindu-i-se doar posibilitatea ca, temporar și determinat de situații obiective, certe, urgente, să reglementeze primar situațiile sociale ce impun o astfel de reglementare pe care, din motive obiective, autoritatea legiuitoare nu o poate adopta într-un termen rezonabil, cu respectarea strictă a condițiilor impuse de Constituție.

²⁷ Statisticile întocmite în acest sens de Consiliul Legislativ reflectă fie ignorarea delegării legislative, astfel precum s-a întâmplat cu precădere până în anul 1997 când sunt adoptate 97 de astfel de ordonanțe față de doar 13 adoptate în anul anterior, fie dezvoltarea „unei veritabile pasiuni” pentru acest tip de ordonanțe, astfel precum s-a întâmplat în anul 2000, când au fost adoptate 290 de ordonanțe de urgență, sau, mai recent, în anul 2008 când au fost adoptate „doar” 240 de astfel de acte. A se vedea în acest sens statisticile amintite care au fost consultate la: http://www.clr.ro/Statistici/Web_Server_Chart.aspx?pmy_Categ=OUG&pmy_Radio_Emis=INTERVAL&pmy_Anul=0&pmy_Anul_INI=1992&pmy_Anul_FIN=2018&pmy_Radio_Grafic=PIE, accesat la data de 08.03.2018.

²⁸ A se vedea în acest sens, spre exemplu, Muraru I., Tănăsescu E. S., coordonatori, *op. cit.*, p. 1103.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ionescu C., *op. cit.*, p. 319.

NOȚIUNEA DE FUNCȚIONAR PUBLIC DIN PERSPECTIVA REGLEMENTĂRILOR LEGALE ACTUALE

*Adela Maria CERCHEZ**

Abstract: *The concept of a public position represents a central notion of the public law, in general, and, especially, of the administrative law, being in a imperishable connection with the concept of authority, administrative activity, etc.*

The judicial institution stated that the constitutional perspective over the concept of a public position is a minimalist one, very reminiscent, without any description. In accordance with the in force provisions, it can be stated, in principle, that the public positions are established as an assembly of responsibilities and duties for the law in order to accomplish the prerogatives of the public power by the central public administration, the local public administration and the independent administrative authorities.

The civil servant represents a complex institution, being considered an institution of the public law since the 19th century. The identity of the civil servant, from the perspective of the provisions, consists in the accomplishment of the prerogatives of the public power, the juridical system of the report of the civil servant with the institutions or the public authorities, arousing a permanent interest all the time, generating complex debates and controversies in juridical literature.

Key words: *civil servant; public position; public authorities, public interest*

Noțiunea de funcție publică constituie o noțiune centrală a dreptului public, în general și a dreptului administrativ, în special, fiind într-o legătură indestructibilă cu noțiunea de autoritate, organ, activitate administrativă, etc.¹

Dispozițiile Constituției României prevăzute la art. 16 alin. (3) și la art. 73 alin. (3) lit j), dar și dispozițiile Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici reprezintă temeiul constituțional, dar și cadrul legal pentru regimul juridic general al funcției publice.²

Constituția României cuprinde dispoziții care reprezintă cadrul principal de reglementare a răspunderii juridice a funcționarilor publici. În accepțiunea dispozițiilor legii fundamentale privind egalitatea în drepturi, respectiv art. 16 alin. (3) : „Funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condițiile legii, de persoane care au cetățenia română și domiciliul în țară, statul român garantând egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea funcțiilor și demnităților publice”, iar raportat la dispozițiile art. 73 alin. (3) lit. j), privind legiferarea: „Reglementarea Statutului funcționarilor publici se face numai prin lege organică”³.

Statutul funcționarilor publici a fost adoptat prin Legea nr. 188 din 8 decembrie 1999⁴, lege care a suportat numeroase adaptări, modificări și completări, cele mai importante fiind cele aduse prin Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, care a determinat o primă republicare a Statutului și, ulterior, prin Legea nr. 251/2006 pentru modificarea și completarea Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, care a determinat și a doua republicare a Statutului, fiind adoptată, ulterior și legislația secundară necesară punerii în aplicare a legii.

Funcțiile publice sunt instituite sub forma unui ansamblu de responsabilități și atribuții, în temeiul legii, în vederea realizării prerogativelor de putere publică, de către administrația publică centrală, administrația publică locală și autoritățile administrative autonome⁵. Funcția publică este o instituție a dreptului administrativ, raportat atât la regimul juridic aplicabil, respectiv un regim de drept public derogatoriu de la regimul de dreptul muncii, dreptul comun în materie fiind Statutul funcționarilor publici, dar și raportat la deferirea litigiilor privind contenciosul funcției publice, spre competență, instanțelor de contencios administrativ.

Regimul juridic al raportului funcționarului public cu instituțiile sau autoritățile publice a suscitat un real și continuu interes, de-a lungul vremii, generând ample dezbateri și controverse în literatura juridică de specialitate.⁶ Funcționarul public reprezintă o instituție complexă, fiind tratat ca o instituție a dreptului public încă din secolul al

* Lector univ. dr, Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, Universitatea ”Spiru Haret”; avocat; avocat adela.cerchez@yahoo.com

¹ Iorgovan A., *Tratat de drept administrativ*, vol I, ed. a 4-a, Editura All Beck, București, 2005, p. 547.

² Mihăilescu M. E., *Drept administrativ. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 404.

³ Constituția României revizuită în anul 2003, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 767 din 31.10. 2003

⁴ Legea 188/1999 reprezintă legea cadru privind statutul general al funcționarilor publici, din administrația publică, fiind adoptate diverse statute speciale pentru alte categorii de funcționari, respectiv statutul polițiștilor, statutul cadrelor militare, statutul personalului vamal, statutul personalului silvic, etc.

⁵ Mihăilescu M.E., *op.cit.*, p. 405.

⁶ Vedinaș V., *Drept administrativ*, ed. a 8-a, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 509-512.

XIX-lea, situată la granița dintre dreptul administrativ și dreptul muncii, identitatea funcționarului public, inclusiv din perspectiva dispozițiilor Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici decurgând din realizarea prerogativelor de putere publică.⁷

Statutul funcționarilor publici definește funcționarul public prin dispozițiile art. 2 alin. (2) ca fiind „persoana numită, în condițiile legii, într-o funcție publică”. Potrivit dispozițiilor statutare, persoana care a fost eliberată din funcția publică și se află în corpul de rezervă al funcționarilor publici își păstrează calitatea de funcționar public. Funcția publică reprezintă, potrivit dispozițiilor art 2 alin. (1) din Statut „ansamblul atribuțiilor și responsabilităților, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor de putere publică de către administrația publică centrală, administrația publică locală și autoritățile administrative autonome”⁸.

În literatura juridică de specialitate au fost formulate mai multe definiții ale funcționarului public, pornind de la ipoteza că o persoană, numită de o autoritate publică sau aleasă în condițiile legii și investită într-o funcție publică devine funcționar public.

Astfel, într-o opinie, funcționarul public este persoana legal investită prin numire într-o funcție publică din structura unui serviciu public administrativ, în scopul îndeplinirii competenței acesteia.⁹

Potrivit unei alte opinii, funcționarul public este persoana fizică investită, în mod legal, prin actul de voință unilaterală al unei autorități publice sau al cetățenilor, cu sarcina îndeplinirii, pe un timp limitat sau nelimitat, a unei funcții publice, în vederea realizării competenței organului din structura căruia face parte funcția respectivă.¹⁰

Într-o altă opinie, funcționarul public este acea persoană juridică investită, prin numire, într-o funcție publică, cu respectarea dispozițiilor cerute de lege, pentru a desfășura, contra unui salariu, o activitate continuă și ritmică.¹¹

În acord cu dispozițiile Statutului, raporturile de serviciu se nasc și se execută în temeiul actului administrativ de numire, emis conform legii. Funcționarul public se află într-un raport de serviciu față de autoritatea publică, în structura căreia acesta își exercită funcția publică. Raportul de serviciu reprezintă un complex de relații sociale, legal instituite, între titularul funcției publice, autoritatea publică în structura căreia acesta își exercită funcția publică și subiectele de drept cu privire la care se realizează competența autorității publice.¹²

Din perspectiva dispozițiilor statutare, Statutul funcționarilor publici nu se aplică „corpului magistraților, cadrelor didactice, persoanelor numite sau alese în funcții de demnitate publică, personalului contractual salariat din aparatul propriu al autorităților și instituțiilor publice, care desfășoară activități de secretariat, administrative, protocol, gospodărire, întreținere-reparații și de deservire, pază, personalului salariat încadrat, pe baza încrederii personale, la cabinetul demnitarului, precum și altor categorii de personal care nu exercită prerogative de putere publică.” Persoanele care ocupă aceste funcții nu au calitatea de funcționar public și li se aplică legislația muncii.¹³

Totodată, în accepțiunea dispozițiilor statutare, pot beneficia de statute speciale funcționarii publici care își desfășoară activitatea în cadrul următoarelor servicii publice: structurile de specialitate ale Parlamentului României, structurile de specialitate ale Administrației Prezidențiale, structurile de specialitate ale Consiliului Legislativ, serviciile diplomatice și consulare, autoritatea vamală, poliția și alte structuri ale Ministerului Internelor și Reformei Administrative (Ministerul Afacerilor Interne, în prezent – n.n.), alte servicii publice stabilite prin lege.

Analizând dispozițiile statutare, rezultă că există funcționari publici cărora legea le permite adoptarea unor statute speciale prin care să se reglementeze drepturi, îndatoriri și incompatibilități specifice, altele decât cele prevăzute de legea-cadru sau funcții publice specifice dar și categorii de personal din cadrul serviciilor și instituțiilor publice căruia statutul consacrat prin legea-cadru nu le este aplicabil. Una dintre excepțiile reglementate de Statutul funcționarilor publici este reprezentată de categoria persoanelor numite sau alese în funcții de demnitate publică, printre care se numără Președintele României, primul - ministru, miniștrii, secretarii și subsecretarii de stat, primarii, viceprimarii, președinții consiliilor județene, Avocatul Poporului, etc, ceea ce denotă că respectivele persoane sunt subordonate jocului politic. Statutele persoanelor numite sau alese în funcții de demnitate publică sunt reglementate prin Constituție, în cazul Președintelui României, prin Constituție și Legea nr. 90/2001 privind organizarea și funcționarea Guvernului României și a ministerelor, în cazul primului-ministru, miniștrilor, secretarilor și subsecretarilor de stat sau prin Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale în cazul primarilor, viceprimarilor, președinților consiliilor județene, etc.

Statutul funcționarilor publici nu definește nici demnitarul, dar nici funcția de demnitate publică, literatura de specialitate fiind chemată să ofere o definiție atât demnitarului cât și funcției de demnitate publică. Astfel, potrivit doctrinei juridice, sunt funcții de demnitate publică cele ocupate în temeiul unui mandat obținut în mod direct, prin

⁷Vedinaș V., *Statutul funcționarilor publici. Legea 188/1999, cu modificările și completările ulterioare, republicată – comentarii, legislație, doctrină, jurisprudență*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 36.

⁸ Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicat în Monitorul Oficial, al României, nr. 365 din 29.05.2007.

⁹Vedinaș V., *op.cit.*, 2014, p. 516.

¹⁰ Iorgovan A., *Tratat de drept administrativ*, vol I, ed. a 4-a, Editura All Beck, București, 2005, p.587.

¹¹ Prisacaru V.I., *Tratat de drept administrativ român. Partea generală*, ed. a 3-a, Editura Lumina Lex, București, 2002, p. 265.

¹² Mihăilescu M. E., *op.cit.*, p. 412.

¹³ Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată în Monitorul Oficial, al României, nr. 365 din 29.05.2007.

alegeri sau în mod indirect, prin numire, urmarea organizării alegerilor, iar demnitarii publici sunt persoanele alese sau numite într-o funcție de demnitate publică, urmare a alegerilor locale sau generale.¹⁴

Noțiunea de funcționar public, în accepțiunea legii penale are o sferă de cuprindere mult mai mare, în raport cu noțiunea de funcționar public, consacrată prin dispozițiile Statutului funcționarului public.

Noul Cod penal definește prin dispozițiile art 175 funcționarul public. Funcționarul public, în sensul dispozițiilor art 175 alin. (1), este „persoana care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație exercită atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești, care exercită o funcție de demnitate publică sau o funcție publică de orice natură sau care exercită, singură sau împreună cu alte persoane, în cadrul unei regii autonome, al altui operator economic sau al unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat, atribuții legate de realizarea obiectului de activitate al acesteia”¹⁵.

Potrivit dispozițiilor art. 175 alin. (2) din noul Cod penal, este considerat funcționar public, în sensul legii penale și „persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public.” În accepțiunea legii penale, prin termenul public se înțelege tot ce privește autoritățile publice, instituțiile publice sau alte persoane juridice care administrează sau exploatează bunurile proprietate publică.

Raportat la sfera funcționarilor publici, în accepțiunea noului Cod penal, se pune problema încadrării anumitor profesii juridice, precum avocați, notari, executori judecătorești, mediatori, etc., în sfera de cuprindere a funcționarilor publici, din perspectiva angajării răspunderii penale.

În materia dreptului penal, există posibilitatea utilizării unor termeni într-un alt sens decât sensul acestor termeni în exprimarea extra-penală. O astfel de situație o întâlnim și în ceea ce privește noțiunea de funcționar public, noțiune care, în accepțiunea dispozițiilor art. 175 noul Cod penal, are o semnificație care nu se suprapune peste semnificația pe care respectiva noțiune o are în alte materii, respectiv materia dreptului administrativ, care beneficiază de propriile dispoziții incidente în materie, stipulate în Legea cadru nr. 188/1999, privind Statutul funcționarilor publici.

În expunerea de motive întocmită în susținerea proiectului noului Cod penal, se arată că revizuirea manierei de definire, în sensul legii penale, a conceptului de funcționar public vizează punerea de acord a legislației românești în domeniu cu „soluțiile în materie din alte legislații”. Astfel, vor continua să fie apreciați, din perspectivă penală, drept funcționari publici, cu valoare de exemplu, miniștrii, deputații și senatorii, euro-parlamentarii, primarii și președinții de consilii județene, membrii consiliilor locale și județene, toate persoanele ocupând funcții sau demnități în structura aparatului administrativ central sau local (secretari de stat, șefi de cabinete ministeriale sau parlamentare, angajați ai Administrației Prezidențiale, ai Parlamentului sau Guvernului, ai primăriilor, consiliilor locale sau județene, prefectii și bugetarii din structura instituției Prefectului etc.), directorii de regii autonome, companii naționale, persoane juridice având capital integral/majoritar de stat și salariații acestora care exercită atribuții specifice legate de realizarea obiectului de activitate al instituției/persoanei juridice respective ș.a.m.

Dincolo de sfera funcționarilor publici propriu-ziși, în accepțiunea legii penale, este reglementată prin dispozițiile art 175 alin. (2) și o categorie asimilată acestora, respectiv acele persoane care nu intră sub incidența dispozițiilor art 175 alin. (1) din noul Codul penal și care au fost investite de autorități publice să exercite un serviciu de interes public ori care, exercitând un asemenea serviciu, chiar fără a fi fost necesară investirea de către o autoritate publică pentru aceasta, sunt totuși supuse controlului sau supravegherii autorităților publice în ceea ce privește îndeplinirea respectivului serviciu public. În expunerea de motive sus invocată, se fac trimiteri, cu titlu de exemplu, la persoanele care exercită profesia de notar public sau de executor judecătoresc, cu posibilitatea includerii și a mediatorilor autorizați, a medicilor cu drept de liberă practică care își desfășoară activitatea pe cont propriu în cadrul unor cabinete medicale private, a experților independenți autorizați în variate domenii ș.a.m.d., în lista domeniilor, în exercitarea cărora, anumite categorii de persoane ar putea fi incluse în această sferă asimilată, din punct de vedere penal, funcționarilor publici.¹⁶

Determinarea exactă a sferei de aplicare a dispozițiilor din art. 175 alin. (2) noul Cod penal, reclamă stabilirea naturii juridice de normă penală generală a textului care le consacră, fiind astfel posibilă derogarea expresă de la dispozițiile sale, prin norme speciale. Pe cale de consecință, se impune o atentă analiză a cadrului normativ incident în domeniul de activitate care tinde a se integra în tiparul activităților prevăzute de dispozițiile art. 175 alin. (2) noul Cod penal, în vederea excluderii incidenței acestuia, în fiecare caz în parte.

În ceea ce privește profesia de avocat, deși se putea ridica problema dacă activitatea persoanelor care exercită profesia de avocat nu ar putea intra sub incidența dispozițiilor art. 175 alin. (2) noul Cod penal, dispoziții speciale recente din Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, respectiv dispozițiile art. 39 vin să statueze expres în sensul că „în exercitarea profesiei, avocații sunt parteneri indispensabili ai justiției, ocrotiți de lege, fără a putea fi asimilați funcționarilor publici, cu excepția situațiilor în care atestă identitatea părților, a conținutului sau datei unui act”. Pe cale de consecință, regula instituită este excluderea persoanelor care exercită

¹⁴ Trăilescu A., *Drept administrativ*, ed. a 4-a, Editura C.H.Beck, București, 2010, p. 118.

¹⁵ Codul penal al României - Legea nr. 286 din 17 iulie 2009, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 510 din 24.07.2009.

¹⁶ Codul penal al României - Legea nr. 286 din 17 iulie 2009, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 510 din 24.07.2009.

profesia de avocat de sub incidența art. 175 alin. (2) noul Cod penal, însă nu în mod absolut, avocații fiind asimilați funcționarilor publici, în limita desfășurării uneia dintre activitățile expres și limitativ indicate de lege, respectiv atestarea identității părților, a conținutului sau datei unui act.¹⁷

Odată cu abrogarea Codului penal din 1969 și intrarea în vigoare a noului Cod penal, raportat la sfera noțiunii de funcționar public, din perspectiva dreptului penal, au fost numeroase tentative a legiuitorului de modificare substanțială, în sensul restrângerii domeniului de incidență a acestei noțiuni, prin extragerea unor categorii profesionale de sub statutul de funcționar public în accepțiune penală, demersuri finalizate prin declanșarea unor controale, a priori, de constituționalitate, finalizate prin pronunțarea unei decizii de neconstituționalitate a textelor modificatoare.

În acest sens este Decizia nr. 582/2016 a Curții Constituționale a României referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. II pct. 1, pct. 5 și pct. 15 din Legea pentru completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană, precum și pentru modificarea și completarea Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995. În motivarea sesizării de neconstituționalitate, cu privire la neconstituționalitatea art. II pct. 1, care vizează introducerea unui nou alineat, alin. (6), în cuprinsul art. 3, cu următorul cuprins: „Notarul public nu poate fi asimilat funcționarului public din punct de vedere al răspunderii penale pentru deciziile și activitatea organizatorică și administrativă depusă la biroul notarial și în cadrul celorlalte structuri ale organizației notariale”, s-a susținut că activitățile efectuate de notar se circumscriu celor reglementate de art. 175 alin. (2) din noul Cod penal, astfel că acesta trebuie să își asume răspunderea pentru faptele sale la fel ca celelalte persoane care exercită un serviciu de interes public. Se arată, în continuare că, deși aceste persoane nu sunt propriu-zis funcționari publici în sensul art. 175 alin. (1) din Codul penal, ele exercită atribute de autoritate publică, ce le-au fost delegate printr-un act al autorității statale competente și sunt supuse controlului acesteia, ceea ce justifică asimilarea lor cu funcționarii. Așa cum rezultă din cuprinsul părții speciale a Codului penal, atunci când anumite incriminări nu sunt compatibile cu statutul acestor persoane, ori nu s-a dorit aducerea lor sub incidența unui anumit text de incriminare, a fost prevăzută în mod expres neaplicarea textului cu privire la persoanele menționate. Or, dispozițiile în discuție creează un regim privilegiat pentru o anumită categorie profesională (notarii publici), în raport cu celelalte profesii liberale pentru care este aplicabilă în continuare prevederea cuprinsă la art. 175 alin. (2) din Codul penal, fără însă a avea o justificare rațională și obiectivă. Astfel, modificarea propusă poate fi considerată ca fiind vădit discriminatorie în raport cu criteriul avut în vedere de legiuitor, și anume calitatea de notar public. În acest sens, se apreciază că instituirea unor reguli de procedură diferite, justificate de apartenența la o anumită categorie profesională contravine prevederilor art. 16 alin. (1) din Constituție privind egalitatea în drepturi, întrucât reglementează diferit modalitatea de desfășurare a procesului penal.¹⁸

Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal, s-au înregistrat o serie de sesizări prin care Înalta Curte de Casație și Justiție este chemată să pronunțe hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a unei probleme de drept, respectiv dacă, în sensul legii penale, diferiți funcționari sunt funcționari publici, în accepțiunea dispozițiilor art. 175 alin. (2) din Codul penal. În acest sens este și Decizia nr. 18/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel București – Secția I penală, prin care se solicită pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a unei probleme de drept, respectiv dacă, în sensul legii penale, funcționarul bancar, angajat al unei societăți bancare cu capital integral privat, autorizată și aflată sub supravegherea Băncii Naționale a României, este funcționar public, în accepțiunea dispozițiilor art. 175 alin. (2) din Codul penal¹⁹. Prin decizia sus menționată, Înalta Curte de Casație și Justiție a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel București – Secția I penală și, în consecință, a stabilit că în sensul legii penale, funcționarul bancar, angajat al unei societăți bancare cu capital integral privat, autorizată și aflată sub supravegherea Băncii Naționale a României, este funcționar public, în accepțiunea dispozițiilor art. 175 alin. (2) din Codul penal, argumentat de faptul că Banca Națională a României reprezintă o autoritate publică, în sensul art. 175 alin. (2) din Codul penal, putând exercita controlul sau supravegherea cu privire la îndeplinirea unui serviciu de interes public.

Invocăm, totodată, existența unor decizii ale Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție, respectiv Decizia nr. 20/2014, prin care s-a inclus în sfera persoanelor considerate funcționari publici în sensul legii penale, conform dispozițiilor art. 175 alin. (2) din Codul penal, expertul tehnic judiciar, iar cea de-a doua, Decizia nr. 26/2014, care a stabilit că medicul angajat cu contract de muncă într-o

¹⁷ Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în Monitorul Oficial, nr. 98 din 7 februarie 2011.

¹⁸ Decizia nr. 582 din 20 iulie 2016 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. II pct. 1, pct. 5 și pct. 15 din Legea pentru completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană, precum și pentru modificarea și completarea Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, publicată în Monitorul Oficial al României, nr. 731 din 21.09.2016.

¹⁹ Decizia nr. 18/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție publicată în Monitorul Oficial al României nr. 545 din 11 iulie 2017.

unitate spitalicească din sistemul public de sănătate are calitatea de funcționar public în accepțiunea dispozițiilor art. 175 alin. (1) lit. b) teza a II-a din Codul penal²⁰.

Totodată, prin Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 8/2017 prin care Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală a luat în examinare sesizarea formulată de Curtea de Apel București – Secția I penală de a pronunța o hotărâre prealabilă pentru dezlegarea chestiunii de drept, respectiv dacă în sensul legii penale, profesorul din învățământul preuniversitar de stat este funcționar public în accepțiunea art. 175 alin. (1) lit. b) teza a II-a din Codul penal sau în accepțiunea art. 175 alin. (2) din Codul penal”, s-a admis sesizarea și s-a stabilit că profesorul din învățământul preuniversitar de stat este funcționar public în accepțiunea art. 175 alin. (1) lit. b) teza a II-a din Codul penal.²¹

Înalta Curte de Casație și Justiție statuează, în ceea ce privește diferența între noțiunea de „funcționar public” în sensul art. 175 alin. (1) și aceeași sintagmă în sensul art. 175 alin. (2) din Codul penal în sensul că, potrivit art. 175 alin. (2) din Codul penal nu este suficient ca persoana să exercite un serviciu de interes public, ci trebuie să și fie investită sau controlată, după caz, supravegheată, de autoritățile publice cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public. În plus, investirea, controlul sau supravegherea din partea autorităților publice vizează exclusiv exercitarea de către funcționar a serviciului public, iar nu dreptul de practicare a profesiei în domeniul de competență necesar pentru îndeplinirea serviciului public respectiv. Mai mult, rezultă că între autoritatea publică și persoana care exercită serviciul de interes public nu există raporturi de serviciu, stabilite în baza unui contract individual sau colectiv de muncă, pentru că, în acest din urmă caz, respectiva persoană ar fi avut obligația să presteze munca sub autoritatea angajatorului, urmând a fi încadrată fie în categoria funcționarilor publici prevăzuți de art. 175 alin. (1) din Codul penal – dacă angajatorul este o persoană de drept public, fie în cea reglementată de art. 308 alin. (1) din Codul penal – dacă angajatorul era o persoană de drept privat²².

În contextul evoluțiilor legislative, doctrinare și jurisprudențiale, în materia regimului juridic al funcției publice, apreciez că trasarea sferei noțiunii de funcționar public va genera, în continuare, ample dezbateri și controverse atât în literatura juridică de specialitate cât și în jurisprudență.

²⁰ Decizia nr. 26/2014 a Înaltei Curți de Casație și Justiție publicată în *Monitorul Oficial al României* nr. 24 din 13 ianuarie 2015.

²¹ Decizia nr. 8/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție publicată în *Monitorul Oficial al României* nr. 290 din 25 aprilie 2017.

²² <https://www.legalis.ro/2017/04/26/decizia-iccj-nr-82017-statutul-de-funcionar-public-al-profesorului-din-invatamantul-preuniversitar-de-stat/>

SECȚIUNEA
DREPT INTERNAȚIONAL PUBLIC
ȘI DREPT EUROPEAN

CONSIDERAȚII REFERITOARE LA RAPORTUL DINTRE DREPTUL INTERN ȘI DREPTUL INTERNAȚIONAL PUBLIC

Carmen MOLDOVAN*

Abstract : *The issue of establishing the relationship between domestic and international law which is the prerogative of the sovereign State is still present, although the crystallization of the doctrines in this regard were mainly the concern of authors in Public International Law in the nineteenth century. In the context of Romania's accession to the European Union, the relationship between national and EU rules has been very clearly established by the Romanian Constitution, revised in 2003.*

The effective respect of the rules of international law by States includes the process of enforcement of obligations which they have assumed by treaties to which they are a party or by a certain conduct as part of a customary rule.

Adopting a conduct in order to give effect to the rules of international law or a conduct contrary from the rules and principles concluded by States has an influence on the issue of relationship between the international law and the domestic law. In this context, it may be of interest to examine whether between international law and the norms of domestic law emerges a relationship of subordination or interdependence.

Keywords: *rule of international law; execution of international obligations; interdependence*

1. Noțiuni generale

Pentru a se da efect dreptului internațional, conținutul normelor sale trebuie pus în aplicare de către subiecții dreptului internațional public, în primul rând de state, potrivit principiului *pacta sunt servanda*, iar o parte semnificativă a aplicării acestui principiu este reprezentat de efectele pe care le produce dreptul internațional în sistemul juridic al statelor¹.

În această privință, dreptul internațional nu conține reguli stricte ori rigide, astfel că nu se poate afirma că problema raportului dintre normele de drept internațional și cele de drept intern se rezolvă în funcție de un cadru prestabilit. Totuși, în decelarea unei anumite relații dintre norma internațională și cea națională, pot fi avute în vedere două perspective: cea a dreptului internațional pe de o parte și cea a dreptului intern, pe de altă parte.

Dincolo de doctrinele tradiționale în acest domeniu, reprezentate de dualism și monism², un punct de plecare al discuției privind raportul dintre cele două ordini juridice este reprezentat de două dispoziții ale Convenției de la Viena din 1969 cu privire la dreptul tratatelor³, articolul 27 și articolul 46. În conformitate cu dispozițiile articolului 27 din Convenția privind dreptul tratatelor de la Viena din 1969, „O parte nu poate invoca dispozițiile dreptului său intern pentru a justifica neexecutarea unui tratat. Această regulă nu prejudiciază aplicarea articolului 46”. Iar articolul 46 prevede: „Faptul că consimțământul unui stat de a fi legat printr-un tratat a fost exprimat cu violarea unei dispoziții a dreptului său intern privitoare la competența de a încheia un tratat nu poate fi invocat de acest stat ca viciu de consimțământ, afară numai dacă această violare n-a fost vădită și nu privește o regulă de o importanță fundamentală a dreptului său intern”.

2. Distincții între perspectiva dreptului internațional și cea a dreptului intern asupra raportului dintre dreptul internațional și dreptul intern

Din coroborarea acestor dispoziții, ce descriu perspectiva dreptului internațional asupra dreptului intern, ar rezulta o relație de subordonare a dreptului intern al statelor față de dreptul internațional.

În privința relației dintre cele două ordini juridice, în 1926, Curtea Permanentă de Justiție Internațională a afirmat următoarele:

„Din perspectiva dreptului internațional și a Curții care este organul său, legile naționale sunt simple fapte, manifestări de voință ale statelor, la fel ca și hotărârile judecătorești sau măsurile administrative”⁴.

* Lector univ. dr., Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași, Facultatea de Drept; e-mail: carmen.moldovan@uaic.ro

¹ Dupuy P. –M., Kerbrat Y., *Droit international public*, Editions Dalloz, 2016, p. 447-449; Miga-Besteliu R., *Drept internațional public*, Volumul I ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2010, p. 10; Aurescu B., *Constitutional Landmarks and de lege ferenda Proposals on the Relationship between International Law and Domestic Law in Romania*, în *Revista Română de Drept Internațional* nr. 16/2016, <http://irdi.ro/wp-content/uploads/2017/02/REVISTA-16-nov.pdf> [accesată la 26 februarie 2018].

² Miga-Besteliu R., *op. cit.*, p. 10-11; Selejan-Guțan B., Crăciunean L.-M., *Drept internațional public*, ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 5; Gălea I., *Dreptul tratatelor*, Editura C.H. Beck, București, 2015, p. 333-334; Alland D., *Manuel de droit international public*, 4^e édition, PUF, Paris, 2017, p. 192-196

³ Convenția de la Viena cu privire la dreptul tratatelor a fost încheiată la Viena, la 22 mai 1969 și deschisă spre semnare la 23 mai 1969. A intrat în vigoare la 27 ianuarie 1980. România nu este parte a Convenției. Textul este disponibil la adresa: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf [accesată la 26 februarie 2018].

⁴ PCIJ, *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits)*, Collection of Judgments 25 May 1926, Series A-No. 7. Textul integral este disponibil în limbile engleză și franceză la adresa: http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf [accesată la 26 februarie 2018].

Cu alte cuvinte, ordinea juridică internațională și soluționarea unui diferend dintre state de către o instanță internațională nu este influențată de normele juridice interne adoptate și aplicate pe teritoriul unui stat și care nu constituie sursă a dreptului internațional public.

Pe de altă parte, cu privire la raportul dintre dreptul internațional și cel intern, în acord cu tendința statelor, Curtea Internațională de Justiție a afirmat, în *Avizul consultativ din 1988, cu privire la aplicarea obligației de a arbitra*⁵, "(...) principiul fundamental în dreptul internațional al preeminenței acestui drept asupra dreptului intern".

În privința acestui raport dintre cele două sisteme, stabilit în anul 1926, nu au intervenit modificări la nivelul dreptului internațional public. De altfel, astfel cum am menționat și anterior, în general, regulile dreptului internațional nu au ca obiect de reglementare trasarea unei anumite relații între normele internaționale și cele interne, aceasta fiind preocuparea sistemului juridic intern al statelor, care pot opta pentru o anumită poziționare a regulilor adoptate conform jurisdicției lor exclusive față de standardele internaționale pe care și le-au asumat prin acceptarea unor reguli internaționale, indiferent dacă acestea sunt scrise, inserate în textul unui tratat internațional la care statul este parte sau sunt de natură cutumiară.

Deși în aparență s-ar putea afirma că regulile dreptului internațional public nu privesc deloc sistemul național de drept, întrucât reglementează alte raporturi juridice, în realitate, în situații concrete, se poate pune problema aplicării în mod direct a regulilor de drept internațional de către autorități interne, la cererea unor particulari, în funcție de instituția juridică aplicabilă ori poate fi pus în aplicare mecanismul protecției diplomatice⁶ sau cea angajării răspunderii internaționale a statului care prin conduita autorităților naționale, a încălcat o normă a dreptului internațional.

Din perspectiva dreptului național, în privința raportului dintre dreptul internațional public și dreptul intern, au fost elaborate două doctrine principale: dualismul și monismul. Achiesăm la opiniile din doctrina de specialitate care subliniază că niciuna dintre aceste teorii nu trebuie absolutizată⁷, că în decelarea relației dintre dreptul intern și dreptul internațional ar trebui adoptată o abordare care să aibă în vedere realitatea și conținutul concret al sistemului juridic al fiecărui stat, precum și rezultatul obținut prin norma în cauză. Din acest motiv, în cuprinsul prezentei lucrări nu vor fi tratate elementele caracteristice ale celor două doctrine.

Pe de altă parte, se poate afirma că dreptul internațional este superior dreptului național, deoarece prin adoptarea tratatelor internaționale statele părți și-au asumat obligația de a respecta anumite standarde în garantarea drepturilor și libertăților fundamentale, astfel încât legislația internă a statului nu poate veni în contradicție cu dispozițiile internaționale. Mai mult, respectarea drepturilor și libertăților fundamentale este un principiu fundamental al dreptului internațional public, cu caracter imperativ (*jus cogens*), de la care statele nu pot deroga.

Determinantă în privința aplicării normelor dreptului internațional de către state este problema receptării de către acestea a regulilor de drept internațional, în cadrul ordinii lor juridice interne și a stabilirii raportului dintre cele două categorii de reguli, în ipoteza existenței unui conflict între ele.

3. Necesitatea receptării dreptului internațional în ordinea juridică internă

În privința punerii în aplicare de către state a regulilor dreptului internațional public, regula este necesitatea implementării (receptării sau transpunerii) regulilor internaționale la nivel intern, pentru a putea fi puse în executare de către autoritățile statului și particulari⁸.

Trebuie subliniat faptul că dreptul internațional nu conține reguli stricte în privința modalității de receptare sau de transpunere a normelor dreptului internațional în cadrul sistemului juridic intern al unui stat, alegerea mijloacelor concrete prin care un stat înțelege să dea aplicare normelor dreptului internațional aparține acestuia și depinde de modul în care se raportează dreptul intern la tratatele internaționale, precum și de factori ca domeniul de reglementare

⁵ ICJ, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, 26 April 1988, I.C.J. Reports 1988, p. 12, parag. 57, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/77/077-19880426-ADV-01-00-EN.pdf> [accesată la 26 februarie 2018].

⁶ Buergenthal Th., Maier H.G., *Public International Law*, 2nd ed. West Publishing Company, 1990, p. 5. Autorii dau un exemplu concret care poate descrie această ipoteză, pornind de la regulile dreptului măririi care prevăd ca pe timp de pace, statele riverane să permită accesul liber în marea lor teritorială navelor comerciale străine. O navă comercială sub pavilionul statului X și aparținând domnului B, cetățean al statului X, este oprită în apele teritoriale ale statului Y, de către paza de coastă, cu încălcarea acestei reguli și confiscată. În această situație, sunt identificate două abordări care implică invocarea regulii de drept internațional menționate. Într-o primă variantă, ar putea avea loc o dispută între statul X și statul Y, întrucât dreptul de liberă trecere prin marea teritorială și obligația de a acorda acest drept privesc cele două state care au calitate de subiecți de drept internațional, iar confiscarea navei aparținând domnului B poate fi considerată ca o încălcare a obligației ce revine statului Y față de statul X. O altă posibilă abordare este ca domnul B să se adreseze direct instanțelor statului Y, cu o cerere de a-i preda nava și de a fi obligat statul Y la plata de despăgubiri. În cazul în care regula menționată anterior a fost încorporată în sistemul de drept intern al statului Y, domnul B are dreptul să o invoce în mod direct pentru a susține nelegalitatea confiscării navei sale. În acest caz, domnul B ar invoca încălcarea unui drept de care beneficiază în baza dreptului internațional într-o manieră similară cu o cerere în care ar invoca răspunderea civilă delictuală, dacă ar fi fost lipsit de folosința bunurilor care sunt proprietatea sa, în statul Y.

⁷ Shaw M.N., *International Law, seventh edition*, Cambridge University Press, 2014, p. 94; Quoc Dinh N., Daillier P., Pellet A., *Droit international public*, 5e édition, LGDJ, Paris, 1994, p. 95.

⁸ Cassese A., *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2005, p. 217.

al normelor respective și natura lor. Relevanță în această problemă prezintă și caracterul de norme *self executing* sau de directă (imediată) aplicare în dreptul intern⁹ al unor reguli cuprinse în tratate internaționale, în lipsa unor demersuri din partea statelor care și-au asumat obligații internaționale.

Cu titlu de exemplu, poate fi menționată atitudinea statelor în legătură cu normele Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice¹⁰ și recomandarea Comitetului ONU pentru Drepturile Omului ca acesta să fie încorporat în dreptul intern. Acest tratat internațional nu conține prevederi referitoare la modul concret de receptare al normelor sale de către statele părți¹¹, însă acestora le revine obligația de a respecta dispozițiile Pactului și de a le pune în aplicare, obligație din care derivă o serie de consecințe pentru state: modalitatea de implementare aleasă de către un stat parte trebuie să fie adecvată pentru a se asigura îndeplinirea obligațiilor stabilite în Pact; trebuie luate în considerare modalitățile care și-au dovedit deja eficiența în protejarea altor drepturi ale omului în statul respectiv, luând în considerare diferitele categorii de drepturi fundamentale; încorporarea directă în dreptul intern are ca efect evitarea problemelor referitoare la interpretarea întinderii și conținutului obligațiilor ce revin statului în cauză și permite invocarea directă a drepturilor prevăzute de Pact în fața instanțelor naționale.

Potrivit Comitetului ONU pentru Drepturile Omului, statele au adoptat poziții diferite în privința raportului dintre Pact și dreptul lor intern. Unele state nu au luat nicio măsură, în timp ce altele au ales să transforme dispozițiile Pactului în norme de drept intern prin modificarea sau completarea legislației existente fără să menționeze dispozițiile acestuia, iar altele au ales să îl încorporeze în dreptul intern, de multe ori prin intermediul dispozițiilor constituționale care au stabilit prioritatea dispozițiilor din tratatele internaționale care reglementează drepturi fundamentale ale omului modalitate în care prevederile Pactului rămân intacte, dar dobândesc validare formală în ordinea juridică internă¹².

Uneori tratatele internaționale prevăd în conținutul lor obligația pentru statele părți de a adopta legislație internă pentru implementarea dispozițiilor lor (sau a unor dispoziții). În acest sens, pot fi menționate dispoziții ale Convențiilor de la Geneva din 1949 cu privire la victimele de război, Convenția cu privire la prevenirea și reprimarea crimei de genocid din 1948, Convenția cu privire la interzicerea tuturor formelor de discriminare rasială din 1965, Convenția cu privire la interzicerea torturii din 1984, Statutul Curții Penale Internaționale din 1998 (prevede pentru state obligația de a asigura proceduri în dreptul intern pentru toate formele de cooperare precizate în textul Statutului)¹³.

4. Modalități de receptare a dreptului internațional în dreptul intern al statelor

Stabilirea unei anumite relații între dreptul intern și dreptul internațional public revine în principiu statului, subiect primar de drept internațional, care are libertatea de a alege mecanismul de implementare a regulilor dreptului internațional public, dar din practica statelor, mai ales începând cu cea de-a doua jumătate a secolului al XX-lea, rezultă mai multe modalități, dintre care predomină două¹⁴.

Una dintre modalitățile de receptare a dreptului internațional în cadrul sistemului de drept intern este încorporarea automată permanentă, care are loc prin prevederea inserată în cuprinsul Constituției sau al altei legi că reprezentanții statului, precum și cetățenii și celelalte persoane aflate sub jurisdicția sa, au obligația de a respecta anumite reguli ale dreptului internațional existente sau viitoare, fără să fie necesară adoptarea unei legi speciale de către autoritățile statului¹⁵. Din momentul exprimării consimțământului statului de a deveni parte la acel tratat și apariția sa în publicația oficială a statului respectiv, efectele tratatului se produc, iar autoritățile publice și particularii au obligația de **a-l respecta. Această modalitate permite statului** să se adapteze în mod continuu regulilor de drept internațional, în funcție de apariția unor reguli noi sau ieșirea din vigoare a unora dintre regulile existente¹⁶.

O altă modalitate de implementare este încorporarea legislativă ad-hoc a normelor internaționale, care implică adoptarea unei legi speciale de către autoritatea competentă a statului, pentru receptarea în sistemul juridic național a normelor internaționale, care poate avea loc fie prin traducerea textului tratatului și stabilirea obligațiilor, prerogativelor ce derivă din respectivul tratat, fie prin emiterea unui act normativ din partea autorității competente care să prevadă aplicabilitatea automată a regulii internaționale în sistemul juridic național, în mod direct, fără vreo altă formalitate¹⁷.

⁹ Combacau J., Sur S., *Droit international public*, 12e édition, L.G.D.J., 2016, p. 182; Dupuy P. –M., Kerbrat Y., *op. cit.*, 445; Alland D., *op. cit.*, p. 196.

¹⁰ Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice a fost adoptat și deschis spre semnare de către Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966. A intrat în vigoare la 23 martie 1976, conform art. 49, pentru toate dispozițiile cu excepția celor de la art. 41; la 28 martie pentru dispozițiile de la art. 41.

¹¹ Seibert-Fohr A., *Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights pursuant to its article 2 para 2*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 5, 2001, Kluwer Law International, p. 399-472.

¹² Seibert-Fohr A., *op. cit.*, p. 420-443.

¹³ Cassese A., *op. cit.*, 2005, p. 218.

¹⁴ Cassese A., *op. cit.*, 2005, p. 220.

¹⁵ Cassese A., *op. cit.*, 2005, p. 220; Gâlea I., *op. cit.*, p. 336.

¹⁶ Cassese A., *op. cit.*, 2005, p. 220. Gâlea I., *op. cit.*, p. 337

¹⁷ Cassese A., *op. cit.*, 2005, p. 221.

În general, discuțiile referitoare la raportul dintre dreptul intern și dreptul internațional public privesc poziția normelor cuprinse în tratatele internaționale încheiate de state și față de care acestea și-au exprimat consimțământul de a deveni parte la ele în acea formă stabilită în însăși dispozițiile tratatului și nu conțin referiri la modul în care ar trebui stabilit raportul dintre normele cutumiare și dreptul național al statului, probabil și datorită intensificării procesului de codificare a regulilor dreptului internațional public.

În această situație, opinia noastră este că pentru a stabili în mod concret într-un anumit caz, raportul dintre dreptul internațional și dreptul intern, pot fi aplicate aceleași dispoziții sau standarde stabilite în privința regulilor consensuale cuprinse în tratatele internaționale, deoarece nu există vreo regulă generală sau specială a dreptului internațional public care să excludă aplicarea acelorași criterii în cazul regulilor cutumiare. În plus, afirmarea principalelor doctrine în acest domeniu a avut loc începând cu secolul al XVIII-lea, când numărul tratatelor internaționale era mult mai redus decât cel din prezent, iar dreptul internațional cutumiar constituia un element esențial de reglementare a raporturilor dintre state.

5. Perspectiva dreptului intern român

În stabilirea raportului dintre dreptul intern și dreptul internațional, Legea fundamentală a României, prevede mai multe posibile ipoteze și rezolvări ale eventualelor neconcordanțe dintre norma juridică internă și cea de drept internațional, în funcție de caracterul universal sau regional al regulii dreptului internațional și în funcție de domeniul reglementat.

Conform alin. (2) al articolului 11 din Legea fundamentală, sunt incluse în dreptul intern tratatele față de care au fost îndeplinite procedurile de exprimare a consimțământului de a fi parte la tratat, prin ratificare, care este prerogativa Parlamentului.

Cu privire la formularea acestui text normativ pot fi făcute o serie de observații.

În primul rând, includerea în dreptul intern a tratatelor reprezintă receptarea tratatului în cauză de sistemul juridic român și dispozițiile sale urmează să fie puse în aplicare în mod direct, de către autoritățile statului român, cu caracter obligatoriu, ca toate celelalte norme care compun ordinea juridică română, ca sursă a sistemului juridic național, ceea ce se aplică fiind dispozițiile tratatului internațional, nu legea de ratificare¹⁸.

În al doilea rând, dispoziția analizată prevede receptarea în dreptul intern și posibilitatea aplicării directe, doar pentru tratatele care au fost ratificate, fără să cuprindă vreo referire la tratatele care prevăd ca formă de exprimare a consimțământului alte modalități, cum sunt acceptarea, aprobarea sau semnarea. De asemenea, lipsește orice precizare în legătură cu tratatele încheiate în formă simplificată.

Având în vedere că din momentul intrării lor în vigoare, tratatele urmează să producă efecte juridice obligatorii pentru statele părți (cele care au efectuat formalitățile de exprimare a consimțământului), indiferent de forma prevăzută în textul tratatului internațional pentru exprimarea consimțământului de a fi legat de tratat, în aparență, textul constituțional realizează o diferențiere de tratament în funcție de acest criteriu.

În tăcerea Legii fundamentale, răspunsul ar putea fi afirmativ. Însă, dacă acceptăm această posibilitate, s-ar ajunge la o consecință absurdă: cea a modificării de către statul român a dispozițiilor unor tratate internaționale adoptate prin voința statelor, ceea ce contravine regulilor generale cutumiare. Prin urmare, dispoziția alin. (2) al art. 11 din Constituția României trebuie interpretată în sens extensiv, ca făcând referire la toate tratatele internaționale la care statul român este parte, indiferent de forma de exprimare a consimțământului¹⁹.

În al treilea rând, dispoziția analizată nu face distincție între tratatele bilaterale și cele multilaterale, astfel că ea se aplică în cazul tuturor tratatelor internaționale, fără să prezinte importanță numărul de părți.

Potrivit dispozițiilor art. 20 alin. (2), „Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile”.

Din interpretarea acestei prevederi rezultă, aparent, consacrarea unei duble soluții, în domeniul protecției drepturilor și libertăților fundamentale. Aparent, raportul stabilit este de preeminență a dreptului internațional asupra dreptului intern, ca regulă, în cazul existenței de neconcordanțe. Însă, în această privință, a fost afirmată ideea că acest caz nu constituie adoptarea teoriei moniste, ci că judecătorul român va da aplicare reglementării internaționale în baza unei reguli de drept intern – art. 20 din Constituția României²⁰. De asemenea, este prevăzută și preeminența dreptului intern asupra dreptului internațional, în cazul în care conține prevederi mai favorabile. Această abordare este expresia aplicării principiului subsidiarității mecanismelor dreptului internațional de protecție a drepturilor și libertăților fundamentale, în sensul că revine în primul rând, în sarcina autorităților publice și instanțelor judecătorești,

¹⁸ Aureescu B., *Constitutional Landmarks and de lege ferenda Proposals on the Relationship between International Law and Domestic Law in Romania*, în *Revista Română de Drept Internațional* nr. 16/2016, <http://rirdi.ro/wp-content/uploads/2017/02/REVISTA-16-nov.pdf> [accesată la 26 februarie 2018]; Gâlea I., *op. cit.*, p. 340

¹⁹ Aureescu B., *op. cit.*, 2016.

²⁰ Balan, M. *Drept constituțional și instituții politice. vol. I. Teoria generală a statului și a constituției. Constituția română în context european*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 362.

respectarea drepturilor și libertăților fundamentale garantate de tratate internaționale la care statul este parte și, în caz de eșec în asigurarea protecției prevăzute, se poate iniția procedura în fața unei instituții internaționale competente, cu atribuții jurisdicționale sau nu.

În plus, trebuie subliniat că trăsătura comună a tratatelor internaționale în materie de protejare a drepturilor și libertăților fundamentale este că ele stabilesc standarde minime pe care statele trebuie să le respecte, standarde la care statul poate adăuga prevederi sau garanții suplimentare, situație în care, acestea devin aplicabile, iar nu reglementările internaționale.

Din formularea textului, rezultă în mod neechivoc că se referă doar la tratatele internaționale care au ca obiect de reglementare drepturile și libertățile fundamentale, nu privește toate categoriile de tratate internaționale și nici nu stabilește un raport între normele de drept intern și cutuma internațională.

În privința raportului dintre dreptul intern și dreptul Uniunii Europene, relevante sunt dispozițiile art. 148 alin. (2), potrivit cărora „Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare”.

Din această dispoziție, rezultă în mod clar poziția de superioritate a dreptului Uniunii Europene cu caracter obligatoriu față de dreptul național român, în caz de neconcordanțe, soluție firească având în vedere poziția dreptului Uniunii Europene față de regulile interne ale statelor membre.

Având în vedere că România nu este parte la Convenția de la Viena din 1969 cu privire la dreptul tratatelor, în privința tratatelor internaționale, sediul materiei este reprezentat de Legea nr. 590/2003 privind tratatele²¹ având ca obiect de reglementare tratatele internaționale încheiate de statul român. Dispozițiile legii române în materia tratatelor internaționale realizează în realitate o preluare a multor reguli ale Convenției din 1969 și a celor de drept internațional cutumiar, dar în anumite privințe prezintă și abordări diferite – spre exemplu, din coroborarea art. 1²² și art. 2²³ din Legea nr. 590/2003, rezultă că tratatele se încheie la nivel de stat, la nivel guvernamental și la nivel departamental, în funcție de autoritatea care participă la încheierea sa.

Astfel, relevanță în privința stabilirii raportului dintre dreptul internațional public și dreptul național, prezintă și dispozițiile Legii nr. 590/2003 privind tratatele. Astfel, art. 31 alin. (4) din Legea nr. 590/2003, prevede: „Dispozițiile tratatelor în vigoare nu pot fi modificate, completate sau scoase din vigoare prin acte normative interne ulterioare intrării lor în vigoare”.

Această dispoziție trebuie corelată cu art. 11 alin. (2) din Legea fundamentală, care include tratatele ratificate în dreptul intern român, în ceea ce privește excluderea modificării sau abrogării tratatelor la care România este parte, prin voința unilaterală a autorităților statului român. În aceste probleme, legate de modificarea, completarea sau abrogarea textului unui tratat internațional în integralitatea lui sau doar parțial, a unora dintre clauzele conținute de acesta, urmează să se aplice regulile generale în materie de tratate și dispozițiile tratatului respectiv.

O altă dispoziție relevantă pentru această problemă este art. 31 alin. (5) din Legea nr. 590/2003, potrivit căruia: „Prevederile legislative interne nu pot fi invocate pentru a justifica neexecutarea dispozițiilor unui tratat în vigoare”.

Această dispoziție preia conținutul art. 27 (cu nota marginală „Dreptul intern și respectarea tratatelor”) din Convenția de la Viena din 1969 cu privire la dreptul tratatelor²⁴, care în mod neechivoc nu permite invocarea dreptului intern pentru neexecutarea obligațiilor asumate prin tratatele internaționale și care așează, în concret, dreptul internațional public deasupra dreptului național, fără să mai facă vreo distincție în funcție de domeniul de reglementare al tratatului sau de forma de exprimare a consimțământului statului de a deveni parte la un tratat internațional. În plus, neexecutarea obligațiilor asumate la nivel internațional poate fi considerată o încălcare a dreptului internațional și determina antrenarea răspunderii internaționale a statului.

În consecință, se poate afirma că raportul dintre normele de drept internațional public și cele aparținând dreptului intern nu este în toate cazurile prestabilit și se poate să nu fie evident, astfel încât, este necesară efectuarea unei analize *in concreto* a conținutului celor două categorii de norme aflate în conflict pentru a se identifica relația dintre cele două reglementări.

²¹ Legea nr. 590/2003 privind tratatele a fost publicată în M. Of. nr. 23 din 12 ianuarie 2004 și a intrat în vigoare la data de 11 februarie 2004.

²² Art. 1 lit. a) din Legea nr. 590/2003 prevede: „Pentru scopurile prezentei legi, prin: a) tratat se înțelege actul juridic, indiferent de denumire sau de formă, care consemnează în scris un acord la nivel de stat, la nivel guvernamental sau la nivel departamental, având scopul de a crea, de a modifica ori de a stinge drepturi și obligații juridice sau de altă natură, guvernat de dreptul internațional public și consemnat într-un instrument unic ori în două sau în mai multe instrumente conexe”.

²³ Art. 2 din Legea nr. 590/2003 prevede: „(1) România, Guvernul României, precum și ministerele și alte autorități ale administrației publice centrale, pentru care această atribuție este expres prevăzută de legislația în vigoare, pot încheia tratate la nivel de stat, tratate la nivel guvernamental, respectiv tratate la nivel departamental. (2) Tratatelor prevăzute la alin. (1) se încheie cu respectarea principiilor fundamentale și a celorlalte norme imperative ale dreptului internațional, a dreptului comunitar, a normelor cutumiare internaționale, a Constituției (...)”.

²⁴ Art. 27 din Convenția de la Viena din 1969 cu privire la dreptul tratatelor prevede: „O parte nu poate invoca dispozițiile dreptului său intern pentru a justifica neexecutarea unui tratat. Această regulă este fără prejudiciu în ce privește aplicarea articolului 46”.

Din formularea textelor analizate, rezultă ca legislația română a reglementat doar relația dintre norma internă și normele cuprinse în tratatele internaționale, în anumite domenii (protejarea drepturilor și libertăților fundamentale și dreptul Uniunii Europene), nefiind precizată poziția față de o eventuală contradicție între normele de drept intern și normele internaționale cutumiare. De asemenea, este în mod clar prevăzută aplicarea cu prioritate a dreptului Uniunii Europene (luând în considerare ierarhia surselor dreptului Uniunii Europene), însă nu este stabilită nicio relație între normele interne și cele internaționale în cazul tratatelor care nu au ca obiect de reglementare protejarea drepturilor și libertăților fundamentale, urmând ca în privința acestora să se dea aplicare dispozițiilor art. 11 alin. (2) din Constituția României.

Concluzii

Având în vedere evoluția și dezvoltarea dreptului internațional, acesta nu mai constituie în prezent un sistem separat și distinct de dreptul național al statelor, iar în unele cazuri se pune problema aplicării directe a dispozițiilor dreptului internațional public în ordinea juridică internă a statelor, deoarece produc efecte în mod direct față de particulari, fără să fie necesară intermedierea dreptului național. Este cazul acelor situații în care tratate internaționale impun în mod direct obligații particularilor – cum sunt regulile dreptului internațional penal – sau stabilesc în mod direct, drepturi și libertăți fundamentale în beneficiul lor – dintre care face parte și dreptul de a se adresa instanțelor internaționale²⁵.

Ideea preeminenței dreptului internațional asupra dreptului intern poate fi susținută și prin prisma sancțiunilor dreptului internațional și a particularităților acestora, deoarece, în situația în care un stat adoptă în legislația sa internă reglementări contrare angajamentelor internaționale pe care și le-a asumat, principala sancțiune ce poate opera este angajarea răspunderii sale internaționale²⁶.

²⁵ Cassese A., *op. cit.*, 2005, p. 217.

²⁶ Quoc Dinh N., Daillier P., Pellet, A. *op. cit.*, p. 97.

CONSIDERAȚII PRIVIND OPORTUNITATEA MENȚINERII MECANISMULUI DE VERIFICARE ȘI COOPERARE PENTRU ROMÂNIA

Ina Raluca TOMESCU*

Abstract: During the period preliminary to the adherence of Romania to the EU in 2007, it was agreed that further efforts were required in key areas to address weaknesses in the judicial reform and in the fight against corruption. This led to the creation of a framework to support Romania and monitor progress recorded in these areas, namely the Cooperation and Verification Mechanism (CVM). The decision required regular presentation of reports by the Commission and a continuation of the mechanism till the achievement of the CVM aims and a satisfactory fulfillment of all four main targets.

Key words: Cooperation and Verification Mechanism; European Union; internal legal order; CVM report; European Commission.

În perioada premergătoare aderării României la UE în 2007, s-a convenit că erau necesare eforturi suplimentare în domenii-cheie pentru a soluționa deficiențele existente în reformarea sistemului judiciar și în combaterea corupției¹. Acest lucru a dus la crearea unui cadru pentru a sprijini România și a monitoriza progresele înregistrate în aceste domenii, și anume mecanismul de cooperare și verificare (MCV)². Au fost stabilite obiective de referință în patru domenii: reforma sistemului judiciar, integritatea, combaterea corupției la nivel înalt, precum și prevenirea și combaterea corupției din sectorul public. Decizia impunea prezentarea periodică de rapoarte de către Comisie și prevedea că mecanismul va continua până la atingerea obiectivelor MCV și îndeplinirea satisfăcătoare a tuturor celor patru obiective de referință.

De-a lungul anilor, au existat perioade de progres și de regres, momente în care cooperarea a funcționat bine și momente în care mecanismul s-a confruntat cu atitudini ostile și a întâmpinat rezistențe.

La data aderării României, 1 ianuarie 2007, persistau unele deficiențe în domeniul reformei judiciare și al luptei împotriva corupției, care ar fi putut obstrucționa punerea în aplicare eficientă a legislației, a politicilor și a programelor Uniunii Europene și să-i împiedice pe cetățenii României să beneficieze pe deplin drepturile lor în calitate de cetățeni ai Uniunii Europene. În aceste domenii au fost incluse prevederi speciale în Tratatul de aderare (articolul 37 - Clauza de salvagardare privind Piața internă, și articolul 38 - Clauza de salvagardare cu privire la justiție și afaceri interne)³.

Deci, clauza de salvagardare poate fi invocată direct de Comisia Europeană și aplicată pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate (este și cazul României, amenințată cu activarea clauzei de salvagardare pe Justiție din cauza întârzierilor în reforma acesteia, în special în lupta împotriva mării corupții)⁴.

Comisia Europeană a identificat în raportul său din 26 septembrie 2006⁵ chestiuni rămase nerezolvate, în special în ceea ce privește responsabilizarea și eficiența sistemului judiciar și ale organelor de aplicare a legii, domenii în care sunt necesare progrese suplimentare pentru a garanta capacitatea acestor organe de a aplica măsurile adoptate pentru a institui piața internă și spațiul de libertate, securitate și justiție⁶.

Chestiunile nerezolvate în ceea ce privește responsabilizarea și eficiența sistemului judiciar și ale organelor de aplicare a legii justifică instituirea unui mecanism de cooperare și de verificare a progreselor realizate de România în vederea atingerii anumitor obiective de referință specifice în domeniul reformei sistemului judiciar și al luptei împotriva corupției⁷. Acest mecanism a fost instituit pentru a îmbunătăți funcționarea sistemului legislativ, administrativ și judiciar și pentru a remedia deficiențele grave în lupta împotriva corupției. Scopul mecanismului de cooperare și verificare este de a asigura adoptarea acelor măsuri care să garanteze românii și celorlalte state membre

* conferențiar universitar doctor, Universitatea "Constantin Brâncuși" din Târgu-Jiu, Facultatea de Științe ale Educației, Drept și Administrație Publică; cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, Centrul de Studii de Drept European; e-mail: ina.tomescu@gmail.com

¹ Vezi în acest sens Trocan, L. M., *The political, legal and economical aspects of the process of Romania's integration into the European Union, COFOLA 2009: the Conference Proceedings*, 1. edition. Brno: Masaryk University, 2009, pp. 531-546. (www.law.muni.cz/sborniky/cofola2009/files/sbornik/cofola.pdf)

² Concluziile Consiliului Uniunii Europene, 17 octombrie 2006 (13339/06); Decizia Comisiei 13/XII/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, 13 decembrie 2006 [C (2006) 6569 final].

³ Vătămănuș, D., *Organizații europene și euroatlantice*, Editura C.H. Beck, București, 2009, p. 332.

⁴ Bărbulescu, I.G., *Procesul decizional în Uniunea Europeană*, Editura Polirom, Iași, 2008, p. 304.

⁵ Bruxelles, 26.09.2006, COM (2006).

⁶ Pentru detalii a se vedea Trocan, L. M., *Drept internațional public*, Edit. C.H. Beck, București, p. 131-132.

⁷ Decizia Comisiei 2006/928CE din 13 decembrie 2006, JO L 354, 14.12.2006.

că deciziile, normele și practicile administrative și judiciare din România corespund cu cele din restul Uniunii Europene. Progresele în domeniul reformei sistemului judiciar și în domeniul luptei împotriva corupției vor permite cetățenilor și întreprinderilor din România să se bucure de drepturile care le revin în calitate de cetățeni ai Uniunii Europene. În cazul în care România nu ar reuși să atingă obiectivele de referință în mod corespunzător, Comisia poate aplica clauzele de salvagardare în temeiul articolelor 37 și 38 din Actul de aderare, în special suspendarea obligației statelor membre de a recunoaște și executa, în condițiile stabilite de legislația comunitară, hotărârile judecătorești și deciziile judiciare din România, precum mandatele de arestare europene.

Astfel, obiectivele de referință pe care România trebuie să le atingă sunt prevăzute Anexa la Decizia Comisiei Europene, după cum urmează:

1. Garantarea unui proces judiciar mai transparent și mai eficient⁸ totodată, în special prin consolidarea capacităților și a responsabilizării Consiliului Superior al Magistraturii. Raportarea și evaluarea impactului noilor coduri de procedură civilă și administrativă.

2. Înființarea, conform celor prevăzute, a unei agenții pentru integritate cu responsabilități în domeniul verificării patrimoniului, al incompatibilităților și al conflictelor de interese potențiale, precum și cu capacitatea de a adopta decizii obligatorii care să poată duce la aplicarea unor sancțiuni disuasive.

3. Continuarea, în baza progreselor realizate deja, a unor cercetări profesionale și imparțiale cu privire la acuzațiile de corupție la nivel înalt.

4. Adoptarea unor măsuri suplimentare de prevenire și combatere a corupției, în special în cadrul administrației locale.

Rapoartele Comisiei în cadrul MCV cuprind patru părți, după cum urmează:

1. introducere în problematica MCV;
2. analiza procesului de reformă din România, pornind de la realizările și provocările domeniului, abordând aspectele presupuse de reforma sistemului judiciar și lupta împotriva corupției;
3. concluziile evaluării;
4. recomandările formulate pentru fiecare domeniu.

De la aderarea României la Uniunea Europeană, anual, în perioada iunie-iulie, au fost publicate Rapoarte ale Comisiei către Parlamentul european și Consiliu privind progresele realizate de România în cadrul MCV, precum și Rapoarte intermediare, în perioada februarie - martie.

Primul Raport al Comisiei Europene⁹ concluzionează că, în ceea ce privește reforma judiciară și lupta împotriva corupției, România trebuie să își continue eforturile de a atinge obiectivele specifice și, în special:

- să finalizeze adoptarea noului Cod de procedură civilă, să continue procesul de adoptare a noului Cod de procedură penală și să consolideze noul Cod penal;
- să rezolve problemele legate de personal și organizaționale cu care sistemul judiciar din România se confruntă în prezent și să utilizeze rezultatele studiilor și proiectelor-pilot în vederea stabilirii unor indicatori de performanță pentru sistemul judiciar;
- să demonstreze eficacitatea Agenției Naționale de Integritate;
- să asigure stabilitatea juridică și instituțională a cadrului anticorupție, inclusiv a instituțiilor-cheie precum DNA, și să promoveze decizii disuasive în cazurile de corupție la nivel înalt. Trebuie întreprinse măsuri disuasive mai severe, precum înăsprirea condițiilor legale de aplicare a suspendării condiționate a executării pedepsei, și trebuie organizate măsuri de formare judiciară corespunzătoare;
- să stabilească o strategie anticorupție coerentă la nivel național care să vizeze cele mai vulnerabile sectoare și administrația locală și să monitorizeze punerea în aplicare a acesteia;

Cea mai apreciată măsură a fost crearea Agenției Naționale de Integritate¹⁰ al cărei scop e acela de asigurare a integrității în exercitarea demnităților și funcțiilor publice și prevenirea corupției instituționale, prin exercitarea de responsabilități în evaluarea declarațiilor de avere, a datelor și informațiilor privind averea, precum și a modificărilor patrimoniale intervenite, a incompatibilităților și a conflictelor de interese potențiale în care se pot afla persoanele prevăzute de lege, pe perioada îndeplinirii funcțiilor și demnităților publice¹¹.

Raportul Comisiei Europene din 2011¹² constată că România a luat măsuri semnificative în vederea îmbunătățirii eficienței procedurilor judiciare și a continuat pregătirile pentru intrarea în vigoare a celor patru noi coduri, care

⁸ Pentru detalii a se vedea Trocan, L. M., *Garantarea dreptului la apărare în lumina dispozițiilor tratatelor internaționale specializate în materia drepturilor omului și jurisprudenței CEDO, Analele Universității Constantin Brâncuși din Târgu-Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 4/2010.*

⁹ *Raportul Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind evoluția măsurilor de acompaniere în România după aderare, Bruxelles, 27.6.2007 COM(2007) 378 final.*

¹⁰ Legea nr. 144/2007 privind înființarea, organizarea și functionarea Agenției Naționale de Integritate a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 359 din 25/05/2007.

¹¹ Vachudova, M. A., Spendzharova, A., *The EU's Cooperation and Verification Mechanism: Fighting Corruption in Bulgaria and Romania after EU Accession, European Policy Analysis, March Issue 2012, p. 11.*

¹² *Raport al Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind progresele înregistrate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare, Bruxelles, 20.7.2011, COM(2011) 460 final.*

reprezintă baza unui act de justiție modern. Înainte de punerea în aplicare a noilor coduri, Legea micii reforme în justiție a adus îmbunătățiri în ceea ce privește celeritatea actului de justiție. De asemenea, România a răspuns prompt la recomandarea Comisiei, adoptând un nou cadru juridic pentru Agenția Națională de Integritate. ANI a devenit operațională în temeiul noului cadru juridic și anchetele pe care le-a desfășurat au început să dea din nou roade. Autoritățile române au hotărât să revizuiască sistemul judiciar și procedurile de achiziții publice și să facă o evaluare a politicii de combatere a corupției, deși această revizuire nu se numără printre obiectivele de referință ale MCV. În aceeași perioadă, Direcția Națională Anticorupție (DNA) a avut o activitate tot mai convingătoare în ceea ce privește anchetarea cazurilor de corupție la nivel înalt.

România și-a îmbunătățit eficiența actului de justiție, prin simplificarea anumitor proceduri judiciare și introducerea unor instrumente juridice noi, cum ar fi sporirea posibilităților de care dispune procuratura în ceea ce privește închiderea dosarelor în care dovezile existente nu justifică investigații suplimentare sau posibilitatea ca inculpatul să pledeze vinovat în instanță, accelerându-se astfel procedurile de judecată. Aceste modificări la nivel juridic au contribuit la creșterea eficienței fazei de urmărire penală și la accelerarea judecării câtorva cazuri aflate pe rol în justiție.

Prin Legea micii reforme în justiție, România a revizuit competențele Înaltei Curți de Casație și Justiție, pentru a permite acestei instanțe să își îndeplinească într-un mod mai eficace rolul de curte de casație. Totuși, aceste reforme nu merg suficient de departe în găsirea unei soluții eficace la problema jurisprudenței neuniforme. Noile coduri de procedură introduc un nou mecanism menit să asigure caracterul uniform al jurisprudenței, hotărârea preliminară¹³, care va completa mecanismul existent, și anume recursul în interesul legii.

Deși raportul constată măsuri semnificative de îmbunătățire a eficacității justiției, Comisia Europeană a formulat o serie de recomandări care să ajute România să își concentreze eforturile în vederea evaluării generale a progreselor pe care o va efectua Comisia în cadrul MCV, în vara anului 2012, recomandări ce vizează: reforma și răspunderea sistemului judiciar, eficacitatea acțiunii judiciare, integritatea și lupta împotriva corupției.

Raportul din 2012¹⁴ a fost adoptat într-un moment în care se puneau întrebări importante legate de respectarea statului de drept și de independența sistemului judiciar din România, Comisia considerând că progresele globale trebuiau evaluate în contextul unei recunoașteri sociale mai ample a unor principii esențiale cum ar fi statul de drept și independența actului de justiție, ca parte a echilibrului puterilor într-o democrație care funcționează în mod corespunzător, un sistem judiciar funcțional și independent, precum și respectarea instituțiilor democratice fiind elemente indispensabile pentru existența unui climat de încredere reciprocă în cadrul Uniunii Europene și pentru a câștiga încrederea cetățenilor și a investitorilor.

Cu toate eforturile României din perioada 2007-2012, Comisia Europeană a considerat că progresele necesare pentru atingerea obiectivelor de referință, astfel încât să se decidă încetarea MCV, nu sunt încă prezente. De aceea, au fost formulate o serie de recomandări¹⁵ cu privire la:

- Respectarea statului de drept și a independenței sistemului judiciar (abrogarea Ordonanței de Urgență nr. 38/2012 și a Ordonanței de Urgență nr. 41/2012 și asigurarea respectării deciziilor Curții Constituționale referitoare la cvorumul pentru referendum și la domeniul de responsabilitate al Curții; respectarea, pe viitor, a prevederilor Constituției la emiterea ordonanțelor de urgență; punerea în aplicare a deciziilor Curții Constituționale; asigurarea publicării fără întârziere a tuturor actelor, inclusiv a deciziilor Curții Constituționale, în Monitorul Oficial etc.);

- Reforma sistemului judiciar (adoptarea și punerea în aplicare a unui plan comun și cuprinzător de asigurare a punerii în aplicare a tuturor celor patru coduri și a tuturor aspectelor relevante ale reformei structurale și procedurale; restructurarea instanțelor și a parchetelor, precum și refacerea echilibrului dintre numărul de angajați și volumul de muncă; crearea unui grup de monitorizare a reformei judiciare, din care să facă parte reprezentanți ai tuturor puterilor în stat, ai asociațiilor profesionale și ai societății civile.)

- Consecvența și transparența actului de justiție;

- Eficacitatea acțiunii judiciare (elaborarea și punerea în aplicare în cadrul instanțelor a unor ghiduri clare de bune practici în ceea ce privește aplicarea pedepselor, gestionarea cazurilor și analizarea probelor în procesele penale; introducerea unor reforme pentru publicarea motivărilor instanțelor la cât mai scurt timp după pronunțarea hotărârilor; continuarea măsurilor adoptate de Înalta Curte pentru accelerarea proceselor având ca obiect cazuri de corupție la nivel înalt etc.).

Astfel, Raportul Comisiei Europene¹⁶, din ianuarie 2013, face bilanțul recomandărilor specifice prezentate de Comisie cu privire la respectarea statului de drept și a independenței sistemului judiciar la șase luni după prezentarea

¹³ În cadrul acestei noi proceduri, judecătorii pot solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție (ICCJ) o hotărâre preliminară într-un dosar în curs de judecare, în cazul în care constată existența unor contradicții în jurisprudența existentă.

¹⁴ Raport al Comisiei către Parlamentul European și Consiliul privind progresele înregistrate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare, Bruxelles, 18.07.2012, COM(2012) 410 final.

¹⁵ Guvernul României a confirmat Comisiei că va pune în aplicare aceste recomandări prin scrisorile din 16 iulie și 17 iulie 2012.

¹⁶ Raport al Comisiei către Parlamentul European și Consiliul privind progresele înregistrate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare, Bruxelles, 30.01.2013, COM(2013) 47 final.

ultimului raport. Evaluarea arată că România a pus în aplicare doar unele dintre recomandările Comisiei care vizau restabilirea statului de drept și a independenței sistemului judiciar. Deși Constituția și rolul și hotărârile Curții Constituționale au fost respectate, angajamentele privind independența sistemului judiciar și privind răspunsul la hotărârile în materie de integritate nu au fost puse în aplicare în mod corespunzător.

În raportul MCV din ianuarie 2017, Comisia a evaluat și a trecut în revistă realizările din ultimii 10 ani și etapele care mai trebuie parcurse în vederea îndeplinirii obiectivelor MCV. Comisia a formulat 12 recomandări, axate în majoritate pe responsabilitatea și pe răspunderea autorităților române, precum și pe garanțiile interne necesare pentru a asigura ireversibilitatea rezultatelor. Raportul a evidențiat faptul că rapiditatea procesului va depinde de cât de repede va putea România să pună în aplicare recomandările într-un mod ireversibil și, de asemenea, de evitarea evoluțiilor negative care ar putea pune sub semnul întrebării progresele din ultimii 10 ani.

Potrivit raportului publicat în 15 noiembrie, s-au realizat progrese în privința unora dintre cele 12 recomandări formulate de Comisie în luna ianuarie; este vorba, în special, despre recomandarea de a institui un sistem pentru verificarea conflictelor de interese din domeniul achizițiilor publice (PREVENT), care a fost pusă în aplicare în mod satisfăcător. Comisia a constatat, de asemenea, că s-au înregistrat progrese și în privința altor recomandări, sub rezerva aplicării lor în practică. În același timp, Comisia a constatat că ritmul global al reformelor a stagnat în cursul anului 2017, ceea ce a dus la încetinirea punerii în aplicare a recomandărilor restante, cu riscul redeschiderii unor chestiuni care, în raportul din ianuarie 2017, au fost considerate închise. Provocările la adresa independenței sistemului judiciar reprezintă o serioasă sursă de îngrijorare¹⁷.

Pe această bază, deși progresele înregistrate au adus unele obiective de referință mai aproape de îndeplinire, Comisia nu poate încă să concluzioneze că, în această etapă, vreunul dintre obiectivele de referință este îndeplinit în mod satisfăcător. Comisia rămâne de părere că, prin cooperarea loială între instituțiile statului, printr-o orientare politică ce menține cu fermitate realizările anterioare și prin respectarea independenței sistemului judiciar, România va fi în măsură, în viitorul apropiat, să pună în aplicare recomandările restante din cadrul MCV¹⁸.

În România s-au înregistrat progrese considerabile în ceea ce privește îndeplinirea tuturor criteriilor de referință ale MCV, iar în prezent se consideră că sistemul judiciar funcționează în conformitate cu liniile generale europene. Rapoartele Comisiei din 2014, 2015, 2016 și 2017 privind MCV evidențiază o tendință pozitivă care indică o ireversibilitate tot mai accentuată a reformelor. Progresele legislative și instituționale au dat rezultate, înregistrând un parcurs pozitiv, în principal datorită angajamentului părților interesate la nivel național și cooperării pozitive dintre autoritățile române și Comisie. Implicarea activă și contribuția societății civile au fost, de asemenea, esențiale în ceea ce privește încurajarea reformei sistemului judiciar și adoptarea unor măsuri cheie de combatere a corupției. Cu toate acestea, rapoartele privind MCV arată că ritmul progresului înregistrat în atingerea obiectivelor MCV a fost în mod inevitabil lent în unele etape, în principal din cauza câtorva domenii în care reforma a fost dificilă sau a întâmpinat rezistență. Unele dintre aceste probleme includ punerea sub semnul întrebării a independenței judecătorești și a autorității hotărârilor judecătorești, precum și încercările de inversare a reformelor care erau evidente la începutul acestui an în Parlamentul României. Per ansamblu, în prezent există un număr limitat de măsuri esențiale care trebuie adoptate pentru asigurarea îndeplinirii depline a obiectivelor MCV.

Comisia a subliniat importanța consolidării reformelor realizate până în prezent pentru a evita regresul și pentru menține evoluția pozitivă prin abordarea tuturor recomandărilor principale formulate în cadrul MCV. De asemenea, mecanismele de raportare și responsabilizare trebuie menținute și după încheierea MCV. Având în vedere situația în care se află țara în prezent în raport cu alte state membre în ceea ce privește criteriile de referință ale MCV, nu mai este atât de imperios ca ea să fie menținută „în vizor”. Prin urmare, deși reformele ar trebui să vizeze atingerea obiectivelor lor în viitorul apropiat, ar trebui să se aibă în vedere încheierea MCV înainte de sfârșitul mandatului actualei Comisii. Reformele viitoare ar trebui continuate în cadrul politicilor și programelor adecvate ale UE care se aplică tuturor statelor membre ale UE, precum și în contextul cadrelor și instrumentelor naționale existente (de exemplu, Strategia anticorupție pe perioada 2016-2020). În același timp, ar trebui luate măsuri pentru înlocuirea mecanismului MCV cu un cadru de monitorizare (mai puternic), care să fie gestionat chiar de autoritățile române. În caz contrar, există riscul încetinerii sau chiar al regresului procesului de reformă.

În ceea ce privește continuarea, pe viitor, a MCV pentru România, așa cum a fost prevăzut, țara noastră ar trebui să vizeze, ca termen pentru punerea în aplicare a recomandărilor din ianuarie 2017, sfârșitul mandatului actualei Comisii. În caz contrar, ar trebui să se evalueze dacă se va închide MCV, dacă acesta va continua fără modificări sau dacă va fi adoptată o abordare cu totul diferită.

Există mai multe motive întemeiate pentru care, din punctul de vedere al instituțiilor europene, ar trebui să se monitorizeze în continuare, într-un fel, eforturile depuse în Bulgaria și în România în ceea ce privește reforma justiției. Din perspectivă geopolitică, este importantă apropierea celor două țări de un standard european general, fără a le antagoniza și a le împinge în brațele puterilor externe. Din punctul de vedere al pieței unice, este important să se

¹⁷ https://ec.europa.eu/romania/news/20171511_raport_mecanism_cooperare_si_verificare_romania_2017_ro

¹⁸ *Raport al Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind progresele înregistrate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare*, Bruxelles, 15.11.2017, COM(2017) 751 final.

asigure faptul că aceasta nu este afectată de criminalitatea organizată și de corupția la nivel înalt, lucru care ar submina, de asemenea, interesele investitorilor din alte state membre ale UE în cele două țări. În plus, UE are interesul să se asigure că corupția nu duce la fraude legate de fondurile UE plătite prin fonduri structurale și alte mecanisme. În cele din urmă, o integrare europeană mai strânsă în domeniul justiției, de exemplu în domeniul recunoașterii reciproce și al executării hotărârilor judecătorești¹⁹ în statele membre va găsi sprijin doar atât timp cât în UE-28 poate fi demonstrat în mod credibil un nivel minim comun al independenței judiciare. La modul mai general, o integrare politică mai strânsă în UE se bazează pe instituții naționale puternice și capabile, care pot justifica, de asemenea, asistența tehnică și financiară acordată Bulgariei și României în cadrul MCV.

În cazul în care MCV continuă, o opțiune este renegocierea obiectivelor/criteriilor de referință cu guvernele naționale, pentru ca apoi Comisia să elaboreze recomandări specifice cu termene fixe. O perioadă de doi ani ar putea reprezenta un termen realist pentru punerea în aplicare a acestor recomandări. Ca alternativă, pentru ca urmărirea în continuare a reformelor MCV să fie mai acceptabilă și pentru a remedia deficiențele din alte state membre, ar putea fi luată în considerare lansarea unei versiuni „simplificate” a MCV în întreaga UE. Aceasta ar putea veni în întâmpinarea solicitării PE privind un „Pact al UE pentru democrație, statul de drept și drepturile fundamentale”²⁰, care nu a fost încă preluată de Comisia Europeană, și, eventual, ar putea fi ajutată prin revigorarea mecanismului UE de raportare în materie de combatere a corupției, lansat pentru prima dată în 2011, dar care nu a fost invocat recent.

Un alt cadru care ar putea inspira o monitorizare mai sistematică a corupției este cel al semestrului european, utilizat în prezent pentru coordonarea politicilor economice în întreaga UE și care ar putea fi adaptat în domeniul reformei justiției. În plus, modelul actual aplicat în mod similar Bulgariei și României (deși există criterii de referință diferite) ar putea fi înlocuit cu o abordare mai adaptată, care să țină seama de diferențele dintre cele două țări și de prioritățile pentru viitor. Bulgariei i-ar putea fi acordat sprijin suplimentar în vederea punerii în aplicare a reformei sale judiciare și a strategiilor anticorupție²¹.

O lecție de învățat din experiența MCV în Bulgaria și România este că ar putea fi oportun ca un sistem similar MCV să fie un element pentru viitoarele negocieri de aderare la UE. Aceasta ar contribui la garantarea faptului că țările candidate nu numai că transpun acquis-ul comunitar, ci și reformează instituțiile într-un mod care să le permită să atingă, la data aderării, standardele europene generale pentru sistemele lor judiciare și să evite rămânerea în vigoare a sistemelor de monitorizare după această dată.

¹⁹ http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/judgements/index_en.htm

²⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0409+0+DOC+XML+V0//RO>

²¹ European Parliament, *Assessment of the 10 years' Cooperation and Verification Mechanism for Bulgaria and Romania*, Directorate General for Internal Policies of the Union PE 603.813, Brussels, January 2018.

DIPLOMAȚIA ROMÂNEASCĂ LA 100 DE ANI DE LA INAUGURAREA PRIMEI MISIUNI DIPLOMATICE OFICIALE ROMÂNEȘTI ÎN SUA*

Cristina M. KASSAI*

Abstract: *The history of the Romanian-American bilateral diplomatic relations begins officially 135 years ago. On June 14, 1880, US President Rutherford B. Hayes signed the letter informing Prince Carol I about the appointment of Eugene Schuyler as a diplomatic agent / US general consul in Romania, this time marking the establishment of bilateral diplomatic relations. The first meeting of the members of the Romanian diplomatic mission with the American officials took place on 15 January 1918, when Dr. Constantin Angelescu was received in the White House Diplomats Salon, where he presented his letters of credence to President Woodrow Wilson.*

The relationship between Romania and the US defines the entire foreign policy strategy of our country and, more than anything else, received special attention from every government. Romania is currently pursuing a broad and successful diplomatic activity aimed at new relations between states, equality and respect among nations, security, thus contributing significantly to the creation of a proper geopolitical climate.

Keywords: *The Romanian-American bilateral diplomatic relations; the first diplomatic mission; foreign policy strategy.*

Introducere

Diplomația a apărut în adâncă antichitate. Germeii ei existau încă în societatea gentilică. Totuși despre diplomație, în adevăratul înțeles al cuvântului, se poate vorbi abia de la începutul dezvoltării statului. Caracterizând dezvoltarea relațiilor sociale, Marx scria “În producția socială a vieții lor, oamenii intră în relații determinate, necesare, independente de voința lor – relații de producție – care corespund unei trepte de dezvoltare determinate a forțelor de producție materiale. Totalitatea acestor relații de producție constituie structura economică a societății, baza reală pe care se înalță o suprastructură juridică și politică și careia îi corespund forme determinate ale conștiinței sociale”¹.

În istoria diplomației Pacea din Westfalia marchează, în mod obișnuit, începutul istoriei congreselor europene. Definind granițele statelor europene, Tratatul din Westfalia a constituit punctul de plecare al tuturor tratatelor ulterioare, până la revoluția burgheză din Franța de la sfârșitul secolului al XVIII-lea².

Istoria relațiilor diplomatice bilaterale româno-americane începe oficial cu 135 de ani în urmă. La 14 iunie 1880, președintele SUA, Rutherford B. Hayes, a semnat scrisoarea prin care îl informa pe domnitorul Carol I asupra numirii lui Eugene Schuyler în calitate de agent diplomatic/consul general al SUA în România, acest moment marcând practic stabilirea relațiilor diplomatice bilaterale. Colonelul Sergiu Voinescu este primul diplomat român primit de președintele SUA, Rutherford Hayes, la 18 noiembrie 1880. Iar apoi, printr-o scrisoare din 20 noiembrie 1880, SUA confirmă recunoașterea independenței României. Relația dintre cele două state s-a dezvoltat semnificativ pe toate planurile – politico-militar, economic, educațional, cultural, social. Relația dintre România și SUA definește întreaga strategie de politică externă a țării noastre și, mai mult decât altele, a primit o atenție deosebită din partea fiecărui guvern. În prezent, România desfășoară o activitate diplomatică vastă și de succes îndreptată spre noi relații între state, egalitate și respect între națiuni, securitate, contribuind astfel în mod semnificativ la crearea unui climat geopolitic corect.

Relația româno-americană în timpul primului război mondial, în contextul unei politici globale, este determinată de evoluția operațiunilor militare și de orientarea politică a statelor beligerante. În acel moment, SUA acreditează primul consul din România. Până la izbucnirea primului război mondial, relațiile dintre cele două țări au constat în discuții, tratate și convenții inițiate de consulat și mai târziu a continuat să se dezvolte în timpul războiului. Când a izbucnit războiul, România și SUA s-au aflat în poziții similare de neutralitate, deși din diferite motive.

1. Relațiile dintre România și SUA în timpul războiului

Activitatea diplomatică va rămâne dominată de urmărirea succesului, dar nu este de sperat că va fi și de stabilire a unor relații de cooperare între națiuni. Există loc pentru o viziune îndrăznească a rolului internațional al statului,

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

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

¹ Karl Marx, *Contribuții la critica economiei politice*, Editura Politică, București, 1960, p.9.

² V.P. Potemkin, A.V. Efimov, V.S. Sergheev, *Istoria diplomației*, Editura Științifică, ediția 2, București, 1962, p.240.

mediatorul unei mișcări uriașe și puternice care, prin apropierea mai mult a intereselor și culturilor, ar depăși identitățile naționale diferite, originale și respectabile, dar localizate și determinate de progres³.

SUA și-a declarat intenția de a construi o nouă ordine mondială aplicând întregii lumi valorile sale interne. Către sfârșitul celui de-al doilea război mondial, Franklin Delano Roosevelt și Truman păreau a fi în măsură să remodeleze întregul glob conform modelului american⁴.

Toate contactele dintre România și SUA au fost inițiate în timpul primului război mondial, iar dezvoltarea relațiilor dintre cele două țări a fost intensificată, diversificată și consolidată. România, cu lupta ei, cu problemele ei și cu poporul ei care își revendica drepturile, a fost un subiect de dezbatere atât în ziarele americane, cât și la Casa Albă.

Izbucnirea primului război mondial a schimbat relațiile internaționale dintre state. Semnificația relațiilor interstatuale s-a schimbat sub impactul evenimentelor militare, unele au fost perturbate sau întrerupte grav, altele au continuat, dar cu coordonate și intensitate diferite, ducând la noi conexiuni. "Neutralitatea" ambelor state a avut ambele capitale, București și Washington, pe aceeași poziție internațională în raport cu conflictul. Această situație a evidențiat în mod inevitabil convergența intereselor și a creat relații mai strânse între cele două state. În primele două luni de după război, relațiile economice și comerciale dintre România și Statele Unite au crescut. Atât dezvoltarea rapidă a comerțului româno-american în anii 1910-1913, cât și condițiile generale de afaceri au promis o dezvoltare favorabilă. Cererea de pe piețele naționale din spatele frontului a crescut brusc și pretutindeni comerțul american a ieșit din criză între anii 1912-1913 și a început să ia o metodă de creditare pe termen scurt, mai convenabilă pentru partenerii comerciali. Astfel, exportatorii americani au ajuns în atenția piețelor din Orientul Îndepărtat și din Europa de Sud-Est. În august 1914 Avram Tetian, un om de afaceri din Boston, se grăbea să viziteze capitala României. El a remarcat în acest sens că acela a fost cel mai bun moment pentru ca România să facă schimburi și să creeze legături directe cu producătorii americani, înlocuind intermediarii germani și francezi⁵.

Întrucât puterile europene - foști concurenți ai SUA, nu au putut oferi produsele necesare pentru aceste piețe, inclusiv pentru români, datorită problemei de a-și satisface propriile nevoi, oportunitatea de substituție a apărut pentru furnizorii americani. Cercurile de afaceri americane au devenit rapid conștiente că războiul a deschis calea pentru ca SUA să devină lider mondial în comerțul internațional și viața financiară. O ofensivă economică puternică americană, cu o rată tot mai mare pe tot parcursul războiului, a cuprins România ca parte a relațiilor economice dintre SUA și Europa.

În perioada 1914-1916, cercurile comerciale și financiare din SUA au discutat despre o evaluare a nevoilor economice în statele balcanice înainte de pacea viitoare, deoarece numărul tot mai mare de țări europene a trimis comisia de achiziții către SUA pentru a primi împrumuturi diferite, anticipând unele dintre necesitățile postbelice. Anii de neutralitate din România au coincis cu o perioadă de interes crescut pentru problemele economice, în primul rând problema rezolvării lor în viitor.

Preocupările privind pregătirea militară - ca intrarea României în evenimentul de război, paralel cu pregătirea diplomatică care a început în toamna anului 1914, a oferit, de asemenea, legături economice favorabile cu Statele Unite. Astfel, interesul crescând al companiilor și comercianților americani mari este de a crește exporturile și achiziționarea de noi poziții economice în România. Cererile adresate Departamentului de Stat din Washington pentru informații despre condițiile economice din România au început să se înmulțească în 1914 și multe companii mari precum Baldwin Locomotive Works, Studebaker, Kellogg Switchboard & Supply Co. și altele au explorat diferitele posibilități de plasare a produselor lor de capital pe piața românească⁶.

În timp ce relațiile economice s-au redus, anii de neutralitate au înregistrat posibilități neașteptate în domeniul contactelor politice româno-americane, odată atât de scăzute. Acestea vor crește, după cum vom vedea, ca activitățile politice și diplomatice ale celor două țări și vor deveni mai intense, în funcție de evoluția războiului și de poziția lor față de conflictul mondial.

Neutralitatea pentru România și Statele Unite a marcat o nouă etapă în realizarea solidarității spirituale a poporului român din Statele Unite pentru cauza națională. Inițial, absența consulatelor românești a împiedicat pe unii dintre cetățenii români să-și exprime dorința de a se întoarce imediat în țară "pentru a ne îndeplini datoria", după cum le-a scris majoritatea.

În ceea ce privește relațiile României cu Statele Unite în termeni politici, deși nu au fost apropiați, deoarece cele două guverne au vizat un obiectiv special, chiar faptul că războiul a devenit un obiect obișnuit de atenție pentru ambele țări, care au crescut atitudinile profunde de cunoaștere a interesului reciproc. Este interesant de știut, de exemplu, cum a contribuit acest lucru la dezvoltarea cunoașterii în România a diplomației americane și viceversa. Faptul că România a amânat în cele din urmă deschiderea unei reprezentări diplomatice la Washington nu este străină față de realitatea menționată mai sus. Printre factorii care cultivă acțiunea diplomatică străină în anii de neutralitate,

³ Plantey, A., 2000. *Principes de diplomatie*. Paris: Editions A. Pedone, p.157.

⁴ Henry Kissinger, *Diplomația*, Editura ALL București, 2013, pp.710-711.

⁵ Arhiva Ministerului Afacerilor Externe București, *Problema* 75, dosar 48, p. 185.

⁶ Anamaria Lepcaliuc, *Relations between Romania and the US during the Neutrality Years 1914 -1916*, Acta Universitatis Danubius. Relations Internationales, Vol 8, No 2 (2015).

Guvernul I.C. Brătianu a considerat că nu are nici un motiv sau suficient de important pentru a justifica sacrificiul financiar necesar trimerii delegației. Bucureștiul dispensează, în acest fel, oportunitatea de a avea o sursă directă de informații exacte cu privire la situația din SUA. Indiferent de fezabilitate, relațiile economice au început să fie privite prin prisma amplificărilor aproape inevitabile. Furnizarea de material de război din partea SUA a reprezentat o nouă experiență, chiar dacă se consideră doar proporțiile sau implicațiile financiare. Mai important, se pare că evenimentele au atras atenția în mare măsură asupra problemelor politice și diplomatice, în care interesul reciproc a ajuns, în esență, la domenii. Astfel, relația dintre România și SUA definește strategia noastră de politică externă a întregii țări și, mai mult decât altele, a primit o atenție deosebită din partea fiecărui guvern.

2. Inaugurarea primei misiuni diplomatice oficiale românești în SUA

Prima întrevvedere a membrilor misiunii diplomatice românești cu oficialitățile americane are loc la 15 ianuarie 1918, dată la care Doctorul Constantin Angelescu este primit în Salonul Diplomaților de la Casa Albă, unde îi prezintă Președintelui Woodrow Wilson scrisorile sale de acreditare. Într-o atmosferă caracterizată ca fiind "cordială", ministrul s-a referit în intervenția sa la scopul pentru care România a intrat în război, respectiv "eliberarea fraților supuși unui jug greu de răbdare" și pentru a face să "triumfe domnia dreptului și a libertății", subliniind în încheiere, încă o dată, că : "Noi am intrat, deci, în război, alături de marile națiuni care au înscris sub drapelul lor dreptul naționalităților de a dispune de ele însele". Răspunsul Președintelui Wilson a început cu o apreciere a contribuției României la cauza Antantei, a continuat cu exprimarea încrederii că, deși relațiile bilaterale de până acum nu au fost prea eficiente, ele se vor întări prin "lupta și suferința comună", încheindu-se cu asigurarea că "Statele Unite sunt fericite să-și fi eliberat brațul pentru protecția țării dumneavoastră și a aliaților".⁷

Mulți autori au examinat funcțiile diplomatului. Palmer și Perkins în cartea lor "Relații internaționale" subliniază diplomatul ca fiind ochii și urechile guvernului său în statul în care este trimis. Cea mai importantă obligație este aceea de a promova interesul guvernului său în acceptarea statului și de a-l păstra educat cu privire la incidentele și situațiile critice care au o orientare în relațiile celor două guverne. Ei au mai spus că diplomații au patru capacități de realizat: portretizarea, tranzația, anunțarea și protecția intereselor țării și a resortisanților săi în state îndepărtate.⁸

Tot acum sunt create și primele consulate românești de pe continentul nord- american, începând cu cele de la New York, Chicago, Cleveland, Pittsburgh și continuând cu cele din Canada, în Hamilton și Montreal. Crearea acestor consulate a fost o acțiune binevenită pentru intensificarea relațiilor dintre diversele organizații, comitete, societăți ale românilor americani, inclusiv în privința strângerii de fonduri de întrajutorare. După război, consulatele au avut un rol important în procesul de repatriere a românilor americani care doreau să revină "acasă", adică într-o țară liberă, unită și puternică. De altfel, după 1919, emigrația românilor spre SUA a scăzut la zero. Oficial, misiunea diplomatică a Doctorului Constantin Angelescu a încetat odată cu retragerea guvernului Alexandru Averescu și venirea la putere a guvernului condus de Al. Marghiloman însărcinat cu semnarea păcii separate cu Puterile Centrale.

3. Diplomația românească în prezent

În opinia unor autori, diplomația este un instrument de politică externă pentru stabilirea și dezvoltarea relațiilor pașnice între guvernele mai multor state prin utilizarea de intermediari recunoscuți reciproc de către părțile respective⁹.

Misiunile îndeplinesc un rol de bază atunci când pun resursele în etica relațiilor reciproce care o schimbă în componenta pozitivă esențială în timpul petrecut, stabilind relații globale pe baza unor standarde bune, rezonabile și legale¹⁰. La modul ideal, rolul Ministerului de Externe raportat la alte instituții este acela de a realiza coordonarea activităților relevante extern ale tuturor instituțiilor centrale ale statului prin instrumente diverse, mergând de la detașarea unui diplomat de anvergură pe lângă prim-ministru până la avizarea tuturor acordurilor internaționale la care alte ministere și instituții devin parte și avizarea deplasării celorlalți membri ai guvernului¹¹.

Diplomația românească va viza, ca obiectiv esențial al politicii externe, consolidarea profilului internațional al statului român. De asemenea, va încerca să sporească calitatea contribuției țării noastre la UE și NATO în consolidarea acestor două organizații, precum și la aprofundarea Parteneriatului strategic al secolului XXI cu SUA, elementele de bază ale politicii externe românești. Diplomația românească trebuie să fie activă și dinamică, pentru a proteja mai bine interesele și obiectivele României și pentru a asigura securitatea statului român. În același timp, diplomația românească trebuie să aprecieze poziția statului român la granița externă a UE și a NATO, conștient de riscurile și oportunitățile care decurg din această poziție geopolitică. Din acest punct de vedere, o prioritate va fi

⁷ Adevărul, 15 ianuarie 2018.

⁸ Perkins, P. a., *International Relations the World Community in Transition*. 3rd ed. Calcutta: Scientific Book Agency, 1998, p.56.

⁹ Jonsson, C., *Diplomacy, Bargaining and Negotiation. Handbook of International Relations*, 2002.

¹⁰ Iucu, O, *Diplomacy and diplomatic functions*. Manager Journal, 11(1), 2010.

¹¹ Olivia Todorean, Cap.III *Diplomația*, în Daniel Biró, *Relațiile internaționale contemporane*, Edit. Polirom, 2013, p.59-77.

contribuția la extinderea zonei prosperității, securității și predictibilității democratice în vecinătatea României, necesară pentru asigurarea securității naționale, în special în contextul instabil existent¹².

În prezent, diplomația, reprezentanții nu doar datorează o obligație și capacitate față de statul trimițător, dar în plus față de statul acceptant. Legea globală actuală nu influențează nici un angajament asupra faptului că statul obișnuit va recunoaște orice persoană ca reprezentant diplomatic al statului trimițător, fără a vrea să o facă.

De asemenea, este la latitudinea statului de reședință să anunțe orice persoană de la personalul strategic al misiunii *persona non grata*. Acest lucru se poate face ori de câte ori și nu există nici un angajament de a clarifica o astfel de alegere. În aceste condiții, statul trimițător, atunci când este îndoielnic, va revizui persoana sau va pune capăt capacității sale în misiune. În acest fel, Convenția de la Viena se referă la măsuri speciale care pot fi luate atât de către statele care trimit, cât și de cele care primesc, în caz de abuz de privilegii și imunități diplomatice. În ansamblu, privilegiile diplomatice și imunitățile s-au umplut ca aparate competente care încurajează relațiile dintre state. Înțelegerea capacităților esențiale, a necesităților și a ordinii diplomaților și a personalului diplomatic oferă o metodă de identificare a unui răspuns imaginabil pentru controlul folosirii abuzive a rezistenței politice în domeniul jurisdicției penale.

Concluzii

Relația dintre România și SUA este una definitorie pentru întreaga strategie a politicii externe a țării noastre și una care a primit o atenție deosebită din partea fiecărui guvern. În prezent, România are o istorie amplă a activității diplomatice de succes îndreptate spre noi relații între state, egalitate și respect între națiuni, extindere și securitate, contribuind astfel la crearea unei lumi mai bune. Deși Statele Unite nu sunt aproape de frontierele noastre, legăturile tradiționale au cunoscut în ultimii ani o tendință pozitivă datorită respectării stricte a principiilor fundamentale ale relațiilor internaționale și ale legii și schimburilor de vizite la nivel înalt între președinții celor două țări. Relațiile româno-americane au continuat pe fondul evenimentelor extrem de importante, chiar esențiale în istoria României.

¹² Guvernul României, 2017. Programul de guvernare 2017-2020.

HABITAT III. NOUA AGENDĂ URBANĂ. EVOLUȚII CONCEPTUALE PRIVIND ORGANIZAREA ȘI FUNCȚIONAREA ORAȘELOR ÎN SEC.XXI, DIN PRISMA DOCUMENTELOR ONU

Mădălina Virginia ANTONESCU*

Abstract: *The UN efforts to solve the phenomenon of rapid urban globalization (that qualifies the XXIst century as "the urban century") were materialized in several international summits on cities and on their development. Thus, the Quito Conference (2016), known as "Habitat III" continued the states efforts to improve urban living standards, to reinforce the "shelter for all" principle, to eradicate the urban poverty proliferation and the deterioration of environment due to inappropriate living conditions and to unsustainable urban patterns of development and consumption. As an expression of the "Habitat III", the New Urban Agenda claims to represent a specific tool of the 2030 Agenda, focusing on implementation at national level, of its SDG-s (creation of "resilient, sustainable, secure, productive, inclusive cities").*

Key-words: *2030 Agenda; Istanbul Declaration; Habitat III; sustainable urban development; good urban governance, urban democracy; right to city.*

Adoptarea Noii Agende Urbane s-a făcut în octombrie 2016, în urma conferinței ONU privind dreptul la locuință și dezvoltarea urbană sustenabilă (ținută la Quito, în Ecuador). Cunoscută și ca "Habitat III", conferința stabilește noi standarde privind managementul și dezvoltarea așezărilor urbane pentru următoarele decenii¹.

De asemenea, Forumul Urban Mondial, ajuns la cea de-a noua sa sesiune (WUF9) intitulată «Orașele 2030, orașe pentru toți: implementând Noua Agendă Urbană», și-a propus să scoată în relief conexiunea dintre acest document și Scopurile de Dezvoltare Durabilă (SDD-urile) din documentul Agenda 2030. În cadrul mesei rotunde la nivel înalt intitulată «Urbanizare și dezvoltare: investind în forța transformatoare a orașelor», din 10 februarie 2018, Forumul Mondial Urban a dedicat o sesiune conceptului de «urbanizare durabilă»². Astfel, fenomenul urbanizării a fost considerat drept un instrument de creștere economică, dezvoltare și productivitate³ pentru societatea sec. XXI, cu condiția introducerii unui management preventiv și eficient contra proliferării inegalităților sociale în mediul urban, a lipsei de acces la serviciile și produsele urbane de bază pentru o parte însemnată a locuitorilor orașelor. Noua Agendă Urbană ar trebui privită ca un instrument specific destinat să implementeze Scopul 11 din Agenda 2030 ("a face orașele și așezările umane inclusive, sigure, durabile și rezistente"⁴).

În condițiile în care secolul XXI a fost supranumit de ONU «Secolul dezvoltării urbane», fiind preconizat ca, în 2050, peste 66% din populația mondială să trăiască în așezări urbane, chestiunea energiei urbane sustenabile, a asigurării dreptului la locuință pentru toți, a participării democratice a oamenilor la guvernarea orașelor, a asigurării unor servicii urbane de calitate devin teme de discuție prioritare care au fost dezbătute în cadrul conferinței Habitat III. Conferința Habitat III (United Nations Conference on Housing and Sustainable Development) a fost focalizată pe mai multe idei-cheie, precum: dezvoltarea urbană sustenabilă, democrația urbană, dreptul la oraș, orașe sustenabile, inclusive, sigure, productive, buna guvernare urbană, combaterea urbanizării sărăciei etc. Mai multe întruniri tematice au avut loc, în acest context, în cadrul conferinței. Una dintre aceste întruniri, ținută în Mexico City între 9-11 martie 2016, a avut în atenție finanțarea dezvoltării urbane, considerată o "provocare a mileniului"⁵.

Conform concluziilor acestei întruniri, trebuie găsite soluții și modalități de deblocare a veniturilor publice și private pentru a asigura dezvoltarea urbană, ca o necesitate de a îndeplini Scopurile de Dezvoltare Globală (SDG) cât și obligațiile asumate de state prin Cadrul Sendai pentru Reducerea Riscurilor de Dezastre 2015-2030, prin Acordul de la Paris privind clima, cât și implementarea Noii Agende Urbane.

"Provocarea mileniului" este considerată, în acest document, a reprezenta finanțarea unei urbanizări sustenabile, care să implice împuternicirea guvernelor locale, metropolitane și regionale, cât și partenerii sociali și privați⁶. În acest context, rolul unei Noi Agende Urbane ar fi acela de a asigura regulile și normele potrivite, resursele umane calificate, strategiile și instrumentele necesare planificării și accesului la finanțarea nivelurilor regionale, locale, naționale și

* Cercetător științific, Universitatea București; e-mail: madyantonescu@gmail.com

¹ <http://wuf9.org/theme>

² <http://wuf9.org/programme/high-level-roundtables/urbanization-and-development-investing-in-the-transformative-force-of-cities>

³ Idem.

⁴ <http://wuf9.org/theme>

⁵ United Nations General Assembly, A/CONF.226/PC.3/9, distr.: General, 3 June 2016, Preparatory Committee for the United Nations, Conference on Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III), Surabaya, Indonesia, 25-27 July 2016, *Habitat III thematic meeting on financing urban development: the millennium challenge*.

⁶ Idem.

internaționale⁷. "Orașele sărace" sunt considerate nu cele care "nu ar avea resurse necesare de a construi" ci acele așezări în care veniturile locale nu sunt re-investite la nivel local, unde nu se acordă credite locale de dezvoltare locală, unde lipsesc mecanisme financiare adecvate, unde inovația și tehnologia nu sunt implementate la nivel local spre a transforma orașul într-un actor credibil, viu ("vibrant community"), implicat pe deplin în actul politic și civic al guvernării și al administrării orașului. Se acordă, în acest document (Declarația de la Mexico City), o atenție deosebită unui drept nou, "dreptul la oraș, la parteneriate și la guvernare".

Noua Agenda Urbană trebuie, după cum se arată în Declarație, să țină cont în aplicarea ei, de profilul cultural și de identitățile istorice, tradiționale diferite ale orașelor, de conexiunea cu SDD-ul 11 din Agenda 2030, adică ar trebui să aibă în vedere nu doar asigurarea finanțării dezvoltării urbane ci și eradicarea sărăciei urbane, reducerea inegalităților sociale din marile orașe, precum și a prăpastiei dintre țări în privința modului de dezvoltare al orașelor.

Într-o altă întrunire tematică din cadrul Habitat III⁸, concretizată ulterior într-o notă a Secretariatului Habitat III privind adoptarea Declarației de la Tel Aviv, de către UNGA (în iulie 2016), având ca temă implicarea civică inteligentă ("smart civic engagement"), se arată că profilul lumii de azi este acela de «lume urbană», punându-se direct problema adaptării formelor și modalităților de guvernare politică la această realitate (implicarea cetățenilor marilor orașe în guvernarea metropolelor, democrația urbană, asigurarea egalității în drepturi politice și a participării depline a femeilor și fetelor la viața orașelor și la administrarea, managementul lor; implementarea de noi tehnologii care să mențină și să asigure o deschidere cât mai mare a procesului decizional din metropole față de locuitorii acestora; adoptarea de strategii de transformare a locuitorilor metropolei din simpli consumatori de produse și servicii în cetățeni activi)⁹.

În documentul de la Tel Aviv se insistă pe conceptul dezvoltării urbane sustenabile, pe ideea de reînnoire și planificare a orașelor pentru întărirea coeziunii comunității și a securității personale, pentru stimularea inovării și a angajărilor. Este adoptat, totodată și obiectivul reducerii impactului negativ al activităților urbane și al substanțelor chimice periculoase pentru mediul înconjurător și pentru sănătatea oamenilor care locuiesc în marile orașe, cât și reducerea risipei de apă, reciclarea apei, utilizarea eficientă a apei și energiei, minimalizarea impactului orașelor asupra sistemului climatic global¹⁰.

Într-o altă întrunire tematică din cadrul Habitat III, concretizată prin Declarația de la Toluca, Mexic, din 18-20 aprilie 2016¹¹, privind implementarea Noi Agende Urbane în regiunea Americii Latine și a Caraibilor¹² se arată că un accent deosebit trebuie pus pe viziunea orașelor viitorului ca "orașe cu implicare civică deplină", în care locuitorii metropolei să își poată exercita neîngrădit drepturile și libertățile, condiție necesară, în viziunea acestui document, pentru combaterea eficientă a sărăciei urbane, a insecurității și violenței, a inegalităților sociale, teritoriale și a vulnerabilității la efectele schimbărilor climatice¹³.

Ideea dezvoltării durabile, în cele trei dimensiuni ale sale- economică, socială și de mediu- stă la baza viziunii despre orașele viitorului, fiind conexată cu Scopul 11 din Agenda 2030, care recomandă statelor semnatare să facă orașele mai sigure, durabile, stabile, sustenabile, să asigure condiții adecvate de viață urbană. Dreptul la oraș, se arată în acest document, este privit ca un concept-cheie, care trebuie pus în practică de guvernele centrale și locale, spre a asigura o implicare reală, eficientă a locuitorilor orașelor în viața acestor așezări umane.

Orașele trebuie să asigure în mod efectiv locuitorilor lor, exercițiul drepturilor sociale, economice, culturale, civice, să îi îndemne să devină cetățeni activi și responsabili (conceptul "democrație urbană")¹⁴.

Noua Agendă Urbană este considerată ca un set de priorități stabilite de comun acord de guvernele statelor participante din America Latină și Caraibe, privind implementarea unui model nou de dezvoltare urbană inclusivă și durabilă. Este accentuată totodată, necesitatea prezervării identităților orașelor, a profilului lor distinct, istoric, tradițional, de așezare culturală, a patrimoniului cultural al acestora, a revitalizării zonelor urbane cu un asemenea profil, capabile să ofere o identitate specifică unui oraș¹⁵.

Noua Agendă Urbană trebuie, în același timp, focalizată pe garantarea egalității de gen și a respectării drepturilor omului în managementul și în procesele decizionale desfășurate privind orașul. Orașul trebuie bazat pe un concept tri-dimensional al dezvoltării durabile, anume pe reducerea sărăciei, eliminarea spațiilor de segregare, pe egalitatea între toți locuitorii în privința drepturilor omului și a implicării lor în procesele decizionale ale orașului (dimensiunea

⁷ Ibidem.

⁸ UNGA, A/CONF.226/PC.3/3, distr.: General, 3 June 2016, Preparatory Committee for the United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III), Third Session, Surabaya, Indonesia, 25-27 July 2016, *Habitat III thematic meeting on smart civic engagement*, Note by secretariat (on Tel Aviv Declaration 7 September 2015).

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ UNGA, A/CONF.226/PC.3/13, Preparatory Committee for the United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III), Third Session, Surabaya, Indonesia, 25-27 July 2016, *Habitat III regional meeting for Latin America and the Caribbean*, Note by Secretariat (on Toluca Declaration, Mexico, 18-20 April 2016).

¹² Outcome document of the Habitat III thematic meeting on smart civic engagement, A/ CONF.226/PC.3/3.

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

socială, conexiunea cu democrația urbană). La acestea se adaugă și alte dimensiuni, precum: promovarea prosperității și distribuirea serviciilor și bunurilor publice pentru beneficiul tuturor (dimensiunea financiară și socială a dezvoltării durabile) dar și "orașul ca loc de recreere, cultură, divertisment și oportunități pentru oameni, ca loc al exprimării pluralității și diversității" (un alt scop al Noii Agende Urbane). Alături de aceste scopuri mai apar și: obiectivul adoptării tehnologiilor inovative de preservare și regenerare urbană; obiectivul implicării efective a femeilor și fetelor în procesul decizional al orașelor și în managementul lor; adoptarea legislațiilor de prevenire a violenței urbane îndreptate în special contra femeilor și fetelor; asigurarea dreptului la un mediu sigur și respectuos, eliberat de violență; accesul persoanelor cu dizabilități la deplină participare la viața orașului; adaptarea serviciilor publice (mediu fizic, online, transport, infrastructură, acces în locuri publice, comunicații, alte servicii și instalații) pentru categoriile marginalizate de locuitori ai orașelor¹⁶.

Noua Agendă Urbană trebuie să asigure, în viziunea documentului sus-menționat, și combaterea fenomenului «urbanizării informale», care "este un rezultat al politicilor urbane disfuncționale cât și al unei piețe de achiziție a pământului disfuncționale"¹⁷. La fel, chestiunea asigurării apei și a igienei casnice și personale, în special în zonele periferice ale orașelor, unde se întâlnește fenomenul de "urbanizare informală", trebuie rezolvată prin dezvoltarea unei infrastructuri de furnizare a apei, a existenței sistemelor de curățare, de reciclare și purificare a apei, de adunare a gunoierului urban, de management al deșeurilor solide¹⁸.

O altă întrunire tematică a conferinței Habitat III a fost ținută în Pretoria, în 7-8 aprilie 2016¹⁹. Conform Declarației de la Pretoria privind așezările umane informale, acestea sunt definite ca "un fenomen urban global, care există în diferite tipologii și forme, dimensiuni și contexte peste tot în lume însă este mai prezent în țările în curs de dezvoltare"²⁰.

Încă din 1996, de la conferința Habitat II, s-a adus în atenția statelor participante, îngrijorătorul fenomen al sporirii periferiilor urbane având condiții de trai sub-standardele de civilizație, al urbanizării neplanificate și al adăposturilor precare. Acest fenomen, după cum se arată în Declarația de la Pretoria, are drept cauze nu numai migrațiile internaționale sau regionale cât și migrațiile de la sate la orașe, creșterea populației, sărăcia, deficiențele și lipsa modernizării serviciilor urbane publice, o guvernare proastă a orașelor, lipsa unor politici urbane eficiente și inclusive, un acces limitat la piețele financiare, la pământ și proprietate pentru majoritatea locuitorilor din zonele periferice urbane²¹. Viața din periferiile marilor orașe se caracterizează printr-un grad crescut de vulnerabilizare, de violență, marginalizare și sărăcie, prin expunere accentuată la dezastrurile naturale, la schimbările climatice, la excluziune, prin lipsa educației, prin acces îngrădit sau lipsă de acces la serviciile urbane de bază²².

Conform Declarației de la Pretoria, statele semnatare și partenerii societății civile internaționale recunosc și subliniază că așezările informale din marile orașe, în special barăcile sunt o cauză și un factor de accentuare a sărăciei urbane, a excluziunii sociale și a degradării mediului înconjurător²³. Este accentuată importanța, în acest context, a principiului "unui standard adecvat de trai", inclusiv dreptul la locuință (consacrat în art. 25/ DUDO). Este invocată Noua Agendă Urbană ca document de bază al Habitat III, pentru a construi "orașe inclusive, cu oportunități egale pentru toți locuitorii"; este enunțat conceptul «participatory slums» (periferii participative) dar și principiul urbanizării sustenabile ("prietenosă cu mediul înconjurător"). Se accentuează ideea conexiunii între rezolvarea problemei așezărilor informale și dezvoltarea urbană durabilă, o planificare durabilă a extinderii orașelor. Totodată, este reamintită rezoluția 24/7 a Consiliului de Guvernare al UN-Habitat, document intitulat «Making slums history: a worldwide challenge for 2020» (adoptată la conferința de la Rabat, din 26-28 noiembrie 2012) și recomandările acestuia de a se îmbunătăți condițiile de viață ale locuitorilor barăcilor urbane, ai așezărilor improvizate; de a se îmbrățișa obiectivul unor "orașe inclusive, sustenabile, sigure, prospere". Este recunoscută funcția socială a proprietății (privite ca "space, housing, habitat"); sunt consacrate dreptul omului la acces la pământ pentru locuință și condiții de trai dar și necesitatea asigurării egalității de gen în abordarea soluțiilor de combatere a expansiunii și managementului așezărilor urbane improvizate, informale.

Întrunirea tematică de la Montreal, Canada, ținută între 6-7 octombrie 2015 din cadrul Habitat III (Secretariatul Habitat III transmițând ulterior, conferinței²⁴, documentul adoptat la Montreal), a avut ca subiect central ariile metropolitane. Conform Declarației de la Montreal privind ariile metropolitane, este necesar ca statele semnatare să

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ UNGA, A/CONF.226/PC.3/12, Preparatory Committee for the United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III), Surabaya, Indonesia, 25-27 July 2016, *Habitat III thematic meeting on informal settlements*, Note by Secretariat, Pretoria, 7-8 April 2016.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Idem.

²³ Ibidem.

²⁴ UNGA, A/CONF.226/PC.3/4, distr.: General, 3 June 2016. Preparatory Committee for the United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III), Surabaya, Indonesia, 25-27 July 2016, *Habitat III thematic meeting on metropolitan areas*.

întărească legătura dintre cooperarea inter-metropolitană și dezvoltarea sustenabilă. Se reamintește în document că lumea de azi este una «urbană în creștere», mai mult de jumătate din populația lumii trăind în orașe (situație fără precedent în istorie). În 2016, numărul rezidenților urbani a crescut de la 4 la 6 miliarde, ceea ce îndreptățește titulatura de «secol metropolitan», estimându-se că, în jurul anilor 2100, aprox. 85% din populația planetei va locui în orașe (ponderea estimată de rezidenți urbani fiind cea mai mare în zonele Africii sub-sahariene, Asia, America Latină)²⁵. Aglomerările urbane sunt și puternice zone de inegalități socio-economice și socio-spațiale, se arată în Declarație, ele caracterizându-se adesea prin lipsa investițiilor (de unde și decalajele de dezvoltare dintre centrul urban și periferiile sale), cât și prin absența unei dezvoltări urbane bine planificate.

În document este recunoscut faptul că în prezent, ariile metropolitane sunt actori-cheie pentru dezvoltarea socială, culturală, de mediu și economică a națiunilor, orașele devenind factori esențiali de creștere economică și inovare, exercitând totodată și o influență dominantă în tendințele dezvoltării umane²⁶. Marile aglomerări urbane de azi necesită un răspuns adecvat la provocări precum: îmbunătățirea și modernizarea infrastructurii de transport, diversificarea transporturilor urbane și asigurarea conexiunilor dintre periferii și centru, incluziunea socială, asigurarea egalității de gen și a implicării categoriilor defavorizate în procesele decizionale și de management urban, revitalizarea urbană (re-utilizarea spațiilor abandonate sau nefolosite din perimetrele urbane), protecția mediului, rezolvarea accesului la apă, aer curat, energie verde, la apă de uz casnic și igienic, la siguranță urbană²⁷.

Transportul, mobilitatea, utilizarea pământului, nivelul de angajare în câmpul muncii al locuitorilor unor arii sărace periferice din metropole, proliferarea așezărilor informale (extindere urbană necontrolată, precară, deci vulnerabilă), creșterea precarității locuințelor urbane și a "condițiilor de baracă", rezultat al fenomenelor de migrație masivă de la sate la orașe au creat dezechilibre structurale între așezările rurale și cele urbane, cu consecințe economice la nivelul statelor (aflate sub un adevărat stres al urbanizării), generând dimensiuni necontrolate de state. Este recunoscută totodată, necesitatea asigurării, în acest sens, a unui echilibru între rural și urban, necesar promovării unei dezvoltări echitabile.

De aceea, conform Declarației de la Montreal, este necesar să se adopte planificări metropolitane îndreptate în special în direcția sprijinirii comunităților sustenabile; să se adopte politici și strategii de tip integraționist, care să asigure un nivel de trai conform standardelor unei vieți civilizate în sec. XXI, condiții decente de locuit, acces la educație, la servicii de sănătate, acces la un mediu sănătos, nepoluat, acces la infrastructură și la viața orașului, precum și o paletă diversă de locuri de muncă.

De asemenea, Declarația de la Montreal introduce și conceptul de «mobilitate durabilă» (sustainable mobility), considerând că transportul și mobilitatea sunt factori esențiali în asigurarea unei dezvoltări sustenabile a metropolelor.

Declarația mai proclamă "dreptul la oraș pentru toți" (the right to city for all), ca un drept complementar altor drepturi ale omului (precum dreptul la locuință, la educație, la sănătate, dreptul la muncă, recunoașterea respectului pentru diferență). Este important să se pună în practică, în viziunea statelor semnatare ale Declarației, o cooperare inter-metropolitană sub forma parteneriatelor, inclusiv cu mediul privat.

Dimensiunea «energie sustenabilă» este o altă latură a dezvoltării orașelor în sec. XXI. Astfel, în întrunirea tematică din cadrul Habitat III privind energia verde și orașele, prin care s-a adoptat Declarația de la Abu Dhabi²⁸, s-a discutat despre rolul de consumator intens de energie al orașelor (70% din consumul global de energie având ca sursă orașele), despre lipsa de acces la serviciile minime de energie pentru milioane de locuitori ai orașelor, despre oportunitățile orașelor de a renunța la energia pe bază de carbon și de a introduce moduri de producere și utilizare a energiei sustenabile, regenerabile. Sunt amintite Scopurile 11, 7 și 13 din Agenda 2030, care privesc imperativele adoptării unei economii verzi, a energiei sustenabile, al necesității combaterii schimbărilor climatice, al adoptării unei viziuni universale privind managementul emisiunilor de dioxid de carbon, al necesității de implementare a măsurilor de combatere a poluării în marile orașe, al necesității reducerii risipei de apă și alimente, al investițiilor metropolitane pe scară largă în tehnologii de energie reînnoibilă²⁹.

Conform Declarației de la Abu Dhabi privind energia sustenabilă și orașele, atât statele participante cât și alți actori interesați și participanți (mediul academic, ONG-uri, organizații internaționale, sectorul privat) au adoptat un set de obiective necesare transformării pilonului "energie sustenabilă" într-unul fundamental pentru întreaga Nouă Agendă Urbană.

Tot în cadrul Habitat III, Secretariatul conferinței a transmis Comitetului Pregătitor al conferinței Habitat III și documentul adoptat la întrunirea regională din Europa a statelor membre ale Comisiei Economice pentru regiunea

²⁵ Idem.

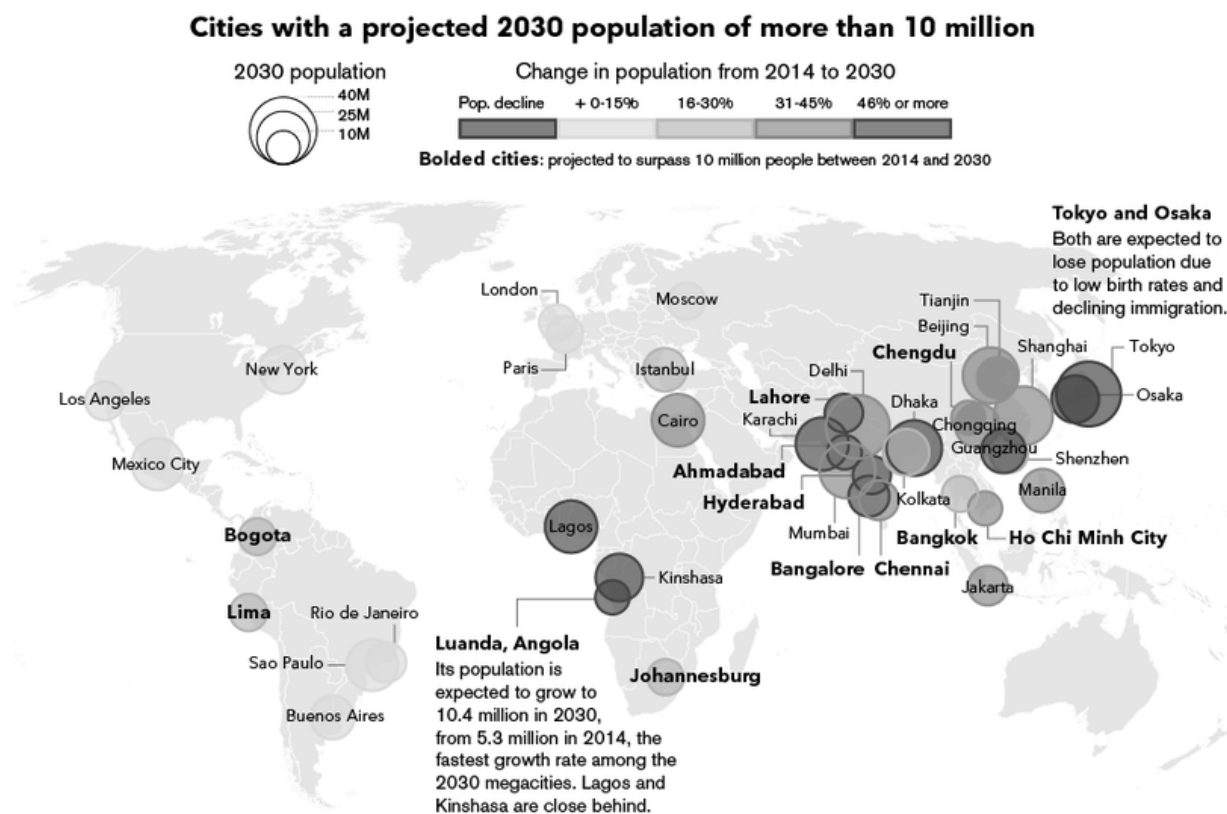
²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ UNGA, A/ CONF.226/PC.3/7, distr.: General, 3 June 2016, Preparatory Committee for the United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III), Surabaya, Indonesia, 25-27 July 2016. *Habitat III thematic meeting on sustainable energy and cities*, Note by secretariat, Declaration of Abu Dhabi, 20 January 2016.

²⁹ Idem.

Europa, din 16-18 martie 2016, de la Praga, concretizat prin Declarația de la Praga.³⁰ În această Declarație s-a accentuat asupra conceptului de ”orașe inovative și productive», a unor ”orașe rezistente, sustenabile, eficiente cu resursele, compacte”, care trebuie să ajungă priorități în politicile statale³¹. De asemenea, Declarația de la Praga mai adaugă și alte două dimensiuni în dezvoltarea orașelor în sec. XXI (”orașele inclusive și sigure”, care să prevină inegalitățile sociale și discriminările în mediul urban, cât și un drept efectiv la un standard adecvat de viață pentru toți; și dimensiunea ”bunei guvernări urbane”, obținute prin întărirea democrației locale, a unei guvernări multi-nivel și participative, care să țină seama de identitatea culturală, istorică, a orașului, de tradițiile locale și de patrimoniul orașului, spre a fi transmis generațiilor viitoare)³².



Estimare privind orașele care, în 2030 vor avea peste 10 milioane de locuitori.

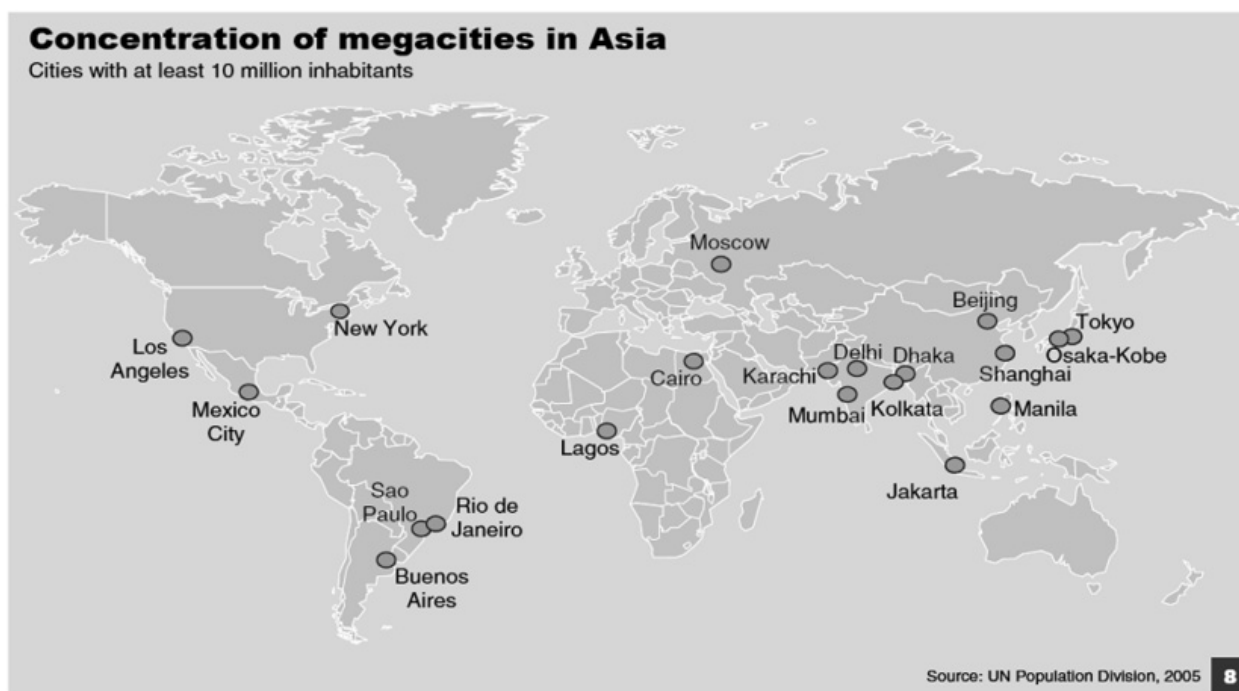
Se observă valul urbanizării intense preconizat în zona asiatică.

Sursa: <http://geographylaunchpad.weebly.com/uploads/2/5/4/1/25412597/7359460.png?826>

³⁰ UNGA, A/CONF.226/PC.3/10, Preparatory Committee for the United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III), Surabaya, Indonesia, 25-27 July 2016, *Habitat III European regional meeting*, Note by Secretariat, Declaration of Prague, 16-18 March 2016.

³¹ Idem.

³² Ibidem.



Orașe care au cel puțin 10 milioane de locuitori. Se observă concentrarea metropolelor în arealul asiatic.

Sursa: UN Population Division, 2005.

https://ih-igcse-geography.wikispaces.com/file/view/6.2H_Megacity_map.png/82263189/827x457/6.2H_Megacity_map.png

Concluzii

Începutul secolului XXI aduce cu sine ”o revoluție urbană”, în care peste jumătate din populația mondială va deveni urbană, fenomenul urbanizării luând amploare în special în zonele sărace din țările în curs de dezvoltare din Africa și Asia, ceea ce va determina extinderea unui alt fenomen (urbanizarea sărăciei). Astfel, orașele viitorului își vor extinde ariile necontrolate, neplanificate urban de autorități, ale periferiilor, alcătuind rețele de așezări informale, în care locuitorii se vor confrunta și se confruntă deja cu lipsa accesului la servicii minimale urbane și cu o afectare a drepturilor omului (dreptul la oraș)³³. Cel puțin 600 de milioane de locuitori urbani din țările în curs de dezvoltare trăiesc în condiții de sărăcie urbană³⁴. În același timp, orașele continuă să își exercite și să își consolideze rolul lor de principali consumatori de energie dar și de centre culturale, economice, consumatoare de bunuri și servicii, centre ale finanțelor globale, ale industriei și inovațiilor tehnologice, centre politice totodată. Orașele sunt însă și focare de poluare și aglomerare urbană, concentrând industrii diverse, activități economice intense, trafic intens, care afectează calitatea vieții urbane și mediul înconjurător³⁵.

Aceste tendințe au fost sesizate încă din 1996, la conferința Habitat II (cunoscută și ca ”Summitul Orașelor”, finalizată prin Declarația de la Istanbul), fiind reluate și analizate în conferința Habitat III (Quito, Ecuador, 2016). Cele trei concepte majore (dezvoltarea urbană sustenabilă, buna guvernare urbană și eradicarea sărăciei urbane) ale Conferinței Habitat II rămân coordonate majore și pentru Habitat III, în conexiune cu obiectivele având dimensiune urbană enunțate în Agenda 2030.

Obiectivul asigurării ”unui adăpost pentru toți”, cât și obiectivul asigurării unor așezări umane mai sigure, sănătoase, locuibile, echitabile și sustenabile au fost teme constante ale conferințelor ONU dedicate orașelor.

Este esențială, în contextul în care se recunoaște caracterul global al urbanizării sărăciei, cooperarea pe aceste teme, dintre țări și regiuni, mai ales în cazul țărilor în curs de dezvoltare confruntate cu acest fenomen.

³³ *Cities and Homes for All: The Habitat Agenda*. United Nations Conference on Human Settlements, Habitat II, Istanbul, Turkey, June 1996, United Nations Centre for Human Settlements, HS/562/99E, Nairobi, Kenya.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem. *The Habitat Agenda. Istanbul Declaration on Human Settlements*, www.unhabitat.org/declarations/ist-dec.htm

DREPTUL INTERN ȘI DREPTUL INTERNAȚIONAL AL INVESTIȚIILOR. QUO VADIS?*

Cristina Elena POPA (TACHE)*

Abstract: *Faced with global movements review, Romania reached the moment having to rely on comprehensive legislation, which reflects the complete regulations harmonized with international law and foreign investment. Remaining in regulatory threshold the objectives, purpose, conditions of entry, registration and authorization, the rights and guarantees given to the investor, the obligations of the investor, promotion and facilitation, as well as sufficient regulations on how to settle disputes, institutional rules and last but not least, the relationship with international agreements and transparency.*

Key words: *international investment; review; transparency.*

1. Considerații introductive

În timp ce în majoritatea statelor a fost revizuită recent (sau se află în curs de revizuire) legislația internă privind investițiile străine, și tratatele privind investițiile internaționale au sesizat inițiative modificatoare. Pe o scară evolutivă asemănătoare se situează și revizuirea politicilor privind investițiile, prin alinierea la principiile directe UNCTAD¹.

În fața acestor mișcări de revizuire, România a ajuns la momentul în care trebuie să se bazeze pe o legislație cuprinzătoare, în care să se regăsească reglementări complete și armonizate cu dreptul internațional al investițiilor străine. Orice refuz sau întârziere în domeniul reglementării legislative a acestui domeniu are efecte negative în aceeași măsură atât asupra statului roman, cât și asupra investițiilor internaționale, întrucât cadrul juridic național pentru investiții este rezultatul acțiunilor legislative și de reglementare ale statelor în mod individual și întrucât cadrul contractual rezultă din negocierile dintre state și investitori, precum și în rândul investitorilor, cadrul juridic internațional a crescut prin acorduri și alte practici pe care statele le-au dezvoltat între ele².

Statul român trebuie să se bazeze pe reglementări neechivoce sau determinate cu exactitate în ceea ce privește: obiectivele de reglementat (protecția investitorului, dezvoltarea economică, crearea locurilor de muncă, transferul de tehnologie, dezvoltarea socială, protecția mediului sau dezvoltarea sustenabilă), scopul și definițiile (excluderile, scopul temporar, definiția investitorului, definiția investiției sau prevederi suficiente și exacte privind contractele de concesiune), condițiile de intrare (admiterea, libertatea de stabilire, restricțiile sectoriale, securitatea națională, ordinea publică, protecția mediului, sănătatea publică, restricțiile privind dobândirea proprietății asupra terenurilor, cerințele minime de performanță), înregistrarea și autorizarea, drepturile și garanțiile acordate investitorului (tratamentul național și excepțiile, tratamentul corect și echitabil, clauza națiunii celei mai favorizate, exproprierea directă sau indirectă precum și condițiile sale, compensarea, transferul liber de capital, intrarea și șederea personalului străin, accesul la finanțele locale, clauza de stabilizare), obligațiile investitorului (respectarea legislației interne, obligațiile fiscale și cele privind dreptul muncii, responsabilitatea socială a corporațiilor, contabilitatea și declarațiile fiscale), promovarea și facilitarea (stimulente acordate investițiilor sau facilitățile), precum și reglementări suficiente privind modul de soluționare a disputelor (soluționarea disputelor la nivel teritorial național, arbitrajul internațional și alternativele la arbitraj, forumuri interne versus forumuri internaționale). Nici noțiunile referitoare la regulile instituționale nu sunt suficiente (autoritatea în domeniu, agențiile de promovare a investițiilor și one stop –shop sau ghișeul unic). Un alt aspect ce se impune a fi bine reglementat în viitor este relația cu acordurile internaționale și transparența.

2. Evoluții de la Marea Unire și până în prezent

Nu se poate analiza direct traseul evoluției investițiilor străine începând în mod direct cu Unirea din 1918, fără a se menționa că înainte de Marea Unire, au existat, bineînțeles, relații istorice privind investițiile străine. Un exemplu

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

* Doctor în drept; Cercetător științific asociat în cadrul Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române; asociat în cadrul Chartered Institute of Arbitrators, arbitru și mediator în cadrul Vienna International Arbitral Centre; membru în ArbitralWomen; email: cristinapopatache@gmail.com.

¹ UNCTAD este acronimul Conferinței Națiunilor Unite pentru Comerț și Dezvoltare (United Nations Conference on Trade and Development). După cum s-a remarcat în domeniul politicilor privind investițiile internaționale, eforturile miniștrilor din G20 au adoptat pentru prima oară în iulie 2016 (soft law), în dezbaterile și analizele politicii de investiții globale desfășurate de UNCTAD, un set de principii specifice.

² Jeswald W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment*, OUP 2014, p. 305.

este că în România anilor 1400³, în timpul domniei lui Mircea Cel Bătrân, trebuie menționat că s-a interzis prin dispozițiile sale să fie luate despăgubiri de la compatrioții negustorilor datori, după cum era „obiceiul” în evul mediu, și existau schimburi (în realitate acestea erau acorduri veritabile de reciprocitate) ce se remarcă prin existența privilegiilor comerciale⁴ amănunțite, stabilindu-se vămile și cuantumul lor pentru diferite categorii de produse, dar și drepturile și obligațiile negustorilor, precum și unele scutiri de plată.

Marea Unire din 1918 a reprezentat un punct istoric marcant, urmat de noutatea cursului politic și economic al acestui ideal istoric realizat prin eforturi politice considerabile și prin sacrificii de viați omenești impulsionate de formarea unui tot întreg. Toate aceste deziderate s-au desfășurat pe fondul efectelor devastatoare ale Marelui Război, ceea ce a determinat încercări în refacerea, respectiv în restabilirea sectorului economic. Guvernul de atunci a inițiat modificări legislative prin care erau influențate în mod direct și investițiile străine: restricții pentru activitatea capitalurilor străine, majorarea impozitelor, taxele pe succesiuni, câștigurile de război, taxele vamale etc. Restricțiile ce vizau investitorii străini au impulsionat mijloacele autohtone de dezvoltare a industriei, ambiționați de întregirea economică și de cadrul politico-legislativ favorabil⁵.

Trebuie precizat că statele au intrat în sfera comerțului internațional în sec. XX, mai ales sub forma corporațiilor de stat, ca parteneri convenționali cu organisme similare din alte state și cu persoane fizice și juridice străine. Spre exemplu, după cel de-al Doilea Război Mondial, companiile din Statele Unite ale Americii (SUA) nu numai că și-au reluat funcțiile care pentru scurt timp fuseseră preluate de stat, dar le-au și extins⁶. Aceasta a dus la o atitudine mai pragmatică dar particulară în practica statelor, care la nivel intern căutau să găsească soluții pentru atragerea, din considerente financiare, a investițiilor străine, în timp ce la nivel internațional militau pentru protejarea suveranității permanente asupra resurselor lor naturale în fața unor noi potențiale pericole, de natura colonialismului.

Aceste atitudini au fundamentat apariția primelor tratate internaționale multilaterale în materia investițiilor, fundamentate pe ideea neo-liberală a edictării de „contra-norme”, care să protejeze investițiile străine în fața sistemului legislativ și regulator național din statul gazdă.

Corporațiile internaționale au constituit principalii agenți prin care statele aparținând blocului socialist⁷ acționau în planul relațiilor economice internaționale. În afara statelor din această categorie, și alte state⁸ au utilizat corporația de stat pentru a coordona sectoare importante cum ar fi sănătatea, educația, transportul și comunicațiile, în general serviciile publice importante. S-a motivat această soluție administrativ-economică cu argumentul că în anumite sectoare ale economiei statului, este prioritară asigurarea serviciilor publice față de realizarea unui profit⁹. Corporațiile de stat erau privite ca fiind entități având un anumit specific în „fabrica” relațiilor internaționale¹⁰.

Procesul de destrămarea a sectorului de stat prin privatizări¹¹, pe care l-a cunoscut Europa Vestică, dar mai ales, recent, Europa Centrală și de Est, proces făcut în etape și nu întotdeauna programat, a favorizat indiscutabil pătrunderea investițiilor străine în statele respective¹². Practic, procesul privatizării a privit mai ales sectoarele în care

³ Pe teritoriul României, economia a fost influențată de importanța drumurilor comerciale utilizate în mod deosebit de negustorii străini care au investit capitaluri considerabile, așa cum este exemplul negustorilor italieni ce închiriau vămile. Importanța principalelor drumuri comerciale din Europa, a fost studiată și s-a arătat influența ce o au asupra dezvoltării noastre sociale și economice, în studiile d-lor N. Iorga, I. Nistor și ale istoricului polon O. Górka. Legătura cu coloniile italiene se făcea într-o vreme prin Polonia, centrul comerțului oriental fiind, de la început, Liovul, apoi prin ținuturile tătarăști ale Rusiei sudice și în Crimeea, la Caffa, principala colonie genoveză, pe așa-numitul „drum tătarăsc”. După consolidarea statului moldovenesc, acesta prezenta mai multe garanții de siguranță a mărfurilor și a negustorilor, așa că drumul moldovenesc a înlocuit pe cel tătarăsc, și capetele lui au fost la Chilia și la Cetatea Albă, în loc de Caffa Crimeei. Italienii erau cei mai mari capitaliști ai Europei la sfârșitul Evului Mediu (se știe că în această epocă de Fröhkapitalismus exista numai capitalismul comercial, nu încă și cel industrial). Numărul mare de investitori italieni și importanța capitalurilor investite de ei pe drumul moldovenesc (pe lângă comerț, ei închiriau vămile de la domnul Moldovei și salinile din Galiția de la regele Poloniei) arată rolul european al acestui drum comercial.

⁴ Printre privilegiile comerciale privind Ardealul pot fi enumerate: Privilegiul regelui Sigismund de Luxemburg pentru mănăstirile Vodița și Tismana (1419) prin care erau scutite de vamă la ieșirea din Ardeal, Privilegiul regelui Sigismund pentru brașoveni (1395) care îl înnoia pe cel al regelui Ludovic cel Mare (1358), Privilegiul voievodului Ștefan al Ardealului pentru brașoveni (1412) confirmat de Privilegiul lui Mircea pentru brașoveni (1413), redactat în două exemplare, slavon (6 august) și latin (25 august) care mai conținea alte prevederi suplimentare.

⁵ Scurtu Ioan, Buzatu Gheorhe, *Istoria Romanilor în secolul XX*, Editura Paideia, București, 1999, p. 29 (astfel, în perioada interbelică, România ocupa primul loc în Europa și locul șase din lume la producția de petrol, nivelul maxim de extracție fiind de 8, 7 milioane tone în 1936; tot România era pe locul al doilea în Europa la extracția de aur: 5.355 kg în 1937 după Suedia; același loc după Uniunea Sovietică la extracția de gaze: 256 491 042 m³ în 1937).

⁶ A se vedea Howard Bowen (1953). *Social Responsibilities of the Businessman*, New York: Harper, pp. 183-188; Murray, K. și Montanari J., (1986). *Strategic Management of the Socially Responsible Firm: Integrating Management and Marketing Theories*, Academy of Management, review Vol.11, No.4, pp. 815-827.

⁷ Denumirea era aceea de întreprinderi socialiste.

⁸ A se vedea Douglass C. North (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, New York -United States.

⁹ M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*, third edition Cambridge University Press, 2010, p. 64.

¹⁰ G.I.Tunkin, *Theory of International Law*, Edited and translated by William E. Butler, Ed: Harvard University Press, 1974, p. 305.

¹¹ A se vedea Ogden, S. și Watson, R. (1999). *Corporate performance and stakeholder management: balancing shareholder and customer interest in the U.K. Privatized water industry*, Academy of Management Journal, Vol.42, No.5, pp. 526-538.

¹² *Innovation and Collaboration for the Future We Want, Rio+20 Corporate Sustainability Forum*, <http://csf.compact4rio.org/events/rio-20-corporatesustainability-forum/custom-125-251b87a2deaa4e56a3e00ca1d66e5bfd.aspx> (ultima vizualizare în data de 06.07.2015).

era nevoie de investiții străine, respectiv erau interesate de capitalul investițional străin. Desigur că exista un interes, chiar un avantaj pentru corporațiile investiționale străine să intre pe o piață monopolistă în timp ce statul gazdă era interesat în păstrarea unui control statal a ceea ce urma să se realizeze, adică un obiectiv reprezentând parteneriatul privat – stat.

Investitorii străini au consolidat relațiile lor investiționale cu sectoarele controlate de către corporațiile/întreprinderile de stat mai ales prin intermediul societăților mixte. Fără a intra în analiza acestor forme de cooperare, menționăm însă că motive de divergențe¹³ au putut exista încă de la început între cei doi parteneri dat fiind că statul participant la societate era interesat în realizarea de obiective economice pe termen lung, pe când investitorul străin era interesat de realizarea unui profit imediat. Diferende de acest gen au ridicat multe probleme dreptului internațional al investițiilor, mai ales atâta timp cât s-a încercat să fie invocată imunitatea suverană a statului.

În anii 1970, a fost creat cadrul juridic necesar atragerii capitalului străin prin adoptarea Decretului 424/1972 pentru constituirea, organizarea și funcționarea societăților mixte în Republica Socialistă România. Decretul reglementa investițiile străine directe numai sub forma participării la înființarea unei societăți noi cu capital mixt, din care 51% român, fiind exclusă înființarea de filiale, sucursale sau alte dezmembrăminte. Decretul nu conținea definiția noțiunii de investiții străine și nici clasificarea lor în investiții directe și de portofoliu (Decretul 424/1972 a fost publicat în B. Of. nr. 121 din 1971). Treptat, a crescut dependența României față de economia mondială, fiind mărit numărul zonelor libere, permițând funcționarea întreprinderilor cu capital integral străin. Totuși, acestea sunt încă rare, deoarece: (a) companiile străine își dau seama că vor fi tratate de către autoritățile publice române cu mai multă severitate, iar (b), ele sunt obligate să se confrunte cu birocrăția, mai mult decât partenerii lor români. Repetăm că, în mod obișnuit, în România, înainte de 1990, „investițiile” au luat forma asocierilor (joint-venture), în care partenerul străin deține 49 la sută, iar cel autohton 51%.

După 1989, s-a adoptat o serie de acte normative precum Decretul – Lege nr. 96/1990, publicat în M. Of. nr. 37 din 1990, privind unele măsuri pentru atragerea investiției de capital străin în România și Legea nr. 35/1991 privind regimul investițiilor străine, publicată în M. Of. nr. 73 din 10 aprilie 1991, ce a abrogat Decretul enunțat și care cuprindea o enumerare a activităților considerate investiție străină¹⁴.

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 31/1997 privind regimul investițiilor străine în România, publicată în M. Of. nr. 125 din 1997, abrogă Legea nr. 35/1991, dar preia soluția legislativă enumerând modalitățile constituirii unei investiții străine, reglementând activitatea de reinvestire a profitului și eliminând, totodată, formele pur contractuale ale constituirii investițiilor¹⁵. Astfel cum s-a observat lesne din cuprinsul acestora, ambele acte normative, Legea nr. 35/1991 și OUG nr. 31/1997, reglementau atât investițiile străine directe, cât și pe cele de portofoliu, fără să se diferențieze prin regim juridic propriu fiecare categorie de investiții străine. OUG nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe, publicată în M. Of. Nr. 386 din 1997 și aprobată prin Legea nr. 241/1998 M. Of. nr. 483 din 1998, reglementează distinct investițiile străine directe de cele de portofoliu (investițiile indirecte), conferind și o definiție.

Trebuie avut în vedere și faptul că apartenența statului român la Uniunea Europeană (în prezent, Uniunea Europeană are în vigoare 55 de acorduri internaționale privind investițiile, conform paginii oficiale UNCTAD) nu a eliminat acordurile bilaterale încheiate în domeniul investițional de România înainte de obținerea calității de membru iar Regulamentul numărul 1219/2012, confirmă formal că statele membre pot menține și încheia în continuare BIT sub condiția emiterii autorizației Comisiei, mai ales după cele semnate după 1 decembrie 2009 sau în cazul acordurilor viitoare, creând condițiile de stabilitate pentru asemenea tip de relații ale României cu terțe state. România este parte în prezent¹⁶ în 78 de tratate bilaterale în vigoare privind investițiile și în 56 de tratate în vigoare care cuprind dispoziții privind investițiile internaționale, în cele mai multe România fiind importator de investiții, devenind însă un posibil negociator din poziția de exportator de investiții față de state terțe limitrofe frontierelor U.E. (a se vedea de

¹³ Chiar și în prezent, există voci, precum Steen Jakobsen, economistul șef al băncii daneze Saxo Bank, instituție fondată în 1992, care afirma la nivelul anului 2014 că: *Sectorul public înghite felii din ce în ce mai consistente din economie, în orice țară din lume, or acest lucru nu este deloc sănătos, devreme ce sectorul privat este cel ce generează slujbe. Democrația funcționează doar atât timp cât mai puțin de 51% din PIB se datorează sectorului public.*

¹⁴ Potrivit art. 1 din legea menționată, sunt activități prin care se poate realiza o investiție străină, următoarele: înființarea societăților comerciale, a filialelor sau a sucursalelor, cu capital integral străin sau în asociere cu persoane fizice sau persoane juridice române; participarea la majorarea capitalului social al unei societăți comerciale existente sau dobândirea de părți sociale ori acțiuni la o asemenea societate precum și de obligațiuni sau alte oferte de comerț; concensionarea, închirierea sau locația gestiunii unei activități economice, servicii publice, unități de producție aparținând unor regii autonome sau societăți comerciale; dobândirea dreptului de proprietate, asupra unor bunuri mobile sau imobile, asupra altor drepturi reale cu excepția dreptului de proprietate asupra terenurilor; dobândirea de drepturi de proprietate industrială și intelectuală; dobândirea unor drepturi de creanță sau altor drepturi referitoare la prestări cu valoare economică asociate unei investiții; cumpărarea de spații de producție sau alte clădiri cu excepția locuințelor, altele decât cele auxiliare investiției, precum și construirea lor; contractarea executării de lucrări de explorare, exploatare și împărțire a producției în domeniul resurselor materiale.

¹⁵ OUG nr. 31/1997 privind regimul investițiilor străine în România, M. Of. Nr. 95 din 1997, a fost abrogată prin Legea nr. 241/1998, respinsă prin Legea nr. 523/2001 pentru respingerea OUG nr. 31/1997 privind regimul investițiilor străine în România, M. Of. nr. 653 din 17 oct. 2001.

¹⁶ A se vedea pagina oficială a UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>, accesată în data de 27 februarie 2018.

exemplu relațiile companiei Rompetrol cu compania națională a statului kazah). Desigur că s-a promovat un proces de modificare a tratatelor bilaterale în materie de investiții încheiate de România anterior obținerii calității de membru U.E. tocmai pentru a se menține aceste înțelegeri, propunerile de amendare standardizate fiind formulate pentru a se asigura conformitatea acestor înțelegeri cu dreptul U.E.

3. Concluzii

Prin revizuirea cadrului legislativ actual, ar trebui nu numai să se reformuleze definiția investiției internaționale și calitatea de investitor străin, însă răman în prag de reglementare obiectivele, scopul, condițiile de intrare (admiterea, libertatea de stabilire, restricțiile sectoriale, securitatea națională, ordinea publică, protecția mediului, sănătatea publică, restricțiile privind dobândirea proprietății asupra terenurilor, cerințele minime de performanță), înregistrarea și autorizarea, drepturile și garanțiile acordate investitorului, obligațiile investitorului, promovarea și facilitarea, precum și reglementări suficiente privind modul de soluționare a disputelor, regulile instituționale și, nu în ultimul rând, relația cu acordurile internaționale și transparența.

COOPERAREA ADMINISTRATIVĂ ÎN DOMENIUL FISCAL ÎNTRE STATELE MEMBRE ALE UNIUNII EUROPENE PRIN SCHIMB AUTOMAT OBLIGATORIU DE INFORMATII ȘI PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL*

Arina DRAGODAN*

Abstract : *In recent years, the challenge posed by tax fraud and tax evasion has increased considerably and has become a major focus of concern within the Union and at global level. The automatic exchange of information constitutes an important tool in this regard.*

Recovery of taxes as well as the fight against tax evasion and tax avoidance are the competences of the Member States on the basis of fiscal sovereignty. However, the new means of combating tax evasion and avoidance adopted within the European Union and at international level provide the Member States with a legal framework and the tools needed to deal effectively with cross-border tax issues and to exchange best practice .

Processing of personal data under the mandatory automatic exchange of information in the field of taxation as well as cross-border information reporting under the Directive 2011/16/EU must comply with the European rules on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data.

*As regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, given the particular importance of information to combat fraud effectively, we have a limitation on certain rights and obligations under Directive 95/46/EC(respectively, **Regulation (EU) 2016/679**).*

Member States'tax authorities need comprehensive and relevant information on Groups regarding their structure, transfer-pricing policy and internal transactions in and outside the Union.

Council Directive 2011/16/EU already provides for the mandatory automatic exchange of information in a number of fields. But the scope of the mandatory exchange of information had extended to include the automatic exchange of information on the country-by-country report.

Keywords: *mandatory automatic exchange of information in the field of taxation; tax authorities; Directive 2011/16/EU; Directive 95/46; Regulation (EU) 2016/679*

I. Cooperarea administrativă fiscală între state - o necesitate la nivel european

Evaziunea și fraudă fiscală se întâlnesc atât la nivel național, cât și la nivel internațional, constituind unele dintre cele mai răspândite infracțiuni cu caracter economic. În acest context, măsurile naționale și internaționale adoptate pentru combaterea fraudei și evaziunii fiscale continuă să se dezvolte pentru a ține pasul cu acest flagel. Astfel că, la nivel național, majoritatea statelor membre ale Uniunii Europene au luat măsuri legislative privind combaterea acestui flagel.

În paralel cu aceste eforturi, UE își intensifică lupta împotriva evaziunii și a eludării fiscale, care constituie o amenințare la adresa concurenței loiale.

Parlamentul European a apreciat că îmbunătățirea cooperării și a coordonării și sporirea transparenței în relațiile dintre statele membre ale Uniunii Europene în domeniul politicii fiscale le-ar permite statelor membre să evite pierderile semnificative de venituri și ar contribui la asigurarea unui nivel mai ridicat de echitate la nivelul Uniunii¹.

În ceea ce privește armonizarea fiscală directă în Uniunea Europeană, după cum bine se cunoaște, aceasta a avut de obicei un ritm lent și un domeniu de aplicare limitat. Timp de decenii, statele membre și-au asigurat păstrarea suveranității lor fiscale, afișând o reticență puternică în a conveni asupra unor soluții comune în acest domeniu atât de sensibil. Unele propuneri care au stat mulți ani pe o agendă politică a UE au progresat acum. Cu toate acestea, această dinamică pare să se fi schimbat în mod dramatic, drept răspuns la recente priorități de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale și pentru transparență fiscală. Progresele realizate până în prezent în direcția punerii lor în aplicare par a fi fără precedent².

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul "Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească", număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

* Doctor în drept; Cercetător postdoctorat – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: arina_dragodan@yahoo.com

¹Parlamentul European, *Politica fiscală generală*, http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/ro/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.11.1.html.

²Cédelle A., *The EU Anti-Tax Avoidance Directive: A UK Perspective*, British Tax Review Issue 4, 2016, p. 490, disponibil la adresa: http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series-16/WP1614.pdf.

În acest sens, măsurile recente adoptate de Comisia Europeană, cât și cele luate la nivel internațional plasează schimbul de informații între state printre mijloacele de luptă împotriva fraudei și evaziunii fiscale.

Întrucât instituirea unei cooperări administrative eficiente între statele membre în vederea contracarării efectelor negative ale globalizării în creștere asupra pieței interne nu poate fi îndeplinit în mod satisfăcător de către statele membre, Uniunea Europeană, din motive de uniformitate și eficacitate, a considerat că această cooperare poate fi îndeplinită mai bine la nivelul Uniunii, prin directive care au fost transpuse în dreptul intern al statelor membre.

Astfel, în acord cu reglementările Uniunii Europene, noul Cod de procedură fiscală³ a transpus în dreptul nostru intern prevederile directivelor care au modificat și completat Directiva 2011/16/UE⁴, la Titlul X cu denumirea „Aspecte internaționale”, Capitolul I „Cooperarea administrativă în domeniul fiscal”, care cuprinde articolele 284-309.

Modalități de realizare a cooperării administrative în domeniul fiscal

Conceptul de cooperare interstatuală, în general, include punerea în aplicare a procedurilor administrative ca: schimb de informații, controale fiscale simultane, asistență la recuperare etc. în scopul realizării unei colectări mai eficiente a impozitelor sau a taxelor datorate administrațiilor fiscale ale statelor.

Cooperarea în domeniul fiscal se poate realiza în temeiul a diferite instrumente juridice: convenții fiscale bilaterale sau multilaterale și directive privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal.

În cadrul Uniunii Europene, Directiva 2011/16/UE privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal reglementează cooperarea administrativă în domeniul fiscal stabilind normele și procedurile ce trebuie respectate de către statele membre pentru cooperarea între ele în scopul realizării schimbului de informații, respectiv pentru schimbul de informații prin mijloace electronice. Totodată, sunt prevăzute și normele privind cooperarea statelor cu Comisia Europeană în ceea ce privește coordonarea și evaluarea proceselor de schimb de informații.

Directiva se aplică asupra tuturor tipurilor de taxe și impozite percepute de către sau în numele unui stat membru sau al subdiviziunilor teritoriale sau administrative ale acestuia, inclusiv autoritățile locale, exceptându-se taxa pe valoarea adăugată și taxele vamale sau accizele care fac obiectul unei alte legislații a Uniunii privind cooperarea administrativă dintre statele membre. De asemenea, directiva nu se aplică nici contribuțiilor obligatorii la sistemul de securitate socială plătibile statului membru, unei subdiviziuni a acestuia sau instituțiilor de securitate socială de drept public.

Schimbul de informații reglementat de directivă este de mai multe tipuri, și anume:

- a. Schimbul de informații la cerere, care înseamnă schimbul de informații efectuat pe baza unei cereri adresate de statul membru solicitant statului membru solicitat într-un caz specific;
- b. Schimbul automat obligatoriu de informații, care înseamnă comunicarea sistematică a informațiilor predefinite referitoare la rezidenții din alte state membre către statul membru de rezidență relevant, fără cerere prealabilă, la intervale regulate prestabilite;
- c. Schimbul spontan de informații, care înseamnă comunicarea nesistematică, în orice moment și fără o cerere prealabilă, a unor informații către un alt stat membru.

II. Necesitatea schimbului automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal-reglementări recente la nivelul Uniunii Europene

Schimbul automat de informații este unul dintre pilonii care stau la baza politicii Uniunii privind buna guvernare în domeniul fiscal, alături de transparența și concurența fiscală loială.

Schimbul automat de informații între statele membre a fost conceput încă din 2003 și a fost pus în aplicare în 2005, prin Directiva privind impozitarea veniturilor din economii. În plus, Directiva privind cooperarea administrativă, care a intrat în vigoare în luna ianuarie a anului 2013, prevede schimbul automat de informații privind o gamă largă de venituri. Statele Unite au introdus, de asemenea, acest principiu în acordurile privind conformitatea fiscală aplicabilă conturilor din străinătate (Foreign Account Tax Compliance Act - FATCA)⁵.

Directiva 2011/16/UE a Consiliului prevede schimbul automat de informații între statele membre cu privire la anumite categorii de venituri și de capital, în principal de natură nefinanciară, pe care contribuabilii le dețin în alte state membre decât statul lor de rezidență. De asemenea, această directivă stabilește o abordare etapizată a consolidării schimbului automat de informații prin extinderea sa progresivă la noi categorii de venituri și de capital și prin eliminarea condiției potrivit căreia schimbul de informații trebuie să aibă loc numai dacă informațiile sunt disponibile.

³Legea nr. 207 din 20 iulie 2015 privind Codul de procedură fiscală, publicată în M. Of. nr. 547 din 23 iulie 2015, în vigoare la data de 1 ianuarie 2016, cu modificările și completările ulterioare.

⁴Directiva nr. 2011/16/UE privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal și de abrogare a Directivei nr. 77/799/CEE publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 64/1 din 11 martie 2011, modificată și completată prin directivele ulterioare

⁵Comisia Europeană, *Combaterea fraudei și a evaziunii fiscale*, Contribuția Comisiei la reuniunea Consiliului European din data de 22 mai 2013, p. 4, http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_ro.pdf

Astfel că încă din 6 decembrie 2012⁶, Comisia Europeană, constatând că în ultimii ani, problemele generate de fraudă fiscală și de evaziunea fiscală la nivel transfrontalier s-au agravat considerabil, a evidențiat necesitatea de a promova cu fermitate **schimbul automat de informații ca standard la nivel european și internațional**,

La rândul său Consiliul European din 22 mai 2013 a solicitat extinderea schimbului automat de informații la nivelul Uniunii și la nivel mondial, în vederea combaterii fraudei fiscale, a evaziunii fiscale și a planificării fiscale agresive.

Prin **Directiva 2014/107/UE**⁷ a Consiliului din 9 decembrie 2014 de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal a fost definit «**schimbul automat**» ca fiind **comunicarea sistematică a informațiilor predefinite referitoare la rezidenții din alte state membre către statul membru de rezidență relevant, fără cerere prealabilă, la intervale regulate prestabilite. În contextul articolului 8 al directivei, informațiile disponibile se referă la informații din dosarele fiscale ale statelor membre care comunică informațiile respective, care pot fi accesate în conformitate cu procedurile de colectare și procesare a informațiilor din acel stat membru.**

Directiva a introdus **Standardul comun de raportare** privind informațiile referitoare la conturile străine, astfel fiecare stat membru a trebuit să ia măsurile necesare pentru a impune instituțiilor sale financiare raportoare să aplice normele de raportare și de precauție și să asigure respectarea acestora.

În temeiul normelor de raportare și de precauție aplicabile, autorității competente a fiecărui stat membru i-a fost impusă comunicarea, prin intermediul schimbului automat de informații, a următoarelor date aferente perioadelor impozabile, începând cu 1 ianuarie 2016, referitoare la anumite conturi care fac obiectul raportării:

a) numele, adresa, numărul de identificare fiscală (NIF), precum și data și locul nașterii (în cazul unei persoane fizice) ale fiecărei persoane care face obiectul raportării și care este titular de cont al contului respectiv și, în cazul unei entități care este titular de cont și care, după aplicarea normelor de precauție, este identificată ca având una sau mai multe persoane care exercită controlul și care este o persoană care face obiectul raportării, numele, adresa și NIF ale entității, precum și numele, adresa, NIF, data și locul nașterii fiecărei persoane care face obiectul raportării;

b) numărul de cont (sau echivalentul său funcțional în absența unui număr de cont); c) numele și numărul de identificare (dacă este cazul) al instituției financiare raportoare;

d) soldul sau valoarea contului (inclusiv valoarea de răscumpărare în cazul unui contract de asigurare cu valoare de răscumpărare sau al unui contract cu rentă viageră) la sfârșitul anului calendaristic relevant sau al altei perioade de raportare adecvate sau, în cazul în care contul a fost închis în cursul anului sau al perioadei respective, închiderea contului;

e) în cazul oricărui cont de custodie:

– quantumul brut total al dobânzilor, quantumul brut total al dividendelor și quantumul brut total al altor venituri generate în legătură cu activele deținute în cont, în fiecare caz plătite sau creditate în contul respectiv (sau în legătură cu respectivul cont) în cursul anului calendaristic sau al altei perioade de raportare adecvate; și

– încasările brute totale din vânzarea sau răscumpărarea activelor financiare plătite sau creditate în cont în cursul anului calendaristic sau al altei perioade de raportare adecvate în legătură cu care instituția financiară raportoare a acționat drept custode, broker, reprezentant sau orice alt fel de mandatar al titularului de cont;

f) în cazul oricărui cont de depozit, quantumul brut total al dobânzilor plătite sau creditate în cont în cursul anului calendaristic sau al altei perioade de raportare adecvate; și

g) în cazul oricărui alt cont decât cele descrise la litera (e) sau la litera (f), quantumul brut total plătit sau creditat titularului de cont în legătură cu respectivul cont în cursul anului calendaristic sau al altei perioade de raportare adecvate în legătură cu care instituția financiară raportoare este debitoare, inclusiv suma agregată a oricăror răscumpărări plătite titularului de cont în cursul anului calendaristic sau al altei perioade de raportare adecvate.

Directiva (UE) 2015/2376⁸ din 8 decembrie 2015 a Consiliului a modificat la rândul său Directiva 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal, motivat de faptul că Directiva 2011/16/UE prevedea obligativitatea schimbului spontan de informații între statele membre în cinci cazuri specifice și în anumite termene. În cazurile în care autoritatea competentă a unui stat membru are dovezi pe baza cărora presupune că pot exista pierderi fiscale într-un alt stat membru, schimbul spontan de informații se aplică deja deciziilor fiscale pe care un stat membru le emite, le modifică sau le reînnoiește la adresa unui anumit contribuabil în ceea ce privește interpretarea sau aplicarea dispozițiilor fiscale în viitor și care au o dimensiune transfrontalieră. Cu toate acestea, eficiența schimbului spontan de informații privind deciziile fiscale anticipate cu aplicare transfrontalieră și acordurile

⁶Comunicare a Comisiei către Parlamentul european și Consiliul “Un plan de acțiune în vederea consolidării luptei împotriva fraudei și a evaziunii fiscale”, COM(2012) 722 final, Bruxelles, 6.12.2012.

⁷Directiva 2014/107/UE A Consiliului din 9 decembrie 2014 de modificare a Directivei 2011/16/UE publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 359/1 din 16.12.2014.

⁸Directiva (UE) 2015/2376 a Consiliului din 8 decembrie 2015 de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 332, 18.12.2015, p. 1-10.

prealabile privind prețul de transfer este împiedicată de o serie de dificultăți practice importante, cum ar fi marja de apreciere de care dispune statul membru emitent pentru a decide care alte state membre ar trebui informate. Prin urmare, informațiile schimbate ar trebui, după caz, să fie accesibile tuturor celorlalte state membre.

Ca element de noutate, această directivă prevede că, contribuabilii au dreptul să se bazeze pe decizii fiscale anticipate cu aplicare transfrontalieră sau pe acorduri prealabile privind prețul de transfer, cărora le dă o definiție. Statele membre vor face schimb de informații, indiferent dacă contribuabilul respectă sau nu respectă dispozițiile deciziei fiscale anticipate cu aplicare transfrontalieră sau ale acordurilor prealabile privind prețul de transfer.

Prin Directiva 2015/2376/UE s-a întărit cadrul legislativ pentru schimbul automat de informații și, totodată, s-a pus capăt secretului bancar în scopuri fiscale la nivelul întregii Uniuni Europene. Directiva revizuită le impune statelor membre să schimbe între ele, în mod automat, o gamă largă de informații financiare, în concordanță cu noul standard global al OECD/G20 pentru schimbul automat de informații între jurisdicții și în anumite termene.

Directiva (UE) 2016/881⁹ aduce modificări în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de rapoarte pentru fiecare țară în parte între statele membre care trebuie să includă, în fiecare caz, comunicarea unui set predefinit de informații de bază care să fie accesibile statelor membre în care, pe baza informațiilor din raportul pentru fiecare țară în parte, una sau mai multe entități ale grupului de întreprinderi multinaționale fie își au rezidența fiscală, fie sunt supuse impozitării pentru activitățile economice desfășurate prin intermediul unui sediu permanent al unui grup de întreprinderi multinaționale.

Astfel că în raportul pentru fiecare țară în parte, grupurile de întreprinderi multinaționale ar trebui să prezinte, în fiecare an și pentru fiecare jurisdicție fiscală în care desfășoară activități economice, cuantumul veniturilor, al profiturilor anterioare impozitării veniturilor și al impozitelor pe venit plătite sau acumulate. Grupurile de întreprinderi multinaționale ar trebui, de asemenea, să raporteze numărul de salariați, capitalul declarat, profitul nedistribuit și imobilizările corporale din fiecare jurisdicție fiscală.

Directiva (UE) 2016/881 a Consiliului continuă astfel obiectivul Uniunii Europene în ceea ce privește extinderea schimbului automat de informații în domeniul fiscal la nivelul Uniunii în vederea combaterii fraudei fiscale, a evaziunii fiscale și a planificării fiscale agresive.

Propunerea de Directivă a Consiliului de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal în legătură cu modalitățile transfrontaliere raportabile¹⁰, 21.6.2017 COM (2017) 335 final, 2017/0138 (CNS)

Scopul viitoarei directive este de a spori transparența și accesul la informații într-un stadiu mai timpuriu, deoarece aceasta ar permite autorităților să îmbunătățească rapiditatea și exactitatea evaluărilor lor privind riscurile, precum și să ia decizii în cunoștință de cauză și la timp cu privire la modalitățile de protejare a veniturilor lor fiscale. Mai precis, dacă autoritățile fiscale primesc informații referitoare la modalități de planificare fiscală potențial agresivă înainte ca acestea să fie puse în aplicare, ar trebui să poată urmări modalitățile respective și să reacționeze la riscurile fiscale pe care acestea le prezintă prin luarea unor măsuri adecvate de reducere a riscurilor în cauză. În acest scop, ar fi ideal ca informațiile să fie obținute în avans, și anume înainte ca modalitatea să fie pusă în aplicare și/sau utilizată.

Aceasta ar permite autorităților să evalueze în timp util riscul pe care îl prezintă modalitățile respective și, dacă este necesar, să reacționeze pentru a elimina lacunele existente și a preveni o pierdere de venituri fiscale. Obiectivul suprem este de a desemna un mecanism care va avea un efect disuasiv, și anume un mecanism care va descuraja intermediarii de la a concepe și a comercializa astfel de modalități.

Directiva 2011/16/UE privind cooperarea administrativă va fi modificată pentru a impune asupra intermediarilor și, ca alternativă, asupra contribuabililor o obligație primară de a comunica autorităților lor fiscale informații cu privire la modalitățile transfrontaliere de planificare fiscală potențial agresivă. Aceste autorități vor împărtăși apoi aceste informații cu alte state membre prin intermediul unui sistem de schimb automat și obligatoriu de informații. În acest context, autoritățile vor trebui să introducă informațiile comunicate într-un registru central la care toate statele membre vor avea acces deplin. Comisia va avea un acces limitat la acest registru, pentru a se asigura că poate fi suficient de informată pentru a monitoriza funcționarea directivei.

Implicarea UE în ceea ce privește comunicarea informațiilor ar aduce o valoare adăugată, față de inițiativele individuale ale statelor membre în acest domeniu. Aceasta se datorează faptului că, mai ales dacă este însoțită de un schimb de informații, comunicarea informațiilor cu privire la modalitățile transfrontaliere de planificare fiscală potențial agresivă va permite administrațiilor fiscale să obțină o imagine completă a impactului tranzacțiilor transfrontaliere asupra bazei de impozitare generale.

În furnizarea de informații statele membre exceptează informațiile care ar conduce la divulgarea unui secret comercial, industrial sau profesional sau a unui procedeu comercial ori la o divulgare de informații care ar contraveni politicii publice.

⁹Directiva (UE) 2016/881 a Consiliului din 25 mai 2016 de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 146/8 din 3.6.2016.

¹⁰ **Propunere de Directivă a Consiliului de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal în legătură cu modalitățile transfrontaliere raportabile COM(2017)0335 final - 2017/0138 (CNS), 21.6.2017**

În ceea ce privește poziția României cu privire la această propunere de directivă, Parlamentul României și-a exprimat opinia¹¹ în sensul că apreciază acest demers, considerând că acțiunea la nivelul UE în ceea ce privește comunicarea informațiilor ar aduce o valoare adăugată, față de inițiativele individuale ale statelor membre în acest domeniu. Aceasta se datorează faptului că, mai ales atunci când este însoțită de un schimb de informații, comunicarea informațiilor cu privire la modalitățile de planificare fiscală potențial agresivă va permite administrațiilor fiscale să obțină o imagine completă a impactului tranzacțiilor transfrontaliere asupra bazei de impozitare generale. Astfel, UE se găsește într-o poziție mai bună decât orice stat membru individual în ceea ce privește asigurarea eficacității și integralității sistemului de schimb de informații.

România apreciază că sporirea transparenței este un pilon principal al strategiei de combatere a evitării obligațiilor fiscale și a evaziunii fiscale, iar schimbul de informații între administrațiile fiscale este esențial pentru a le furniza acestora informațiile necesare în vederea realizării cu eficiență a sarcinilor care le revin.

III. Aplicarea Regulamentului general privind protecția datelor nr. 2016/679¹² în cazul schimbului automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal

Consiliul Uniunii Europene¹³ a apreciat că schimbul automat obligatoriu de rapoarte pentru fiecare țară în parte între statele membre ar trebui să includă, în fiecare caz, comunicarea unui set definit de informații de bază care ar urma să fie accesibile statelor membre în care, pe baza informațiilor din raportul pentru fiecare țară în parte, una sau mai multe entități ale grupului de întreprinderi multinaționale fie își au rezidența fiscală, fie sunt supuse impozitării pentru activitățile economice desfășurate prin intermediul unui sediu permanent al unui grup de întreprinderi multinaționale.

Comisia ar trebui să aibă, de asemenea, acces la informațiile transferate între autoritățile fiscale ale statelor membre, pentru asigurarea respectării dispozițiilor relevante în domeniul concurenței, să trateze informațiile ca având caracter confidențial și să ia toate măsurile corespunzătoare pentru a proteja respectivele informații.

În doctrina recentă s-a apreciat că amploarea colectării și a schimbului de date cu caracter personal a crescut semnificativ odată cu dezvoltarea tehnologică, îmbunătățirea relațiilor dintre state la nivel mondial și cu deschiderea tot mai facilă a granițelor. Drept consecință și proporțional cu realitățile mai sus menționate, nevoia asigurării unui nivel din ce în ce mai ridicat de protecție a datelor cu caracter personal a crescut semnificativ.

Relevantă este însăși situația din Uniunea Europeană, unde schimbul de date cu caracter personal între actorii publici și cei privați inclusiv persoanele fizice, întreprinderi și asociații s-a intensificat considerabil în ultimii ani odată cu evoluția tehnologiei. Conform dreptului UE, autoritățile naționale din statele membre sunt chemate să efectueze schimburi de date cu caracter personal pentru a-și îndeplini atribuțiile ori pentru a exercita sarcini în numele unei autorități dintr-un alt stat membru¹⁴.

În propunerea de Directivă a Consiliului de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal în legătură cu modalitățile transfrontaliere raportabile, se arată la considerentul (16) din preambul că Autoritatea Europeană pentru Protecția Datelor a fost consultată în conformitate cu articolul 28 alineatul (2) din Regulamentul (CE) nr. 45/2001 al Parlamentului European și al Consiliului¹⁵. Orice prelucrare a datelor cu caracter personal efectuată în cadrul acestei directive trebuie să fie în conformitate cu Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului¹⁶ și cu Regulamentul (CE) nr. 45/2001.

De asemenea, considerentul 27 din Directiva 2011/16/UE arată că toate schimburile de informații menționate în directivă fac obiectul dispozițiilor de punere în aplicare a Directivei 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date (2) și a Regulamentului (CE) nr. 45/2001 al Parlamentului European și al Consiliului din 18 decembrie 2000 privind protecția persoanelor fizice cu privire la prelucrarea datelor

¹¹Hotărârea Senatul nr. 104/2017 din 26 septembrie 2017 privind Propunerea de Directivă a Consiliului de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal în legătură cu modalitățile transfrontaliere raportabile - COM (2017) 335 final, publicată în Monitorul Oficial al României nr.778 din 2 octombrie 2017.

¹² **Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor) publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 119 din 4.5.2016**

¹³Parlamentul European, Schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal , P8_TA(2016)0221, Rezoluția legislativă a Parlamentului European din 12 mai 2016 referitoare la propunerea de directivă a Consiliului de modificare a Directivei 2011/16/UE în ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal (COM(2016)0025 – C8-0030/2016 – 2016/0010(CNS)).

¹⁴Ploșteanu Nicolae-Dragoș , Andrei Mariș, *Viziunea Regulamentului General privind protecția datelor personale 679/2016(RGDP) într-o societate digitală*, publicat în volumul Protecția datelor cu caracter personal, coord. Irina Alexe, Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Daniel-Mihail Șandru, Editura Universitară, București, 2017, pp.77-127, p.87.

¹⁵Regulamentul (CE) nr. 45/2001 al Parlamentului European și al Consiliului din 18 decembrie 2000 privind protecția persoanelor fizice cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal de către instituțiile și organele comunitare și privind libera circulație a acestor date, publicat în JO L 8, 12.1.2001, p. 1.

¹⁶Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, publicat în JO L 281, 3.11.1995, p. 31.

cu caracter personal de către instituțiile și organele comunitare și privind libera circulație a acestor date. Cu toate acestea, directiva arată că este oportun să se ia în considerare limitarea anumitor drepturi și obligații prevăzute de Directiva 95/46/CE, pentru a proteja interesele menționate la articolul 13 alineatul (1) litera (e) din directiva menționată. Această limitare este necesară și proporțională, având în vedere pierderile potențiale de venituri pentru statele membre și importanța crucială a informațiilor care fac obiectul prezentei directive în combaterea eficientă a fraudei.

În Cauza C-201/14 Bara și alții¹⁷, CJUE a apreciat că art.10, 11 și 13 din Directiva 95/46 trebuie interpretate în sensul că se opun unor măsuri naționale precum cele care permit unei autorități administrative publice a unui stat membru să transmit date personale unei alte autorități publice a administrației publice și prelucrarea lor ulterioară, fără ca persoanele vizate să fi fost informate despre această transmitere sau prelucrare.

Regulamentul (UE) 2016/679 care se va aplica, în mod direct, începând cu data de 25 mai 2018, în toate statele membre ale Uniunii Europene va abrogă Directiva 95/46/CE, astfel că toate trimiterile la acest act normativ se interpretează ca trimiteri la Regulamentul (UE) 2016/679.

La considerentul 17 din Regulament se face referire la Regulamentul (CE) nr. 45/2001 al Parlamentului European și al Consiliului, în sensul că acesta se aplică prelucrării de date cu caracter personal de către instituțiile, organele, oficiile și agențiile Uniunii, considerându-se că Regulamentul (CE) nr. 45/2001 și alte acte juridice ale Uniunii aplicabile unei asemenea prelucrări a datelor cu caracter personal ar trebui adaptate la principiile și normele stabilite în Regulamentul (UE) 2016/679 și aplicate în conformitate cu acest regulament. În vederea asigurării unui cadru solid și coerent în materie de protecție a datelor în Uniune, ar trebui ca după adoptarea regulament general privind protecția datelor să se aducă Regulamentului (CE) nr. 45/2001 adaptările necesare, astfel încât acestea să poată fi aplicate odată cu noul regulament.

Așa cum s-a apreciat și în doctrina juridică de dată recentă¹⁸, subliniind importanța reglementărilor anterioare, preambulul Regulamentului (UE) 2016/679 creionează punctele slabe (vulnerabilitățile) ale protecției datelor pe fondul expansiunii informaționale, dificil de controlat, în condițiile Directivei 95/46/CE. Această directivă a urmărit, la epoca respectivă, armonizarea protecției drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor care le privesc și asigurarea liberei circulații a datelor personale între statele membre.

Meritele Directivei 95/46/CE sunt incontestabile, în ce privește obiectivele pe care și le-a stabilit și principiile pe care le-a trasat. Adăugăm că a constituit o reglementare cu consecințe vizibile în legislațiile statelor membre, pentru o epocă în care digitalizarea era la debut. Totuși – observă considerentul 9 al Regulamentului – Directiva nu a putut să evite fragmentarea regimului de protecție a datelor personale în cadrul Uniunii, o anume insecuritate juridică și sentimentul că subzistă riscuri importante în ceea ce privește ocrotirea persoanelor fizice, mai ales în mediul online.

Adoptarea noului Regulament răspunde necesității de a institui protecția efectivă a datelor cu caracter personal, de a consolida drepturile persoanelor vizate, de a controla respectarea regulilor de protecție și, după caz, de a sancționa violarea acestora.

În ceea ce privește cooperarea dintre statele membre ale Uniunii Europene prin schimb de informații, în Regulamentul general privind protecția datelor 2016/679 se arată în preambulul său, la considerentul 5, că integrarea economică și socială care rezultă din funcționarea pieței interne a condus la o creștere substanțială a fluxurilor transfrontaliere de date cu caracter personal. Schimbul de date cu caracter personal între actori publici și privați, inclusiv persoane fizice, asociații și întreprinderi, s-a intensificat în întreaga Uniune. **Conform dreptului Uniunii, autoritățile naționale din statele membre sunt chemate să coopereze și să facă schimb de date cu caracter personal pentru a putea să își îndeplinească atribuțiile sau să execute sarcini în numele unei autorități dintr-un alt stat membru.**

„Datele cu caracter personal” reprezintă, în accepțiunea regulamentului, orice informații privind o persoană fizică identificată sau identificabilă („persoana vizată”); o persoană fizică identificabilă este o persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în special prin referire la un element de identificare, cum ar fi un nume, un număr de identificare, date de localizare, un identificator online, sau la unul sau mai multe elemente specifice, proprii identității sale fizice, fiziologice, genetice, psihice, economice, culturale sau sociale.

„Prelucrare” înseamnă orice operațiune sau set de operațiuni efectuate asupra datelor cu caracter personal sau asupra seturilor de date cu caracter personal, cu sau fără utilizarea de mijloace automatizate, cum ar fi colectarea, înregistrarea, organizarea, structurarea, stocarea, adaptarea sau modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, divulgarea prin transmitere, diseminarea sau punerea la dispoziție în orice alt mod, alinierea sau combinarea, restricționarea, ștergerea sau distrugerea.

¹⁷ Hotărârea din 1 octombrie 2015, *Bara și alții*, cauza C-201/14, cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Cluj. Pentru mai multe detalii a se vedea, Daniel-Mihail Șandru, Constantin-Mihai Banu, Dragoș-Alin Călin, *Aplicarea și interpretarea Directivei 95/46 de către instanțele române. Tipologii și consecințe juridice*, publicat în volumul *Protecția datelor cu caracter personal*, coord. Irina Alexe, Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Daniel-Mihail Șandru, Editura Universitară, București, 2017, pp.41-77, p.45.

¹⁸ Juguștru Călina, *Reforma europeană în materia datelor cu caracter personal. Regulamentul (UE) 2016/679 (I)*. Revista „Dreptul” nr. 06/2017, pp.9-41, p.11.

La pct.9 al art.4 din regulament este definită noțiunea de „destinatar”, care înseamnă persoana fizică sau juridică, **autoritatea publică**, agenția sau alt organism căreia (căruia) îi sunt divulgate datele cu caracter personal, indiferent dacă este sau nu o parte terță. **Cu toate acestea, autoritățile publice cărora li se pot comunica date cu caracter personal în cadrul unei anumite anchete în conformitate cu dreptul Uniunii sau cu dreptul intern nu sunt considerate destinatari**; prelucrarea acestor date de către autoritățile publice respective respectă normele aplicabile în materie de protecție a datelor, în conformitate cu scopurile prelucrării.

Astfel, în preambul, **la considerentul 31**, Regulamentul general privind protecția datelor 2016/679, dispune că autoritățile publice cărora le sunt divulgate date cu caracter personal în conformitate cu o obligație legală în vederea exercitării funcției lor oficiale, cum ar fi **autoritățile fiscale și vamale**, unitățile de investigare financiară, autoritățile administrative independente sau autoritățile piețelor financiare responsabile de reglementarea și supravegherea piețelor titlurilor de valoare, **nu ar trebui să fie considerate destinatari în cazul în care primesc date cu caracter personal care sunt necesare pentru efectuarea unei anumite anchete de interes general, în conformitate cu dreptul Uniunii sau cel al statelor membre**. Cererile de divulgare trimise de autoritățile publice ar trebui să fie întotdeauna prezentate în scris, motivate și ocazionale și nu ar trebui să se refere la un sistem de evidență în totalitate sau să conducă la interconectarea sistemelor de evidență. Prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile publice respective ar trebui să respecte normele aplicabile în materie de protecție a datelor în conformitate cu scopurile prelucrării.

Cu privire la transferul de date, **la considerentele 111 și 112** din preambul se prevede posibilitatea de a se efectua transferuri în anumite circumstanțe în care persoana vizată și-a dat consimțământul explicit, în care transferul este ocazional și necesar în legătură cu un contract sau cu o acțiune în justiție, indiferent dacă este în contextul unei proceduri judiciare sau în contextul unei proceduri administrative sau extrajudiciare, inclusiv în cadrul procedurilor înaintate organismelor de reglementare. De asemenea, se prevede posibilitatea de a se efectua transferuri în cazul în care motive importante de interes public stabilite de dreptul Uniunii sau de dreptul intern impun acest lucru sau în cazul în care transferul se efectuează dintr-un registru instituit prin lege și destinat să fie consultat de către public sau de către persoane care au un interes legitim. În acest ultim caz, un astfel de transfer nu ar trebui să implice totalitatea datelor cu caracter personal sau ansamblul categoriilor de date conținute în registru, iar atunci când registrul este destinat să fie consultat de persoane care au un interes legitim, transferul ar trebui să fie efectuat doar la cererea persoanelor respective sau dacă acestea sunt destinatarii, luând pe deplin în considerare interesele și drepturile fundamentale ale persoanei vizate.

Aceste derogări se aplică, în special, transferurilor de date solicitate și necesare din considerente importante de interes public, de exemplu în cazul schimbului internațional de date între autoritățile din domeniul concurenței, administrațiile fiscale sau vamale, între autoritățile de supraveghere financiară, între serviciile competente în materie de securitate socială sau de sănătate publică.

Ca urmare, Regulamentul nu se aplică prelucrărilor de date cu caracter personal efectuate de instituțiile, organele și organisme ale Uniunii Europene. Aceste categorii de date personale sunt monitorizate separat, potrivit dispozițiilor Regulamentului nr. 45/2001, care, la rândul său, urmează a fi adaptat principiilor noului Regulament nr. 2016/679.

De asemenea, în doctrină¹⁹ s-a apreciat că instituțiile publice, autoritățile sau organisme publice ale statelor membre UE se află sub incidența prevederilor Regulamentului (UE) 2016/679 cu privire la operațiunile de prelucrare a datelor cu caracter personal pe care le realizează, cu excepția situațiilor sau cazurilor expres prevăzute de Regulament (cum ar fi activitățile de prelucrare realizate în cadrul activităților de prevenire sau investigare a faptelor incriminate de legea penală).

Și într-o opinie optimistă, întrucât armonizează exhaustiv varii materii aflate în legătură cu protecția datelor cu caracter personal, Regulamentul (UE) 2016/679 va avea consecințe semnificative în practică. Neîndoielnic, el va uniformiza practica din statele membre²⁰.

Concluzii

Așa cum am arătat mai sus, statele membre ale Uniunii Europene au aprobat mai multe directive menite să îmbunătățească transparența în domeniul taxelor și impozitelor, printr-un schimb de informații transfrontaliere, pentru a evita evaziunea și constituirea unor carteluri pentru controlul prețurilor.

În trecut statele schimbau foarte puține informații cu privire la regulile proprii de taxare. Astfel, în virtutea principiului suveranității fiscale naționale, era la discreția fiecărui stat să decidă care sunt aspectele relevante pentru alte state în privința taxării și care nu. De aceea, lipsa de transparență în domeniu a fost exploată de anumite companii

¹⁹Maxim Marioara, *Noutăți privind responsabilul de protecția datelor personale în contextul Regulamentului General (UE) 2016/679 privind Protecția Datelor*, Revista Română de Drept Privat nr.3/2017, pp.395-410, pp.398, 400

²⁰Alexe Irina, Constantin Banu, *De la directivă la regulament în reglementarea protecției datelor cu caracter personal la nivelul Uniunii Europene*, publicat în volumul *Protecția datelor cu caracter personal*, coord. Irina Alexe, Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Daniel-Mihail Șandru, Editura Universitară, București, 2017, pp.14-40, p.29.

pentru a plăti taxe mai mici. Pentru a elimina aceste nereguli, statele membre au fost obligate și, implicit ajutate, prin directive să facă un schimb automat de informații extins în domeniul fiscal.

Prin adoptarea Directivei 2011/16/UE și a directivelor ulterioare care au modificat-o și completat-o s-a dorit instaurarea încrederii între statele membre și crearea unui cadru propice unei cooperări solide care să le permită o mai bună combatere a fraudei și evaziunii fiscale. Statelor membre li s-au oferit, astfel, prerogativele necesare unei cooperări eficiente la nivelul Uniunii Europene, în vederea contracarării efectelor negative ale globalizării.

Prin introducerea standardului privind schimbul automat de informații și, totodată, prin abolirea secretului bancar în scopuri fiscale la nivelul întregii Uniuni Europene, s-a impus statelor membre să schimbe între ele, în mod automat, o gamă largă de informații financiare, în concordanță cu noul standard global al OECD/G20 pentru schimbul automat de informații.

Astfel că s-a dorit ca schimbul automat obligatoriu de informații fără condiții preliminare să fie cea mai eficientă modalitate de îmbunătățire a evaluării corecte a taxelor și impozitelor în situații transfrontaliere și de combatere a fraudei.

Comisia Europeană a considerat că noile reglementări în domeniul schimbului automat de informații fiscale ar trebui să ducă la o cooperare mai extinsă între statele membre în privința problemelor legate de impozite și taxe și să descurajeze utilizarea frauduloasă a reglementărilor fiscale.

Aceste reglementări fiscale trebuie să respecte reglementările europene din domeniul protecției persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal, în sensul că prelucrarea datelor cu caracter personal efectuată în cadrul schimbului automat obligatoriu de informații în domeniul fiscal precum și raportările transfrontaliere de informații în baza Directivei 2011/16/UE trebuie să fie în conformitate cu Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului și cu Regulamentul (CE) nr. 45/2001, iar începând cu 25 mai 2018 să fie conforme cu prevederile noului Regulament (UE) 2016/679 care va fi aplicabil, în mod direct, în fiecare stat membru.

Însă, având în vedere importanța deosebită a informațiilor pentru combaterea eficientă a evaziunii și fraudei fiscale, așa cum se dispune prin Directiva 2011/16/UE, în domeniul schimbului automat de informații fiscale avem o limitare a anumitor drepturi și obligații prevăzute de Directiva 95/46/CE (respectiv, **Regulamentul (UE) 2016/679**), dictată de scopul protejării intereselor bugetare și fiscale ale statelor. În acest sens, se permite statelor membre să adopte măsuri legislative care ar restrânge domeniul acestor drepturi și obligații.

NOTIUNEA, ESENȚA ȘI REGLEMENTAREA CONCEPTULUI DE CONTROL BUGETAR

*Petruța Gabriela STROE**

Abstract: *The integration of Romania into the European Union supposed the alignment of national legislation with the *acquis communautaire* and the financial field confrontal with the necessity over time to adopt new normative acts and to modify the existing ones in this field, so as to allow for the implementation of much more current concepts of control, in accordance with the Union's standards and best practice.*

This study was meant to highlight the role of state control at general level and the role of budgetary control in the appropriate functioning of national economy, the main purpose of which in the knowledge of the competent institutions of the state how the state financial resources are managed and spent. Organizing and carrying out an effective budgetary control ensures the creation of a financial balance and the achievement of an economic and financial efficiency that leads to development of the national economy in permanent change.

Key words: *control; financial control; public audit; public external audit*

Din punct de vedere etimologic cuvântul „control”, provine din expresia latină „contra rolus” care înseamnă verificarea actului original după duplicatul care se încredințează în acest scop unei alte persoane.

În limba română, conform Dicționarului explicativ al limbii române cuvântul „control”, în accepțiunea lui semantică este definit ca reprezentând o „analiză permanentă sau periodică a unei activități, a unei situații etc. pentru a urmări mersul ei și pentru a lua măsuri de îmbunătățire”¹.

Statul, în calitatea sa de unic și principal realizator al tuturor activităților economice ce se desfășoară la nivel național sau chiar sectorial, prin instituțiile sale guvernamentale răspunde pentru o eventuală gestionare defectuoasă a resurselor financiare. Necesitatea permanentă pentru prevenirea și gestionarea unor astfel de situații, a condus la nevoia implementării unui sistem național de control, care a fost reglementat și îmbunătățit de-a lungul timpului, funcție de cerințele și politicile economice și financiare stabilite de fiecare stat, indiferent de forma de organizare. S-au creat astfel sisteme de control care au avut ca obiective principale, urmărirea continuă a funcționării unui sistem economico social, a performanțelor acestuia, fixate în raport de scopurile pe care și le-au propus, în vederea prevenirii unei disfuncționalități și în vederea eliminării abaterilor constatate.

Controlul, indiferent de forma acestuia, se organizează la nivel micro și macro economic, vizând întărirea ordinii, a disciplinei financiare, gospodărirea cât mai riguroasă a resurselor economice, prevenirea lipsurilor și deficiențelor existente în domeniul economico financiar, îndreptarea și, atunci când este cazul, sancționarea abaterilor depistate.

Astfel că, funcționarea corespunzătoare a oricărei activități, fie că este desfășurată la nivelul statului sau la nivelul unei instituții publice sau private, este condiționată de echilibrul care trebuie să existe între funcțiile manageriale, respectiv cea de prevedere, organizare, coordonare, comandă, evidență și control, toate aflate într-o dependență.

Controlul în sens larg este definit în mod concret în cuprinsul mai multor acte normative, sub diferite forme. Relevantă, însă cercetării prezente, ni s-a părut a fi definiția dată de textul Legii nr. 94/1992, privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi a României², cuprinsă în art. 2 lit. a conform căreia controlul reprezintă „activitatea prin care se verifică și se urmărește modul de respectare a legii privind constituirea, administrarea și utilizarea fondurilor publice.”

Având în vedere statutul de țară membră a Uniunii Europene a țării noastre, ni se pare potrivit a indica și definiția controlului regăsită în legislația secundară a Uniunii Europene, respectiv în Regulamentul Consiliului (Uniune, Euratom) nr. 966/2012, privind normele financiare aplicabil bugetului general al Uniunii³ unde controlul este definit în art. 2 lit. r ca fiind „orice măsură luată pentru a furniza o asigurare rezonabilă cu privire la eficacitatea, eficiența și economia de operațiuni, fiabilitatea informațiilor, protecția activelor și a informațiilor, prevenirea, depistarea și corectarea fraudelor și neregulilor și monitorizarea acestora, precum și buna gestionare a riscurilor legate de legalitatea și regularitatea tranzacțiilor aferente ... Controalele pot presupune diverse verificări, precum și punerea în aplicare a oricăror politici și proceduri în vederea atingerii obiectivelor menționate la prima teză”.

Totodată, Art. 1, al „Declarației de la Lima” privind principiile directorii ale controlului,⁴ stabilește următoarele: „controlul – nu este un scop în sine, ci o parte integrantă a unui sistem de reglementare, al cărui obiectiv este

* Doctorand; Universitatea „Spiru Haret” București; e-mail: gabryela24@yahoo.com

¹ Academia Română – Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Dicționarul Explicativ al Limbii Române – ediția a II -a, Editura Univers Enciclopedic, București, 1998, p. 221.

² Legea nr. 94/1994, privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 238 din 03.04.2014.

³ Publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L, 298 din data de 26.10.2012.

⁴ „Declarația de la Lima” adoptată în anul 1977 la cel de-al IX-lea Congres al Organizației Internaționale a Instituțiilor Supreme de Audit (INTOSAI) – organizație care cuprinde instituțiile supreme de audit din statele membre ale Organizației Națiunilor Unite, care emite standarde de audit, metodologii și asigură instruirea în domeniul auditului public.

descoperirea abaterilor de la standarde și a încălcărilor ale principiilor legalității, eficiența și economia de cheltuieli a resurselor materiale la etape începătoare, pentru a avea posibilitatea adoptării unor măsuri de corecție, în unele cazuri să tragă la răspundere persoanele vinovate, obținerea despăgubirilor pentru daune, sau să pună în aplicare măsuri pentru a preveni sau a reduce astfel de încălcări în viitor.”

În literatura juridică de specialitate există, firesc, o serie întreagă de definiții ale controlului în sens larg, însă ne-am oprit la cea mai actuală și mai completă, în opinia noastră, care înglobează toate elementele arătate anterior, cea a autorului Costăș F. C.⁵ potrivit căreia controlul este „acțiunea de verificare, periodică sau permanentă, prealabilă, concomitentă sau posterioară, desfășurată, de către organe special abilitate, asupra unor activități, în scopul stabilirii legalității sau oportunității operațiunilor material-tehnice sau a actelor emise de autoritățile administrative în domeniul financiar.”

Controlul bugetar, conceptul ce formează obiectul prezentului studiu, reprezintă o formă a controlului bănesc pe linia relațiilor bugetare existente la nivelul economiei naționale prin bugetul statului, iar la nivel local prin bugetele locale. Este o instituție complexă, prin care se exercită o supraveghere asupra modului de constituire și folosire a resurselor financiare publice, acoperind o gamă largă de activități de verificare, atât din punct de vedere juridic, cât și contabil, a operațiunilor financiar contabile realizate de instituții cu formă de organizare juridică diferită.

Astfel că, părerea regăsită în literatura juridică de specialitate conform căreia acesta face parte din controlul economic, este bineînțeles întemeiată⁶.

Principalul scop al controlului bugetar îl constituie cunoașterea de către instituțiile abilitate ale statului a modului în care sunt gestionate și cheltuite resursele materiale și financiare puse la dispoziție de către stat, tinzându-se la atingerea unui echilibru financiar, deosebit de important pentru existența unei eficiențe economico financiare. Creerea unui dezechilibru putând duce la un buget excedentar, atunci când nivelul veniturilor depășește cuantumul cheltuielilor sau la un buget deficitar, atunci când totalul cheltuielilor depășește veniturile.

Așadar, reprezintă un mijloc de prevenire și identificare a faptelor de natură ilegală, prin care se tinde la constatarea deficiențelor și a măsurilor care se impun a fi luate în vederea restabilirii legalității, precum și combaterea fraudelor.

Din cele prezentate mai sus, rezultă faptul că, așa cum era evident, controlul bugetar, vizează doar instituțiile publice, fiind denumit în sursele doctrinare și legale ca și control financiar/audit public, fiind un ansamblu format din controlul financiar intern/managerial și control financiar preventiv, auditul public intern și auditul public extern, cuprinzând totodată și controlul fiscal⁷.

Controlul bugetar se desfășoară pe parcursul derulării întregului proces bugetar, care, conform dispozițiilor legale, trece prin mai multe etape consecutive, și anume: elaborarea proiectului de buget, aprobarea, executarea, controlul și raportarea bugetului, care se încheie cu aprobarea contului general de execuție.

Formarea, administrarea și întrebuințarea resurselor publice, în funcție de organele împuternicite cu exercitarea controlului, cărora le revin prin lege răspunderi specifice⁸, este supusă unei game ample de control.

Conform mai multor opinii întâlnite în materia dreptului financiar public⁹, în funcție de instituțiile abilitate cu efectuarea acestuia poate fi: control politic, control administrativ și control judiciar.

Controlul politic este exercitat evident de puterea legislativă, respectiv de către Parlament care conform dispozițiilor legale¹⁰ exercită un control legislativ prin dezbaterea, aprobarea bugetului și adoptarea legii bugetare anuale.

Totodată, exercită un control și atunci când aprobă contul general anual de execuție bugetară.

⁵ Costăș Flavius Cosmin. *Drept Financiar*, Editura Universul Juridic, București, 2016. p 167.

⁶ Șaguna D.D. *Drept financiar și fiscal. Tratat*, Editura Eminescu, București, 2000. p 330.

⁷ Conform art. 113 din Codul de procedură fiscală (Legea nr. 207/20.07.2015, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 547 din 23.07.2015) controlul fiscal, vizează verificarea legalității și conformității declarațiilor fiscale, corectitudinii și exactității îndeplinirii obligațiilor în legătură cu stabilirea obligațiilor fiscale de către contribuabil/plătitor, respectării prevederilor legislației fiscale și contabile, verificarea sau stabilirea, după caz, a bazelor de impozitare și a situațiilor de fapt aferente, stabilirea diferențelor de obligații fiscale principale. De precizat că inspecția fiscală este forma prin care se realizează controlul fiscal. Rezultă astfel că între controlul financiar și controlul fiscal există diferențieri clare, din punct de vedere al reglementării, al obiectului cât și al organelor care se ocupă de efectuarea celor două tipuri de control.

⁸ A se vedea și Legea responsabilității fiscal-bugetare nr.69/2010, republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 330 din 15.05.2015, care stabilește în sarcina statului, prin organele abilitate, o serie întreagă de obiective de politică fiscal-bugetară, respectiv: menținerea datoriei publice la un nivel sustenabil pe termen mediu și lung; gestionarea prudentă a resurselor și a obligațiilor asumate ale sectorului public și a riscurilor fiscal-bugetare; menținerea unui nivel adecvat al resurselor și a obligațiilor asumate ale sectorului public și a riscurilor fiscal-bugetare; menținerea unui nivel adecvat al resurselor bugetare pentru plata serviciului datoriei publice; asigurarea predictibilității nivelului cotelor și bazelor de impozitare sau taxare. Nerespectarea acestor obiective, prin încălcarea responsabilităților stabilite de lege conduce la atragerea răspunderii.

⁹ Condor I., Mutulescu A., *Drept financiar*, Editura Fundației România de Măine, București, 2014. p. 151-154; Stancu R., *Drept financiar și fiscal*, Editura Fundației România de Măine, București, 2007, p.207.

¹⁰ Legea nr. 500/2002, privind finanțele publice, cu modificările și completările ulterioare, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 597 din 13.08.2002.

Totuși, „efectuarea controlului numai asupra contului general anual de execuție a bugetului ar însemna limitarea acestei operațiuni la o comparație a unor rezultate sintetice cuprinse în acest document financiar. Un astfel de control ar fi limitat și superficial. De aceea, s-a simțit nevoia instituirii unui control detaliat asupra conturilor ordonatorilor de credite și a documentelor justificative care au stat la baza operațiunilor bugetare.”¹¹ Astfel că, pe lângă Parlament a fost constituită în conformitate cu dispozițiile constituționale o instituție - Curtea de Conturi a României - care să exercite un control de specialitate „asupra modului de formare, de administrare și întrebuințare a resurselor financiare ale statului și ale sectorului public”¹², desfășurat cu respectarea prevederilor Legii nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi.

Urmare exercitării funcției sale, art. 21 din legea arată că aceasta furnizează Parlamentului rapoarte publice anuale privind utilizarea și administrarea resurselor publice în conformitate cu principiile legalității, regularității, economicității, eficienței și eficacității, cuprinzând neregulile constatate și măsurile de tragere la răspundere. Atunci când se constată existența unor fapte pentru care există indicii că au fost săvârșite cu încălcarea legii penale, sesizează organele abilitate de urmărire penală pentru asigurarea valorificării constatărilor și informează entitățile verificate. Raportul anual se publică în Monitorul Oficial al României, Partea a III a.

De asemenea, Curtea de Conturi, poate întocmi rapoarte de audit la solicitarea Camerei Deputaților sau a Senatului privind modul de gestionare a resurselor publice la nivelul diverselor instituții.

Controlul administrativ, se realizează potrivit legii finanțelor publice, de către Guvern, căruia în temeiul dispozițiilor art. 18 alin. (2) lit. c din Legii nr. 500/2002, privind finanțele publice locale, îi revine obligația de a asigura „exercitarea conducerii generale a activității executive în domeniul finanțelor publice, scop în care examinează periodic evoluția bugetară și stabilește măsuri pentru îmbunătățirea echilibrului bugetar.”

Ministerul Finanțelor Publice, aflat în subordinea Guvernului, în calitate sa de organ de specialitate al administrației publice centrale, prin intermediul organelor sale, efectuează un control administrativ financiar specializat, prin care asigură cheltuirea cu eficiență a resurselor financiare.

Alături de Ministerul Finanțelor Publice și instituțiile subordonate acestuia, pot efectua un control ierarhic administrativ și ordonatorii principali de credite bugetare în interiorul fiecărei instituții asupra modului cum aceste credite sunt consumate de către subordonați.

Controlul judiciar are ca scop tragerea la răspundere pentru modul defectuos în care este administrat și gestionat patrimoniul public.

Așa cum bine este cunoscut, până în anul 2003, competența de soluționare a acestor litigii revenea Curții de Conturi, aceasta fiind singura instituție abilitată în acest sens. Însă, prin modificările aduse Constituției României cu ocazia revizuirii acesteia în anul 2003¹³, atribuțiile jurisdicționale ale Curții de Conturi au fost înlăturate, iar controlul judiciar a fost încredințat conform art. 140 alin. (1) „instanțelor specializate”. Același lucru precizează și legea Curții de Conturi în cuprinsul art. 1 alin. (4) „litigiile rezultate din activitatea Curții de Conturi se soluționează de instanțele judecătorești specializate”.

Textul art. 155 alin. (6) din legea fundamentală stabilește că, până la înființarea instanțelor judecătorești specializate „litigiile rezultate din activitatea Curții de Conturi vor fi soluționate de către instanțele judecătorești ordinare”. Această normă constituțională, s-a dorit a fi una cu caracter tranzitoriu, ținând cont și de faptul că art. 155 alin. (6) este situat în ultimul titlu al Constituției cu denumirea „Dispoziții finale și tranzitorii”, urmând a se înființa tribunalele specializate care să soluționeze astfel de litigii.

Având în vedere faptul că aceste instanțe specializate nu au fost înființate nici până în prezent, litigiile arătate sunt soluționate în continuare de instanțele ordinare, respectiv secțiile de contencios administrativ și fiscal ale tribunalelor, curților de apel și Înaltei Curți de Casație și Justiție, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ¹⁴.

Apreciem, și în opinia noastră, așa cum de altfel a mai fost arătat în literatura de specialitate¹⁵, că se impune în continuare, înființarea cât mai urgentă a unor instanțe specializate, chiar dacă acest lucru a trenat din anul 2003 până acum, având în vedere caracterul deosebit din punct de vedere al reglementării și al specificității aparte a litigiilor ce rezultă din activitatea de control/audit a Curții de Conturi.

Cadrul normativ

În contextul integrării României la Uniunea Europeană și al asumării angajamentelor privitoare la alinierea legislației din domeniul financiar fiscal existente în țara noastră, la acquis-ul comunitar, s-a impus, de-a lungul timpului

¹¹ Condor I., *Dreptul finanțelor publice*, Editura Fundației România de Măine, București, 2006, p. 155.

¹² Art. 1 alin. (1) Legea nr. 94/1992, privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi.

¹³ Constituția României, în forma inițială a fost adoptată în ședința Adunării Constituante din 21.11.1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 233 din 21.11.1991. Revizuită prin, Legea de revizuire nr. 429/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758 din 29.10.2003. În urma revizuirii Constituția României a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 767 din 31.10.2003.

¹⁴ Legea nr. 554/2004, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 1154 din 07.12.2004, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁵ A se vedea Vedinaș V., Duță M., Gentimir C. V., *Reflecții privind cadrul constituțional de reglementare al Curții de Conturi a României*, Revista Curții de Conturi a României, nr. 7, 2014. <http://www.curteadeconturi.ro/Publicatii/CCR7micRo.pdf>

modificarea actelor normative existente deja și chiar adoptarea unora noi¹⁶ care să permită implementarea unor concepte la nivelul controlului conform standardelor și bunelor practici ale Uniunii.

Evoluția relațiilor economice și permanenta dezvoltare a economiei de piață, a condus la apariția unor diferite tipologii de control, cadrul reglementar modificându-se continuu.

Instituția controlului bugetar se regăsește într-o serie întreagă de acte normative care vizează aspecte ce pleacă de la definirea conceptelor în materie, reglementarea principiilor ce trebuie să stea la baza acestei activități, organizarea și stabilirea procedurilor după care se desfășoară, atribuțiile speciale, precum și responsabilitățile în măsura nerespectării prevederilor legale.

Prezentul studiu nu își propune însă să trateze problematica amplă din reglementările specifice ci doar să facă o prezentare succintă a noțiunilor la care am făcut referire pe parcursul textului și anume control financiar intern/managerial, control financiar preventiv, audit public intern și audit public extern, astfel cum acestea sunt regăsite în cuprinsul actelor normative.

1. Ordonanța Guvernului nr. 119/1999, privind controlul intern și controlul financiar preventiv (propriu și delegat)¹⁷, tratează controlul intern/managerial, inclusiv controlul financiar preventiv la entitățile publice, cu privire la utilizarea fondurilor publice și administrarea patrimoniului public cu eficiență, eficacitate și economicitate. De precizat că sintagma inițială de „control intern”, a fost înlocuită, în temeiul legii¹⁸, cu cea de „control intern/managerial”.

Noțiunea de control intern managerial, a fost una dintre formele de control create și promovate de Comisia Europeană, în cadrul procedurilor și sistemelor pe care trebuie să le adopte, țările care aderă să facă parte din Uniunea Europeană pentru adaptarea modelelor structurale și operaționale ce vor fi utilizate în aplicarea practicilor din cadrul Uniunii, pentru instituirea unei bune guvernări în sectorul public.

Controlul intern/managerial vizează doar entități publice, respectiv, autorități publice, instituții publice, companii/societăți naționale, regii autonome, societăți comerciale la care statul sau o unitate administrativ teritorială este acționar majoritar, cu personalitate juridică, care utilizează/administrează fonduri publice și/sau patrimoniu public.

Potrivit definiției legale a controlului intern/managerial, care se regăsește în art. 2 lit. d din Ordonanța Guvernului nr. 119/1999, republicată, acesta reprezintă „ansamblul formelor de control exercitate la nivelul entității publice, inclusiv auditul intern, stabilite de conducere în concordanță cu obiectivele acesteia și cu reglementările legale, în vederea asigurării administrării fondurilor în mod economic, eficient și eficace; acesta include, de asemenea, structurile organizatorice, metodele și procedurile.”

Alături de controlul intern/managerial Ordonanța Guvernului nr. 119/1999 reglementează și controlul financiar preventiv conform art. 2 lit. c din O.G. 119/1999, precum și a art. 23 din Legea nr. 500/2002, privind finanțele publice, este acea „activitate prin care se verifică legalitatea și regularitatea operațiunilor efectuate pe seama fondurilor publice sau a patrimoniului public, înainte de aprobarea acestora”.

Obiectivele generale ale controlului intern stabilite de art. 2 al ordonanței sunt: „realizarea, la nivel corespunzător de calitate, a atribuțiilor instituțiilor publice, stabilite în concordanță cu propria lor misiune, în condițiile de regularitate, eficacitate, economicitate și eficiență; protejarea fondurilor publice împotriva pierderilor datorate erorii, risipei, abuzului sau fraudei; respectarea legii, a reglementărilor și deciziilor conduceri; dezvoltarea și întreținerea unor sisteme de colectare, stocare, prelucrare, actualizare și difuzare a datelor și informațiilor financiare și de conducere, precum și a unor sisteme și proceduri de informare publică adecvată prin rapoarte periodice”.

Din cele arătate, se desprinde cu ușurință faptul că organizarea și responsabilitatea controlului intern managerial aparține conducerii entității publice.

Scopul controlului intern managerial, privit în ansamblul său, este acela de a îmbunătăți activitatea unei instituții publice.

2. Legea nr. 672/2002 privind auditul public intern¹⁹, reglementează organizarea și exercitarea auditului public intern în entitățile publice.

Auditul, o noțiune introdusă destul de recent în România, a fost inspirată de noțiunea auditului public exercitat de către țările membre ale Uniunii Europene. La nivelul țărilor dezvoltate auditul intern fiind perceput ca o modalitate eficientă de promovare a unor obiective ale organizației.

În înțelesul Legii nr. 672/2002, termenul de audit public intern este definit ca reprezentând „activitatea funcțional independentă și obiectivă, de asigurare și consiliere, concepută să adauge valoare și să îmbunătățească activitățile

¹⁶ Legea privind auditul public intern nr. 672/2002; Ordonanța Guvernului nr. 119/1999, privind controlul intern și controlul financiar preventiv; Ordin nr. 400/2015 al secretarului general al Guvernului pentru aprobarea Codului controlului intern/managerial al entităților publice; revizuirea Constituției în anul 2003; modificarea Legii nr. 94/1992, privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi a României.

¹⁷ O.G. nr. 119/13.08.1999, privind controlul intern și controlul financiar preventiv, republicată, în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 799 din 12.11.2003, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁸ Art. II din Legea nr. 234/07.12.2010, pentru modificarea și completarea O.G. nr. 119/1999, privind controlul intern și controlul financiar preventiv, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 831 din 13.12.2010.

¹⁹ Legea nr. 672/19.12.2002 privind auditul public intern, republicată, în Monitorul Oficial al României nr. 856 din 05.11.2011.

entității publice; ajută entitatea publică să își îndeplinească obiectivele printr-o abordare sistematică și metodică, evaluează și îmbunătățește eficiența și eficacitatea managementului riscului, controlului și proceselor de guvernare.”

Auditul public intern se exercită asupra tuturor activităților desfășurate într-o entitate publică, inclusiv asupra activităților entităților subordonate, aflate în coordonarea sau sub autoritatea altor entități publice.

Tipurile de audit, așa cum sunt regăsite în textul art. 14, sunt următoarele: a) auditul de sistem, care reprezintă o evaluare de profunzime a sistemelor de conducere și control intern, cu scopul de a stabili dacă acestea funcționează economic, eficace și eficient, pentru identificarea deficiențelor și formularea de recomandări pentru corectarea acestora; b) auditul performanței, care examinează dacă criteriile stabilite pentru implementarea obiectivelor și sarcinilor entității publice sunt corecte pentru evaluarea rezultatelor și apreciază dacă rezultatele sunt conforme cu obiectivele; c) auditul de regularitate, care reprezintă examinarea acțiunilor asupra efectelor financiare pe seama fondurilor publice sau a patrimoniului public, sub aspectul respectării ansamblului principiilor, regulilor procedurale și metodologice care le sunt aplicabile.

Obiectivele auditului public intern sunt asigurarea consilierii, destinate îmbunătățirii managementului entităților publice, precum și sprijinirea acestora pentru atingerea obiectivelor propuse, printr-o abordare sistematică și metodică a modului de realizare a controlului și a proceselor administrării. Contribuția acestuia în ceea ce privește creșterea responsabilității entităților implicate în formarea și utilizarea fondurilor publice fiind de necontestat.

3. Auditul public extern, reprezintă activitatea independentă exercitată de organisme din afara entității publice auditate, desfășurată cu scopul asigurării cunoașterii modului în care sunt constituite și utilizate resursele publice, și include: auditul financiar și auditul performanței.

Auditul financiar este „activitatea prin care se urmărește dacă situațiile financiare sunt complete, reale și conforme cu legile și reglementările în vigoare, furnizându-se în acest sens o opinie”²⁰.

Auditul performanței reprezintă „evaluarea independentă a modului în care o entitate, un program, o activitate sau o operațiune funcționează din punctele de vedere ale eficienței, economicității și eficacității.”²¹

Auditorul extern al finanțelor publice din România, este Curtea de Conturi, instituția supremă de audit a țării, independentă din punct de vedere organizatoric, singura îndrituită în temeiul dispozițiilor legii sale de organizare și funcționare, să exercite funcția de control asupra modului de formare, de administrare și de întrebuintare a resurselor financiare ale statului și ale sectorului public, având ca principal obiectiv dezvoltarea bunei gestiuni financiare.

Funcția de control se realizează prin proceduri de audit public extern, desfășurat după proceduri de audit prevăzute în standarde proprii, elaborate în conformitate cu standardele de audit internaționale general acceptate.

Activitatea Curții de Conturi este de altfel reglementată și de o serie întreagă de alte Regulamente interne, Standarde, manuale și ghiduri de audit, toate de natură a asigura un control/audit performant.

Activitatea Curții de Conturi se concretizează în rapoarte de audit, furnizând astfel Parlamentului, respectiv unităților administrativ-teritoriale informații concrete privind utilizarea și administrarea resurselor financiare ale statului și sectorului public, în conformitate cu principiile legalității, regularității, economicității, eficienței și eficacității.

În conformitate cu dispozițiile legii de organizare a Curții de Conturi și ale Regulamentului privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități²², măsurile dispuse prin actele de control/audit ale departamentelor și camerelor de conturi pot fi atacate, de către conducătorul entității verificate prin formularea de contestații adresate Curții de Conturi. Aceste contestații sunt înaintate spre soluționare comisiilor constituite în acest sens, care se pronunță asupra acestora prin emiterea unor încheierii.

Împotriva încheierilor nefavorabile, părțile interesate, pot formula cereri adresate instanțelor judecătorești competente.

În situația în care actele de control nu sunt contestate, entitățile verificate vor trebui să aducă la cunoștința Curții de Conturi, în termenele stabilite, modul în care au fost îndeplinite măsurile dispuse, Curtea urmând să verifice realitatea raportărilor.

Totuși, analizând rapoartele de activitate ale Curții de Conturi aferente anilor 2015, 2016 și 2017²³, se poate constata așa cum de altfel se precizează în cuprinsul acestora, că se menține o ”tendință generală de contestare, de către conducătorii entităților verificate, a actelor Curții de Conturi, întocmite ca urmare a acțiunilor de control/audit public”, rezultând astfel un număr important de litigii ce au ca obiect în principal cereri privind suspendarea executării actelor de control/audit și cereri prin care se solicită anularea actelor de control/audit.

²⁰ Art. 2 lit. c din Legea nr. 94/1992, privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi.

²¹ Art. 2 lit. d din Legea nr. 94/1992, privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi.

²² Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 547 din 24.07.2014.

²³ Raportul de activitate al Curții de Conturi 2015, Raportul de activitate al Curții de Conturi 2016, Raportul de activitate al Curții de Conturi 2017, <http://www.curteadeconturi.ro/Publicatii/Raport%20de%20activitate%202015.pdf>, <http://www.curteadeconturi.ro/Publicatii/Raportul%20de%20activitate%20pe%20anul%202016.pdf>, <http://www.curteadeconturi.ro/Publicatii/Raportul%20de%20activitate%20pe%20anul%202017.pdf>

Studiind comparativ situațiile prezentate în rapoartele întocmite de Curte, se poate observa că din totalul litigiilor soluționate definitiv de către instanțele de judecată la nivelul anilor 2015, 2016 și 2017, procesele câștigate de către Curtea de Conturi au avut un procentaj situat între 83%-86%, ceea ce denotă faptul că în general contestațiile nu sunt formulate pentru motive bine întemeiate.

Deasemenea, în ultimii 3 ani se poate observa o diminuare a numărului de litigii promovate în instanțele judecătorești, astfel dacă în cursul anului 2015, au fost înregistrate un număr de 2.708 litigii, în anul 2016, se poate observa diminuarea acestuia la 1.846 de litigii, iar în anul 2017 s-a ajuns la un număr de doar 1.595 de litigii.

Contestarea deciziilor Curții de Conturi nu face decât să influențeze negativ implementarea măsurilor dispuse, timpul de soluționare a proceselor întins pe o perioadă de timp destul de îndelungată întârziind punerea în aplicare a acestora, asumându-se anumite riscuri ce rezultă din neimplementarea măsurilor, având în vedere faptul că în general entitățile controlate nu au acționat întodeauna conform legislației în vigoare.

Curtea de Conturi, potrivit prerogativelor sale, ori de câte ori constată în urma activității de control/audit desfășurate că există indicii temeinice de săvârșire a unor fapte cu încălcarea legii penale, are obligația legală să sesizeze organele de urmărire penală pentru efectuarea de cercetări amănunțite care să conducă, evident, la recuperarea prejudiciilor produse bugetului de stat.

Astfel, că în cursul anului 2017, ”pentru prejudiciile identificate și consemnate în actele de audit și control aferente anului financiar 2016, Curtea de Conturi a formulat un număr de 127 sesizări către organele de urmărire penală, la cererea expresă a departamentelor și a camerelor de conturi. Sesizarea organelor de urmărire penală s-a făcut pentru fapte pentru care s-a apreciat că există indicii de natură penală, care privesc, în principal, posibile infracțiuni de corupție și asimilate faptelor de corupție, infracțiuni de serviciu, infracțiuni privind încălcarea legislației din domeniul finanțelor publice, achizițiilor publice, financiar-fiscale și contabile, precum și încălcarea unor obligații (angajamente investiționale) ale cumpărătorilor în cadrul procesului de privatizare.”²⁴

Concluzii

Statul prin intermediul reglementărilor juridice și-a creat pârgii numeroase prin care să poată verifica buna gestionare a resurselor publice, conceptul controlului bugetar prin ansamblul format din controlul financiar intern/managerial, control financiar preventiv, audit public intern și audit public extern având un rol deosebit de important pentru înlăturarea abaterilor de la legalitate și remedierea deficiențelor.

Cadrul normativ referitor la controlul bugetar a suferit pe parcursul timpului numeroase modificări, adaptări și implementări de concepte noi, preluate din țări mai dezvoltate din punct de vedere economic, toate pentru a preîntâmpina dificultățile apărute în procesul de gestionare și utilizare a resurselor financiare și a ajuta la folosirea responsabilă a acestora. Și în prezent se constată preocupările continue de adaptare a cadrului legal la cerințele/realitățile actuale, având în vedere că „orice reglementare este perfectibilă”.

Atragerea răspunderii față de încălcările legislației din domeniul financiar-fiscal, constituie de asemenea un deziderat important al funcției de control, fără de care scopul acestuia nu ar putea fi atins. Se recomandă ca sesizările rezultate în urma efectuării controlului/auditului, prin care s-a apreciat că sunt indicii de săvârșire a unor fapte de natură penală, să fie preluate prioritar de organele abilitate, astfel încât recuperarea prejudiciilor produse să se facă cu mai multă celeritate.

²⁴ Raportul de activitate al Curții de Conturi 2017, pg. 57.

CONSIDERAȚII ASUPRA CADRULUI LEGISLATIV ȘI INSTITUȚIONAL DIN ROMÂNIA CU PRIVIRE LA PRODUCEREA, COMERCIALIZAREA ȘI UTILIZAREA DRONELOR CIVILE ÎN CONTEXTUL REGLEMENTĂRIILOR EUROPENE ȘI INTERNAȚIONALE

Laura Magdalena TROCAN*

Abstract: *Unmanned aerial vehicles - drones, are the most important innovation in the military field in recent years. If, until recently the drones were used only in the theaters of war, their use in the civilian field has various uses, the drones industry being in rapid growth worldwide, given the extremely useful and immediate applications of these technologies in multiple domains. In Romania, although the drones market is at the beginning, forecasts are extremely favorable given the particular opportunities these technologies are shaping. In this context, it is necessary to develop the legislative and institutional framework in Romania regarding the production, marketing, registration and use of the drones in the national airspace, in order to accommodate the European and international trends, taking into account the possible evolutions of these technologies in future and with integrated safeguards related to the protection of privacy, personal data and the patrimony.*

Keywords: *drone; unmanned aircraft; civil aircraft; airspace; Civil Aviation Code*

I. Considerații generale. Vehiculele aeriene fără pilot - dronele¹, supranumite “ochii din cer”², reprezintă cea mai importantă inovație, realizată în ultimii ani, în domeniul militar³. Dacă, însă, până de curând, dronele erau utilizate doar în teatrele de război, în prezent, folosirea acestora în domeniul civil cunoaște diverse întrebunări⁴, industria dronelor fiind într-o ascensiune rapidă la nivel mondial având în vedere aplicațiile extrem de utile și imediate ale acestei tehnologii în domenii multiple⁵, motiv pentru care tot mai mulți furnizori de software și hardware pentru drone arată o lungă listă de clienți atât la nivel statal, cât și la cel al persoanelor fizice și juridice⁶. Astfel, utilizarea dronelor dobândește un rol tot mai important în supravegherea frontierelor, a traficului rutier, a condițiilor de desfășurare a întrunirilor publice sau a întâlnirilor de nivel înalt, a evenimentelor sportive, în acțiunile de ajutor în caz de dezastre și calamități (ex. detecția sau stingerea incendiilor de pădure, localizarea supraviețuitorilor unui cutremur, tsunami sau avalanșe), în serviciile de urgență, căutare și salvare⁷, în investigarea accidentelor⁸, în realizarea inspecțiilor de siguranță a aeronavelor, în agricultură cu privire la împrăștierea mai eficientă a îngrășămintelor sau a pesticidelor⁹ sau cu privire la monitorizarea stării culturilor agricole, în inspecțiile agricole¹⁰, dar și pentru ridicarea datelor necesare efectuării lucrărilor de cadastrare a terenurilor agricole și neagricole,

* Cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice “Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Conf. univ. dr., Universitatea „Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Facultatea de Științe ale Educației, Drept și Administrație Publică; e-mail: laura.trocan@gmail.com

¹ Aeronava fără pilot (engleză *unmanned aerial vehicle - UAV*), denumită și dronă, este un aparat de zbor cărui îi lipsește pilotul uman, fiind ghidat fie de către un pilot automat digital aflat la bordul său, fie prin telecomandă de la un centru de control de la sol sau care este situat în altă aeronavă, pilotată.

(https://ro.wikipedia.org/wiki/Aeronav%C4%83_f%C4%83r%C4%83_pilot)

² <http://namstare.ro/2016/05/10/dronele-ar-putea-inlocui-in-viitorul-apropiat-forta-de-munca-umana/>

³ Dronile militare sunt folosite pentru recunoaștere, supraveghere, spionaj sau în scop combativ. (https://ro.wikipedia.org/wiki/Aeronav%C4%83_f%C4%83r%C4%83_pilot).

⁴ <http://www.descopera.ro/stiinta/9249085-drona-ochiul-din-cer-care-vede-tot>

⁵ <http://stiintasitehnica.com/cu-dronele-nu-de-joaca-interviu-cu-prof-dr-ing-dan-tudose/>

⁶ <http://www.capital.ro/cum-vor-schimba-dronele-lumea-in-urmatorii-5-ani.html>

⁷ Cu ajutorul dronelor se pot duce echipamente, medicamente, apă, hrană în zone inaccesibile altor mijloace de transport.

⁸ Dronile au fost utilizate de japonezi în cazul centralei nucleare de la Fukushima, pentru evaluarea în condiții de siguranță a problemelor întâmpinate. (<http://www.descopera.ro/stiinta/9249085-drona-ochiul-din-cer-care-vede-tot>).

⁹ În Japonia, spre exemplu, în ultimii patru ani, au fost utilizate, în special, pentru erbicidarea culturilor agricole. După ce au constatat că sunt mai utile decât avioanele de mici dimensiuni care erbicidau de obicei, guvernul japonez a încheiat un parteneriat cu Yamaha pentru producția unor drone cu un design realizat special pentru acest scop”. (<http://www.teamnet.ro/ro/stiri/ascensiunea-dronelor/>).

¹⁰ În Uniunea Europeană există deja planuri pentru folosirea dronelor în scopul monitorizării modului de utilizare a subvențiilor de către agricultori. În 2011, Uniunea Europeană a plătit 44 de miliarde euro pentru subvențiile agricole, iar conform reglementărilor trebuie inspectate anual cel puțin 5% din suprafețele cultivate cu ajutorul acestor fonduri. Dacă inițial aceste inspecții erau efectuate de personal autorizat, tot mai multe țări au apelat la imaginile din satelit pentru a verifica dacă fermierii îndeplinesc condițiile pentru acordarea subvențiilor și apoi dacă le folosesc conform condițiilor stabilite. Inspecțiile din satelit sunt de 3 ori mai ieftine decât cele efectuate la fața locului de inspectori, astfel că, în 2010, peste 70% dintre verificări au fost realizate cu ajutorul imaginilor surprinse de sateliți. Acestea pot fi uneori înșelătoare și greu de obținut în țările cu vreme, în general, nefavorabilă. Acum, dronele încep să fie văzute ca o potențială soluție pentru inspecțiile agricole. Spre deosebire de sateliți, acestea pot fotografia din diferite unghiuri, iar imaginile surprinse sunt mai detaliate. Dronile au început deja să fie testate în Catalonia, în sudul Franței și în Italia, urmând să fie folosite la scară largă în anii următori. (<http://www.descopera.ro/stiinta/9249085-drona-ochiul-din-cer-care-vede-tot>)

pădurilor și localităților¹¹, în ceea ce privește monitorizarea termică a clădirilor (pentru a detecta pe unde se pierde căldură iarna), în realizarea inspecțiilor de siguranță a infrastructurilor (linii de cale ferată, baraje, diguri sau rețele electrice¹²), pentru monitorizarea mediului, a nivelului de poluare în diverse locații, pentru monitorizarea faunei sălbatice, pentru stabilirea riscurilor de inundații pe cursurile de apă sau în cazul operațiunilor anti-teroriste. Alte utilizări ale dronelor se evidențiază în transportul pasagerilor¹³, în turism, în piața serviciilor imobiliare¹⁴, în servicii de livrare/curierat, în jurnalism și cinematografie, în arheologie¹⁵, la evenimente de familie etc.¹⁶. De asemenea, dronele sunt deja utilizate, în unele state, în activitățile specifice poliției¹⁷. Totodată, piața dronelor va stimula crearea de locuri de muncă și va reprezenta o sursă de inovare și de creștere economică¹⁸, pe măsură ce performanțele dronelor vor crește odată cu noile tehnologii ce vor apărea pe piață¹⁹.

Însă, cu toate avantajele pe care le oferă industria dronelor și cu toate oportunitățile fără precedent pe care le aduc aceste noi tehnologii în istoria omului, dezvoltarea rapidă a acestei industrii nu a permis decât reglementări sectoriale, care nu acoperă pe deplin întreaga paletă de activități legate de acestea, iar în absența unei reglementări la nivel internațional prin care să fie stabilite standarde comune de producere, comercializare, certificare și operare a dronelor, diversele aspecte privind dronele, în special în activitatea civilă, au fost reglementate, de către state, la nivel individual, în mod diferit²⁰.

Multitudinea de activități în care pot fi utilizate actualele drone, implicațiile asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, implicațiile asupra siguranței și securității în spațiul aerian, aspectele privind răspunderea juridică pentru atingerile aduse mediului înconjurător și pentru prejudiciile cauzate ca urmare a producerii, comercializării, utilizării dronelor, specificul particular al planificării și efectuării misiunilor de zbor, caracterul dual (utilizare atât civilă cât și militară) al noilor tehnologii au, în cazul instituțiilor guvernamentale cu atribuții în

¹¹ <https://www.rumaniamilitary.ro/viitorul-dronelor-in-romania>

¹² În majoritatea țărilor, monitorizarea creșterii vegetației și tăierea copacilor în apropierea liniilor electrice are cel mai mare cost de întreținere pentru companiile din domeniul energetic. Cu ajutorul dronelor, procesul de tăiere este mai eficient, și în plus se pot furniza date care ajută la anticiparea și evitarea defecțiunilor cauzate de căderea copacilor. Folosirea tehnologiilor bazate pe drone pentru a strânge o varietate de date despre centralele, sub-stațiile sau liniile electrice devine un motor de schimbare pentru întreaga industrie a energiei și utilităților. Dronelile pot colecta diverse date într-un mod mai eficient decât oamenii aflați pe teren, și în plus, spre deosebire de vehiculele aeriene cu echipaj, pot să o facă fără riscul de pierdere de vieți omenești. (<https://www.juridice.ro/541819/pwc-apreciaza-ca-piata-globala-pentru-utilizarea-comerciala-a-dronelor-in-sectorul-energetic-si-de-utilitati-insumeaza-946-miliarde-de-dolari.html>).

¹³ Potrivit BBC o dronă care poate transporta un pasager, timp de 23 de minute cu o viteză de 96 de kilometri pe oră, a fost creată de compania chineză EHang și a primit aprobarea de a fi testată în statul american Nevada. Prototipul are o înălțime de 1,2 metri, cantărește 200 de kilograme și se ridică de la sol cu ajutorul a opt elice. (<https://dronemag.ro/articole/drona-taxi-cat-costa-si-cand-va-fi-disponibila-pe-piata/>).

¹⁴ În California, agențiile imobiliare au început să folosească dronele pentru a filma și fotografia din aer proprietățile de lux, materialele fiind mult mai convingătoare, fapt ce a permis obținerea unor prețuri mai mari pentru acestea. (<http://www.descopera.ro/stiinta/9249085-drona-ochiul-din-cer-care-vede-tot>).

¹⁵ În Rusia arheologii folosesc dronele pentru a filma siturile cu ajutorul camerelor cu infraroșii, materialele obținute fiind utilizate pentru crearea unor modele 3D computerizate ale structurilor identificate sub sol.

(<http://www.descopera.ro/stiinta/9249085-drona-ochiul-din-cer-care-vede-tot>)

¹⁶ <https://adriannastase.ro/2015/06/29/despre-drone-si-utilizarea-lor/>; <https://priaevents.ro/wp-content/uploads/2016/05/Ioana-Anghel.pdf>;
<http://stiintasitehnica.com/cu-dronelile-nu-de-joaca-interviu-cu-prof-dr-ing-dan-tudose/>

¹⁷ FBI-ul și poliția din Statele Unite ale Americii folosesc dronele în activitatea curentă, utilizarea acestora începând cu anul 2011, când a fost înregistrată o premieră: prima arestare asistată de o dronă. Poliția din Dakota de Nord, interesată de găsirea a trei suspecți posibil înarmați, ce se puteau afla oriunde pe o suprafață de 12 kilometri pătrați, a solicitat Agenției federale a vămilor și patrulilor de frontieră să trimită una din cele 8 drone Predator, dronele-spion folosite de armata SUA în Afganistan și Pakistan în scopul evitării unei confruntări armate. Drona trimisă de agenția federală i-a găsit rapid pe suspecți, iar senzorii atașați au descoperit că aceștia nu erau înarmați, astfel încât poliția s-a putut apropia pentru a-i aresta. De atunci, statisticile arată că dronele Predator au efectuat peste 25 de zboruri pentru forțele de poliție, FBI și DEA (agenția americană antidrog). Având în vedere avantajele conferite de silențiozitate, de dificultatea sau imposibilitatea de a fi văzute și de costurile reduse în comparație cu elicopterele, experții apreciază că dronele vor fi utilizate pe scară largă în operațiunile poliției. (<http://www.descopera.ro/stiinta/9249085-drona-ochiul-din-cer-care-vede-tot>).

¹⁸ La nivel internațional piața dronelor, în anul 2015 s-a situat la valoarea de 8 miliarde de dolari, iar în 2016 a atins cifra de 127 de miliarde. (<https://decalex.ro/subiecte-populare-trenduri-cum-inregistrezi-si-utilizezi-o-drona-in-romania-cadrul-legal-si-propuneri-de-imbunata-tire/>). Analistul Jonathan Camhi, de la BI Intelligence (serviciul pentru analize al publicației on-line Business Insider), în urma unei analize referitoare la previziunile privind vânzările de drone, estimează că volumul de venituri din vânzări va atinge 12 miliarde \$ în anul 2021, iar livrările de drone vor crește de mai mult de 4 ori în următorii 5 ani. (<http://www.dronele.ro/studiu-despre-cauzele-prabusirii-dronelor/>). Alte studii arată că, în următorii 10 ani, dronele civile ar putea reprezenta 10% din piața aviației, ce, actualmente este 15 miliarde de euro pe an. Există deja peste 1.700 de tipuri de drone produse de cca 500 de producători atestați, dintre care o treime sunt în Europa. Până în anul 2050, producerea dronelor poate crea până la 150.000 de locuri de muncă în Europa. În prezent, SUA și Israel domină sectorul de producție al dronelor la nivel mondial, în special în domeniul dronelor militare. Alte țări din afara Uniunii Europene, cum ar fi Brazilia, China, India și Rusia, au, de asemenea, potențialul de a deveni concurenți puternici. Peste 1.000 de operatori au primit o licență de operare în Europa. În Franța, de exemplu, numărul de operatori autorizați a crescut de la 86, în decembrie 2012, la 431, în februarie 2014. În ultimii ani, Suedia și Regatul Unit al Marii Britanii au eliberat mai mult de 200 de licențe de operatori. (https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Q&A_Commission_Drones.pdf).

¹⁹ <http://www.fae-drones.com/service-si-upgrade.html>

²⁰ E. Cebotaru, O. Cebotaru-Dima, Familiarizarea funcționarilor publici cu cadrul legislativ privind utilizarea dronelor, *Administrarea Publică*, nr. 4, 2017 (<http://aap.gov.md/files/publicatii/revista/articole/96/ro/Cebotaru.pdf>).

domeniu, caracterul unui examen de maturitate și fac din supravegherea activităților de zbor în care sunt implicate aceste noi echipamente o adevărată “piatră de încercare”²¹.

În România, primele avioane fără pilot, de producție sovietică, au fost introduse în înzestrarea Aviației Militare, în anul 1987 iar, ulterior, în anul 1999, Forțele Aeriene au fost echipate cu avioane fără pilot, americane. De-a lungul timpului, în România, au existat preocupări pentru construirea unor tipuri de avioane fără pilot, activitățile de cercetare-dezvoltare desfășurându-se în cadrul institutelor de cercetări de profil și al universităților și, mai nou, în cadrul companiilor private, pe proiecte finanțate din fonduri proprii, fiind, astfel, realizate numeroase prototipuri la Institutul National de Cercetări Aeronautice și Spațiale, la Institutul National de Aviație S.A., la Universitatea „Dunărea de Jos”, la Agenția de Cercetare pentru Tehnică și Tehnologii Militare, la S.C. Teamnet International S.A.²².

Cu toate acestea, în România, piața dronelor este încă la început, legislația fiind destul de restrictivă, dar statisticile arată că, în ultimii ani, s-a înregistrat o creștere puternică, cea mai bună din regiune, această piață fiind o bună oportunitate pentru România, cunoscută la nivel internațional pentru dezvoltarea de software și calitatea programatorilor²³. În contextul în care tehnologia evoluează cu o viteză incredibilă și aplicațiile dronelor se dovedesc a fi eficiente în numeroase domenii, și în România va trebui dezvoltat actualul cadru legislativ și instituțional în vederea acomodării cu tendințele europene și internaționale, iar acest domeniu de nișă va avea nevoie de configurarea cadrului necesar nu doar pentru pregătirea de specialiști în ceea ce privește caracteristicile tehnice ale acestor echipamente²⁴ sau navigabilitatea lor, ci și în ceea ce privește aspectele de natură juridică pe care le reclamă producerea, comercializarea și utilizarea dronelor.

II. Scurtă prezentare a cadrului actual de reglementare a dronelor civile în România și a instituțiilor cu competențe specifice în domeniu. Având în vedere calitatea României de stat membru al Uniunii Europene²⁵, se impun a fi făcute unele precizări cu privire la cadrul de reglementare al dronelor civile în sensul că, pentru aeronavele fără pilot uman la bord, cu masa maximă la decolare mai mare de 150 kg, stabilirea condițiilor de emitere a certificatelor/autorizațiilor necesare operării urmează a fi reglementată de Agenția Europeană în domeniul Siguranței Aeronautice²⁶, motiv pentru care, numai aspectele legate de aeronavele fără pilot la bord cu masa maximă la decolare mai mică sau egală cu 150 kg, cad sub incidența reglementărilor naționale și în competența autorităților interne²⁷.

În prezent, la nivel Uniunii Europene, nu există o armonizare legislativă în domeniul aeronavelor fără pilot uman la bord, statele membre dezvoltându-și propriile reglementări²⁸, însă, la data de 22 decembrie 2017, Comitetul reprezentanților permanenți ai guvernelor statelor membre pe lângă Uniunea Europeană au aprobat Acordul încheiat cu Parlamentul European la 29 noiembrie 2017 cu privire la revizuirea normelor comune de siguranță pentru aviația civilă și un nou mandat pentru Agenția Europeană de Siguranță a Aviației, reforma realizată cuprinzând primul set de norme paneuropene pentru dronele civile, care va permite aeronavelor pilotate de la distanță de toate dimensiunile să zboare în siguranță în spațiul aerian european și va oferi securitate juridică pentru acest sector aflat în curs de expansiune rapidă. Din motive de securitate sunt incluse toate dronele, de la micile „jucării”, care nu cântăresc decât câteva grame, până la aeronave de dimensiuni mari fără pilot la bord, care pot avea aceeași greutate și pot zbura la fel de repede ca și avioanele, astfel încât odată cu intrarea în vigoare a acestor norme, preconizată pentru primăvara anului 2018²⁹, reglementările naționale vor suporta o serie de adaptări și modificări.

În România, cadrul legislativ aplicabil activităților în care sunt implicate dronele civile, cu masa maximă la decolare mai mică sau egală cu 150 kg este dat de O.G. nr.29/1997 privind Codul aerian civil, cu modificările și completările ulterioare, de H.G. nr.912/2010 pentru aprobarea procedurii de autorizare a zborurilor în spațiul aerian național, precum și a condițiilor în care decolarea și aterizarea aeronavelor civile se pot efectua și de pe/pe

²¹ <https://www.dronele.ro/dronele-linia-subtire-dintre-jucarii-si-echipamente-profesioniste/>

²² <https://www.rumaniamilitary.ro/viitorul-dronelor-in-romania> Scurt istoric privind sisteme de avioane fără pilot folosite în România

²³ <http://www.zf.ro/business-hi-tech/conferinta-zf-go4it-ro-revolutia-dronelor-din-romania-inovatie-in-tehnologie-piata-dronelor-este-in-cala-inceput-in-romania-dar-legislatia-restrictiva-afecteaza-puternic-dezvoltarea-15488785>

²⁴ <https://www.stiriagricole.ro/drone-agricole-produse-in-romania-ce-economii-poate-face-un-fermier-cu-un-astfel-de-dispozitiv-31345.html>; <http://www.fae-drones.com/despre-noi/prezentare-fae.html>

²⁵ Tomescu I. R., *Uniunea Europeană – spațiu de libertate, securitate și justiție*, în volumul „Securitate și apărare”, Editura Universității Naționale de Apărare “Carol I”, București, 2010, pp. 818-823.

²⁶ A se vedea Regulamentul (CE) nr. 216/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 februarie 2008 privind normele comune în domeniul aviației civile și instituirea unei Agenții Europene de Siguranță a Aviației și de abrogare a Directivei 91/670/CEE a Consiliului, a Regulamentului (CE) nr. 1592/2002 și a Directivei 2004/36/CE.

²⁷ <https://www.dronele.ro/cadrul-legislativ-national-aplicabil-rpas-urilor-remotely-piloted-aircraft-systems/>

²⁸ Doar nouă state membre ale Uniunii Europene, printre care și România, au anumite reglementări în domeniu. (<https://www.dronele.ro/ordinul-ministrului-transporturilor-nr-82014-este-contestat-in-justitie-dar-isi-produce-efecte-in-continuare/>).

²⁹ <http://www.consilium.europa.eu/ro/press/press-releases/2017/12/22/updated-aviation-safety-rules-and-new-rules-on-drones-approved-by-the-council/>

alte terenuri sau suprafețe de apă decât aerodromurile certificate (cu modificările și completările ulterioare), de Ordinul Ministerului Transporturilor nr.1338/2016 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACR - IA „Înmatricularea aeronavelor civile”, ediția 1/2016, de Ordinul Ministerului Transporturilor nr.764/2015 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACRDPA "Autorizarea organizațiilor distribuitoare de produse aeronautice", ediția 1/2015, de Ordinul Ministerului Transporturilor nr. 806/2007 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACR-AZAC „Admisibilitatea la zbor a unor categorii de aeronave civile”, ediția 01/2007, de Ordinul Ministerului Transporturilor nr. 301/2009 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACR-OPS LAAG „Operațiuni de lucru aerian și aviației generală”, ediția 01/2009 și de Directiva de navigabilitate a Autorității Aeronautice Civile Române DN 14-02-001 “Emiterea certificatelor de identificare pentru aeronavele civile motorizate fără pilot (UAV)”, ediția a 2 din 2016.

Dând expresie calității de stat membru al Organizației Aviației Civile Internaționale³⁰ și având în vedere necesitatea stabilirii unor reglementări menite să contribuie la configurarea unui cadru normativ care să răspundă exigențelor noilor evoluții tehnologice, România a transpus schimbările operate de Organizația Aviației Civile Internaționale (ICAO) - ce a actualizat, în 1997, prevederile Anexei 7 “Înmatricularea aeronavelor civile” și cele ale Anexei 13 “Investigarea accidentelor de aviație civilă”, iar în 2012 pe cele ale Anexei 2 “Regulile aerului” în sensul extinderii prevederilor celor trei documente și asupra domeniului aeronavelor civile fără pilot uman la bord, incluzând aeronavele fără pilot uman la bord în categoria aeronavelor civile supravegheate și reglementate prin reguli specifice – modificând și completând Codului Aerian civil prin intermediul Legii nr. 98/2014 privind modificarea și completarea O.G. nr. 29/1997.

Analiza art. 3, pct. 3.7 și 3.8¹ și art. 17 din O.G. nr 29/1997 privind Codul aerian civil reliefează faptul că, în România, dronele sunt asimilate aeronavelor civile³¹, fiind supuse procedurii înmatriculării, în conformitate cu prevederile Convenției de la Chicago privind aviația civilă internațională din 1944, iar certificatul de înmatriculare trebuie să se afle în permanență la persoana care asigură pilotarea aeronavei fără echipaj de conducere la bord.

Trebuie menționat că decizia de a trata aeronavele fără pilot la bord ca o nouă categorie de aeronave civile nu este o decizie exclusivă a României³², semnificative în acest sens fiind și precizările din Declarația de la Riga privind aeronavele pilotate de la distanță (dronele) – „Structurarea viitorului aviației” din 2015, precum și din alte documente elaborate de către Agenția Europeană de Siguranță a Aviației (AESa), care a redactat o serie de norme europene privind vehiculele aeriene fără pilot³³.

Examinarea dispozițiilor art. 2 al Ordinului Ministerului Transporturilor nr.1338/2016 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACR - IA „Înmatricularea aeronavelor civile”, ediția 1/2016, evidențiază că documentul de înmatriculare emis de Regia Autonomă Autoritatea Aeronautică Civilă Română pentru aeronavele fără pilot la bord cu masa maximă la decolare cuprinsă între 0,500 kg și 150 kg este certificatul de identificare, eliberat cu respectarea cerințelor și condițiilor stabilite prin procedurile emise de Autoritatea Aeronautică Civilă Română. Dispozițiile acestui act normativ stipulează, totodată, că aeronavele fără pilot la bord cu masa maximă la decolare mai mică de 0,500 kg sunt exceptate de la obligația deținerii unui document de înmatriculare.

De asemenea, conform dispozițiilor art.73 din O.G. nr.29/1997 privind Codul aerian civil fiecare aeronavă civilă trebuie să dețină un certificat de navigabilitate, eliberat în urma demonstrării că aeronava civilă este conformă cu proiectul de tip aprobat în certificatul de tip și că întreaga documentație, inspecțiile și încercările relevante demonstrează că aeronava este în condiție de operare în siguranță, care trebuie să se afle în permanență asupra persoanei care asigură pilotarea acesteia.

Facem precizarea că, potrivit legislației în vigoare, exploatarea unei aeronave civile, inclusiv a unei aeronave fără pilot la bord, fără ca această să posede un certificat de înmatriculare sau identificare și un certificat sau autorizație de navigabilitate sau documente echivalente, atrage răspunderea penală pentru persoanele vinovate, fapta constituind infracțiune conform art.103 din O.G. nr.29/1997 privind Codul aerian civil.

Asimilarea dronelor cu aeronavele civile a impus necesitatea stabilirii unei reglementări și în ceea ce privește personalul ce asigură pilotarea de la distanță a dronelor, care, conform art. 34, alin. 2 din O.G. nr.29/1997 privind Codul aerian civil, este inclus în categoria personalului aeronautic civil, pentru care se instituie, prin art. 43¹ din același act normativ, obligația de a răspunde - de la începerea și până la terminarea operațiunii de zbor cu aeronava civilă - de conducerea tehnică și de siguranța aeronavei, putând lua orice măsuri pentru realizarea siguranței zborului. De altfel, asimilarea dronelor aeronavelor civile și supunerea lor dispozițiilor O.G. nr.29/1997

³⁰ În anul 1965 România a aderat la Convenția privind Aviația Civilă Internațională (ICAO), încheiată la 7 decembrie 1944, la Chicago, devenind, prin Decretul nr.194 din 24 aprilie 1965, stat membru al Organizației Aviației Civile Internaționale.

³¹ În conformitate cu prevederile art. 3, pct. 3.8¹ din O.G. nr 29/1997 privind Codul aerian civil aeronavele fără pilot sunt aeronave ghidate fie de către un pilot automat de la bordul lor, fie prin telecomandă de la un centru de control de la sol sau dintr-o altă aeronavă pilotată de echipaj uman.

³² <http://www.caa.ro/supervizare/operare-uav-uas>

³³ Aceste documente sunt: A-NPA 2015-10 „Introducerea unui cadru de reglementare privind condițiile de operare a vehiculelor aeriene fără pilot”, în septembrie 2015, NPA 2017-05 „Introducerea unui cadru de reglementare pentru operarea dronelor - Operațiuni de sistem de aeronave fără pilot în categoria deschisă și specifică”, publicat în mai 2017.

privind Codul aerian civil atrage, după sine, răspunderea disciplinară, civilă, contravențională sau penală a persoanelor vinovate pentru încălcarea dispozițiilor acestui act normativ.

Cu privire la acest aspect apreciem că asimilarea personalului care asigură pilotarea de la distanță a dronelor cu personalul aeronautic civil determină supunerea lui prevederilor Legii nr.223/2007 privind Statutul personalului aeronautic civil navigant profesionist din aviația civilă din România, cu modificările și completările ulterioare, fiind condiționat de respectarea tuturor cerințelor legale privind pregătirea și certificarea. Cu toate acestea, ținând cont de diferențele majore dintre categoriile de aeronave și de exprimarea folosită de legiuitor în art. 34 alin. 2 din O.G. nr.29/1997 privind Codul aerian civil, care poate fi susceptibilă de interpretări, opinăm că se impune o delimitare clară a statutului personalului care asigură pilotarea dronelor față de cel al personalului aeronautic civil navigant profesionist din România.

În vederea desfășurării, în condiții de legalitate, a activităților de zbor cu aeronave fără pilot la bord, se impune respectarea și condiției de deținere a unei polițe de asigurare pentru pagube produse terților, pentru aeronavele fără pilot cu masa maximă la decolare peste 20 kg, conform prevederilor Regulamentului (CE) nr.785/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 21 aprilie 2004 privind cerințele de asigurare a operatorilor de transport aerian și a operatorilor de aeronave)³⁴.

În temeiul prevederilor Legii nr.82/1993 privind constituirea Rezervației Biosferei Delta Dunării, cu modificările și completările ulterioare și ale Ordinului Ministerului Mediului nr.610/2009 privind aprobarea tarifelor pentru lucrările și serviciile prestate de către Administrația Rezervației Biosferei Delta Dunării la solicitarea persoanelor fizice și juridice, operatorii aerieni care intenționează să desfășoare zboruri în spațiul aerian aferent Rezervației Biosferei „Delta Dunării” (în spațiu aerian de clasă G), trebuie să solicite Administrației Rezervației Biosferei „Delta Dunării” eliberarea unui permis de survol³⁵.

De asemenea, asimilarea aeronavelor fără pilot la bord cu aeronavele civile evidențiază faptul că și componentele și/sau echipamentele acestora sunt considerate „produse aeronautice”, motiv pentru care agenții comerciali, ce își desfășoară activitatea pe teritoriul României și au ca scop comercializarea de aeronave fără pilot la bord, componente și/s-au echipamente specifice acestora, trebuie să-și circumscrie activitatea dispozițiilor prevăzute de O.G. nr.29/1997 privind Codul aerian civil și de Ordinul nr.764/2015 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACRDPA "Autorizarea organizațiilor distribuitoare de produse aeronautice", ediția 1/2015, acte normative ce stipulează, în mod detaliat, procedura de autorizare a distribuitorilor de produse aeronautice pe teritoriul României, procedură instituită pentru a răspunde necesității de asigurare a siguranței și securității activităților aeronautice civile.

Astfel, în conformitate cu dispozițiile Ordinului Ministerului Transporturilor nr.764/2015 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACRDPA "Autorizarea organizațiilor distribuitoare de produse aeronautice", ediția 1/2015, pentru a furniza produse aeronautice pe teritoriul României sau direct agenților aeronautici civili, o persoană juridică trebuie să fie autorizată sau recunoscută de Autoritatea Aeronautică Civilă Română³⁶, care, dacă constată încălcări ale reglementărilor în materie, poate dispune restricționarea, suspendarea sau revocarea certificatului de autorizare. Autorizarea este valabilă un an, în cazul emiterii inițiale a certificatului de autorizare și doi ani, în cazul prelungirii sau reînnoirii valabilității acestuia³⁷. Odată autorizată, persoană juridică are dreptul să efectueze următoarele activități: să distribuie produsele aeronautice pentru care este autorizată, de la amplasamentele identificate în certificatul de autorizare și/sau în memoriul de prezentare al organizației; să nominalizeze personalul de inspecție/certificare acceptat de Autoritatea Aeronautică Civilă Română și să emită certificate de conformitate pentru produsele aeronautice livrate clienților, care să ateste conformitatea produsului cu datele de proiectare ori standardul de fabricație aprobat³⁸.

III. Aspecte privind procedura de autorizare a utilizării dronelor civile în spațiul aerian național. Analiza dispozițiilor cuprinse în H.G. nr.912/2010 pentru aprobarea procedurii de autorizare a zborurilor în spațiul aerian național, precum și a condițiilor în care decolarea și aterizarea aeronavelor civile se pot efectua și de pe/pe alte terenuri sau suprafețe de apă decât aerodromurile certificate (cu modificările și completările ulterioare), în Ordinul Ministerului Transporturilor nr.806/2007 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACR-AZAC „Admisibilitatea la zbor a unor categorii de aeronave civile”, ediția 01/2007 și în Ordinul Ministerului Transporturilor nr.301/2009 pentru aprobarea Reglementării aeronautice civile române RACR-OPS LAAG „Operațiuni de lucru aerian și aviației generală”, ediția 01/2009 reliefează faptul că aeronavelor fără pilot la bord

³⁴ <http://www.caa.ro/supervizare/operare-uav-uas>

³⁵ <http://www.caa.ro/supervizare/operare-uav-uas>

³⁶ Pentru detalii a se vedea și ghidul elaborate de Autoritatea Aeronautică Civilă Română pentru desfășurarea evaluării în vederea autorizării distribuitorilor de produse aeronautice.

(http://www.caa.ro/media/docs/Etapele_evaluarii_in_scopul_autorizarii_DPA.pdf).

³⁷ Conform RACR-DPA 1.75.

³⁸ Conform RACR-DPA 1.45.

pot efectua zboruri numai după o obținerea unei autorizării prealabile din partea Autorității Aeronautice Civile Române, în cazul zborurilor sub înălțimea minimă de siguranță, sau, în celelalte cazuri, după realizarea unei informări de trafic transmisă Centrului de Operații Aeriene din cadrul Ministerului Apărării Naționale, cu cel puțin 30 de minute înainte de ora prevăzută pentru decolare sau începerea activității de zbor prin intermediul telefonului, faxului, emailului, internetului sau radioului. Un aspect foarte important, ce se desprinde din interpretarea prevederilor legale în vigoare, este dat de faptul că, în România, în prezent, aeronavele fără pilot la bord pot ateriza sau decola de pe un teren/o suprafață de apă, numai dacă este amplasat/ă în extravilanul unei localități, cu excepția aerodromurilor civile certificate conform reglementărilor în vigoare emise de Ministerul Transporturilor³⁹, ceea ce atrage, implicit, interdicția utilizării dronelor în intravilanul localităților. Totodată, reglementările în vigoare interzic, deasupra zonelor dens populate⁴⁰, efectuarea de către aeronavele civile a zborurilor la înălțimi mai mici de 300 de metri față de cel mai înalt obstacol fix, cu excepția celor care execută proceduri de aterizare/decolare pe/de pe aerodromuri certificate, precum și a celor care execută, în conformitate cu reglementările legale, operațiuni de filmare aeriană sau de lucru aerian în folosul sănătății publice și protecției mediului în baza unei autorizări specifice emise de către Autoritatea Aeronautică Civilă Română pentru fiecare zbor/serie de zboruri, în condițiile existenței unui aviz al primarului localității pe raza căreia se desfășoară operațiunile aeriene respective. Legiuitorul a instituit și sancțiuni pentru nerespectarea acestor interdicții, ce constituie contravenții, sancționate cu amendă conform art. 13 și art. 14 din H.G. nr. 912/2010.

Totodată, potrivit dispozițiilor art.5 din H.G. nr.912/2010, utilizarea dronelor civile pentru activități de filmare și fotografiere sau determinări topogeodezice, este condiționată de obținerea, în prealabil, a unei autorizări de survol din partea Ministerului Apărării Naționale.

O altă precizare ce se impune a fi evidențiată este cea care rezultă din coroborarea prevederilor Legii nr.182/2002 privind protecția informațiilor clasificate, cu modificările și completările ulterioare, cu dispozițiile actelor normative ce reglementează aprobarea procedurii de autorizare a zborurilor în spațiul aerian național pentru aeronavele fără pilot la bord, în sensul că activitățile de zbor cu asemenea echipamente din care rezultă produse geospațiale⁴¹ sau înregistrări aerofotogrammetrice⁴² cu relevanță în domeniul securității naționale, nu pot fi operate decât de persoane ce dețin certificate de securitate, prin care se atestă acreditarea persoanei respective de a deține, de a avea acces și de a lucra cu informații clasificate.

Concluzii. Analiza realizată pentru documentarea acestui studiu atât în ceea ce privește legislația actuală a României în domeniul dronelor, atribuțiile diverselor instituții, cât și evoluțiile tehnologice interne și internaționale în materie, posibilele aplicații ale acestor echipamente în variate domenii militare și civile, tendința reglementărilor europene și internaționale, dar și situațiile reliefate în presă cu privire la utilizarea ilegală a dronelor, ne îndreptătesc să apreciem că se impune o dezvoltare a cadrului legislativ și instituțional din România cu privire la producerea, comercializarea, înregistrarea și utilizarea dronelor în spațiul aerian național, cu luare în considerare a posibilităților evoluției ale acestei tehnologii în viitor și cu garanții integrate legate de protejarea vieții private, a datelor cu caracter personal și a patrimoniului persoanelor. În acest context, înființarea unui institut de cercetare cu caracter interdisciplinar poate reprezenta o soluție viabilă menită să permită o abordare comprehensivă și integrată a dimensiunilor pe care le pot avea activitățile legate de drone. Totodată, având în vedere faptul că, în prezent, dispozițiile incidente în domeniu sunt dispersate în conținutul mai multor acte normative și ținând cont de specificul dronelor, opinăm că o reglementare unică, dedicată, în mod exclusiv, problematicii în cauză, ar răspunde mult mai bine necesității obiective de reglementare cuprinzătoare a domeniului. De asemenea, luând în considerare dispozițiile Codului aerian civil potrivit cărora personalul care asigură pilotarea dronelor este asimilat personalului aeronautic civil navigant, fără a exista detalieri clare cu privire la cerințele de formare profesională și autorizare, se impune apariția unor reglementări clare privind instituțiile, modalitățile și condițiile de asigurare a pregătirii specifice pentru operatorilor de drone și chiar apariția unor noi ocupații în Clasificarea Ocupațiilor din România (COR). De

³⁹ Art. 8, alin. 3 din H.G. nr. 912/2010 pentru aprobarea procedurii de autorizare a zborurilor în spațiul aerian național, precum și a condițiilor în care decolarea și aterizarea aeronavelor civile se pot efectua și de pe/pe alte terenuri sau suprafețe de apă decât aerodromurile certificate (cu modificările și completările ulterioare).

⁴⁰ Potrivit art. 2, alin. 1, lit. b din H.G. nr. 912/2010 pentru aprobarea procedurii de autorizare a zborurilor în spațiul aerian național, precum și a condițiilor în care decolarea și aterizarea aeronavelor civile se pot efectua și de pe/pe alte terenuri sau suprafețe de apă decât aerodromurile certificate (cu modificările și completările ulterioare) prin zone dens populate se înțeleg zonele cu ansambluri de clădiri situate în localități urbane sau rurale, precum și orice terenuri pe care se adună un număr mare de persoane în scop recreațional ori pentru participarea la diverse manifestații în aer liber.

⁴¹ În înțelesul art.15, lit. 1 din Legea nr.182/2002 privind protecția informațiilor clasificate, cu modificările și completările ulterioare, prin produse geospațiale se înțeleg produsele analogice sau digitale obținute prin prelucrarea informațiilor geospațiale, de tipul reprezentărilor cartografice constând în planuri topografice, cadastrale și tematice, hărți topografice, cadastrale și tematice și/sau înregistrări aerofotogrammetrice, imagini ortorectificate, ortofotoplanuri și ortofotohărți.

⁴² În înțelesul art.15, lit. 1 din Legea nr.182/2002 privind protecția informațiilor clasificate, cu modificările și completările ulterioare, prin înregistrare aerofotogrammetrică se înțelege înregistrarea analogică sau digitală realizată cu senzori aeropurtați activi și/sau pasivi în spectrul electromagnetic.

asemenea, în contextul în care dronele reprezintă un domeniu emergent, ce se dezvoltă cu rapiditate, se evidențiază creșterea numărului de specialiști capabili să ofere consultanță juridică, și nu numai, privind producerea, comercializarea, înregistrarea și utilizarea dronelor, cu respectarea cadrului normativ intern, european și internațional. Dezvoltarea cadrului juridic privind procedurile de operare a zborului dronelor în condiții de siguranță aeriană și de răspundere juridică pentru atingerile aduse mediului înconjurător și pentru prejudiciile cauzate ca urmare a producerii, comercializării și utilizării dronelor în afara cadrului legal statuat și reglementarea utilizării dronelor în alte scopuri decât cele comerciale și recreative, respectiv în situații de urgență, sunt, alte probleme deosebit de importante care necesită atenția autorităților și reclamă noi abordări legislative și instituționale. Totodată, ne raliem opiniilor exprimate deja care apreciază că, deși aceste dezvoltări tehnologice aduc oportunități necunoscute până în prezent, inexistența unui cadru legislativ și instituțional în domeniul dronelor, articulat și capabil să răspundă provocărilor legate de siguranță, securitate⁴³, protecția vieții private și a datelor personale poate atrage vulnerabilități la adresa securității naționale a României⁴⁴.

⁴³ Tomescu I. R., *National security and insecurity*, în revista Research and Science Today, nr. 2/2016, pp. 32-37.

⁴⁴ <https://www.dronele.ro/lipsa-unor-reglementari-in-domeniul-dronelor-atrage-vulnerabilitati-la-adresa-securitatii-nationale-a-romaniei/>

ASPECTE PRIVIND EVOLUȚIA PROTECȚIEI MEDIULUI ÎN DREPTUL ROMÂNESC*

Oana Maria HANCIU*

Abstract: *The protection of nature on Romanian soil begins, although indirectly, from the prehistoric period and then from the Dacian times. Subsequently, the protection of nature materialized through measures that primarily had patrimonial purposes, related to the protection of property. At present, due to the necessity of harmonizing the national legislation with the *acquis communautaire* in the field, within the pre-accession process to the European Union, by GEO no. 195/2005 established a new framework regulation in the field transposing Community law in the field of environmental protection. However, the many legislative changes unfortunately have had negative effects at the level of real and effective implementation of environmental regulations.*

Keywords: *environmental protection, property protection, community law, environmental damage*

Dreptul internațional public (dreptul ginților) s-a format ca o ramură autonomă a dreptului, în secolele XVI-XVII, odată cu apariția statelor naționale. Primele reguli și instituții ale dreptului internațional public își au originea încă din antichitate și au evoluat odată cu apariția și dezvoltarea anumitor forme statale și a relațiilor dintre acestea¹. Inițiativele protecției naturii pe pământ românesc sunt vechi și numeroase².

Protecția naturii pe pământ românesc începe, deși indirect, din perioada preistorică și apoi din vremea dacilor, pădurile fiind de mare ajutor și importanță pentru populație, atât sub aspectul apărării³ cât și al alimentației. În acele timpuri, așa cum istoricii afirmă pădurea „era mult mai întinsă decât astăzi, acoperea nu numai munții, dar și dealurile și o mare parte a câmpiei”⁴.

Ulterior, protecția naturii s-a concretizat prin măsuri care aveau în principal scopuri patrimoniale, referitoare la protecția proprietății. Mărturii despre protecția diferiților factori de mediu, precum pădurea, apa, solul etc., le găsim în lucrările cronicarilor Dimitrie Cantemir și Ioan Neculce.

Astfel, istoricii consideră că „braniștele” au apărut pentru prima dată în perioada întemeierii Țării Românești, în secolul al XIV-lea. „Legea” braniștei, era străveche și făcea parte din „obiceiul locului”. Braniștile erau „locuri oprite sau rezervate, în care nimeni n-avea voie să intre spre a tăia lemne, a cosi fân, a paște vitele, a vâna, a prinde pește sau a culege fructele pădurii, fără voia prealabilă a stăpânului”⁵. Cei care nu respectau această „lege” erau sancționați, pedeapsa variind de la confiscarea obiectelor personale (a securei, a uneltelor sau a hainelor) până la pedepse corporale sau chiar spânzurătoare.

O primă braniște domnească este menționată de către Radu cel Frumos în documentul din 15 ianuarie 1467 prin care „întărește mănăstirea Cozia, bălțile dunărene de la Săpatul până la gura Ialomiței, datorite de Mircea cel Bătrân. Voievodul precizează: „Și nimeni altul să nu se amestece, nici pârălabii Flocilor, nici brăniștari, nici nimeni altul dintre boierii și dregătorii domniei mele”⁶.

În perioada următoare apar numeroase acte domnești care reglementează „braniștile” sau „opreliștile de stricare a naturii”. Cele mai numeroase erau braniștele bisericesti, întărite de actele domnești din acele perioade, cum ar fi cele ale lui Vlad Voievod (1533), Vlad Vodă Vintilă (1534), Matei Basarab (1646).

Printre braniștile moldovene apare întărită de către Alexandru Lăpușneanu prin actul din 21 decembrie 1560 braniștea mănăstirii de la Vânători (Neamț). De asemenea, Moise Moghilă întărește la 3 septembrie 1633 braniștea mănăstirii Bistrița, întărită anterior de către Ștefan cel Mare.

„Legea braniștei” a funcționat și în Transilvania, unde la 1 octombrie 1588 principele Sigismund Bathory interzice tăierea pădurilor și prinderea vânatului din Micești, Drâmbăr, Amoșița, Stremț și Salda de Jos (Alba Iulia).

Toate aceste reglementări din cuprinsul actelor domnești reprezintă un început în privința ocrotirii unor specii de animale și a protecției pădurilor de exploatarea abuzivă și necontrolată.

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni! ; Lucrarea face parte din teza de doctorat „Răspunderea internațională a statelor pentru daunele de mediu transfrontaliere”.

* Avocat, Baroul Vâlcea; e-mail: oanahanciu@gmail.com

¹ Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *Drept internațional public*, Editura Renaissance, București, 2010, p.21.

² Daniela Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 31.

³ Columna ridicată de împăratul Traian la Roma îi prezintă în multe locuri pe daci luptând lângă pădure.

⁴ Constantin C. Giurescu, *Istoria pădurii românești – din cele mai vechi timpuri până astăzi*, Editura Orion, București, 2004, p. 11.

⁵ Constantin C. Giurescu, op.cit., p. 55.

⁶ Constantin C. Giurescu, op.cit., p. 55.

Demn de remarcat este instituirea în 1739, în Banat a serviciului silvic regulat, fiind considerat un prim pas în domeniul protecției mediului.

Prima reglementare oficială privind pădurile este cea din Transilvania din anul 1781, aceasta făcându-se în perioada regimului austriac din timpul împăratului Iosif al II-lea⁷. A fost urmată de reglementările din Bucovina din anul 1786, cea din Moldova din anul 1792, cea din Muntenia din anul 1793 și apoi de cea din Dobrogea din anul 1870.

Astfel, în anul 1786 apare „Orânduiala de pădure” care reglementează problematica pădurilor din Bucovina amenințate de jafurile din acea vreme. Considerată ca fiind prima lege silvică românească, conține 12 capitole care prevăd printre altele „în ce chip trebuie după rânduială, să se hăznuiască și să se taie” sau „moșinașul de păduri...e datoriu pe tot anul atât lemn să taie dentr-însa, pe câtu pădurea într-un an poate să deae; iară amintrele făcând, apoi greșește împotriva rânduiei și aduce pe următorii sau moștenitorii săi la lipsă de lemnu”.⁸ Prin urmare se poate desprinde faptul că exista încă de pe atunci o preocupare pentru ocrotirea pădurii prin tăierea acesteia cu prudență și având în vedere regenerarea acesteia. Mai mult decât atât, se pune problema protejării și conservării pădurii pentru generațiile viitoare.

Această „Orânduire de pădure” din Bucovina a fost urmată în Moldova de orânduirea din 1792 a domnitorului Alexandru Moruzzi prin care întărește „anaforaua” pentru codrii, dumbrăvi și lunci, urmată în 1794 de o altă orânduială prin care se semnalează faptul că „s-au tăiat fără socoteală vârf de păduri și codrii, locurile rămânând câmpii goale” iar în continuare se precizează că este necesar „să fie oprite de a nu se strica rău pădurile și dumbrăvile supt nici un fel de nume”⁹.

Astfel de reglementări introduceau noțiunea de drept de proprietate și modalitatea prin care se permitea folosirea pădurilor, inclusiv a faunei lor, introducând o serie de recomandări pentru protejarea și regenerarea fondului forestier.

Liberalizarea comerțului prin aplicarea Tratatului de la Adrianopol din 1829, deși benefic din punct de vedere comercial, favorizând cultura cerealelor pentru export, a determinat creșterea suprafețelor agricole prin exploatarea masivă a pădurilor și o degradare a solurilor.

Având în vedere pericolul defrișărilor masive, s-a pus problema introducerii unor reglementări legale care să stopeze acest flagel.

În perioada următoare au apărut în 1843 în Moldova și în 1847 în Țara Românească unele reglementări juridice menite să ducă la implementarea unor norme privind exploatarea pădurilor. În mare parte aceste reguli au avut ca inspirație Codul Silvic Francez.

La trei ani de la revoluția din 1848, în Țara Românească s-a admis printr-un ordin agrar pășunatul vitelor în păduri și exploatarea lemnului pentru trebuințele țăranilor. Deși din punct de vedere social a reprezentat o îmbunătățire a situației țăranilor, din punct de vedere al protecției pădurilor a fost un mare pas înapoi¹⁰.

În timpul domniei lui Cuza, în anii 1862-1863 se iau măsuri privind înființarea unor pepiniere silvice pe domeniile statului¹¹.

Tot în timpul domniei lui Cuza a fost promulgat la 30 octombrie 1868 Codul penal roman. Acesta a fost pus în aplicare la 1 mai 1865 și prevedea în articolele 309 și 368 restricții privind vânătoria în parcuri închise și interzicerea otrăvirii peștilor în bălți, heleștee ori havuzuri, fiind totodată sancționată și incendierea pădurilor și fânețelor prin articolele 358 și 360. Aceste măsuri au fost întărite și completate prin Legea pentru poliția rurală din 25 decembrie 1868, unde prin articolul 102 a fost introdus pentru prima dată în legislația românească oprirea vânătorii pentru patru luni pe an, interzicerea distrugerii cuiburilor și ouălelor păsărilor de interes cinegetic, cât și prin introducerea unor măsuri de combatere a dăunătorilor și bolilor la plante și animale¹².

De asemenea, prevederi referitoare la ocrotirea patrimoniului natural le găsim și în Codul Civil din 1864, care prevedea la articolul 473 că bunurile mobile reprezintă acele „corpuri care se pot transporta de la un loc la altul, atât cele care mișcă de la sine, precum sunt animalele, precum și cele care nu se pot strămuta decât printr-o putere străină, precum sunt lucrurile neînsuflețite”.

Urmează diferite reglementări în domenii specifice, ca de exemplu Legea vânătorii în 1872, Legea asupra serviciului sanitar în 1974, Legea asupra pescuitului în 1892, „Condițiile generale pentru exploatarea pădurilor statului” (1896), Legea pentru crearea unui fond necesar pădurilor, menținerea coastelor și fixării terenurilor pe

⁷ Însă după moartea împăratului Iosif al II-lea (1791) se edictază legi care dau dreptul numai moșierilor să revendice pădurile satelor de țărani. (A. Csetri și St. Imreh, *Asupra relațiilor de proprietate feudală în Transilvania (1750-1848)* în *Anuarul Institutului de Istorie din Cluj*, IX (1966), p. 119).

⁸ Constantin C. Giurescu, *op.cit.*, p. 128.

⁹ Radu Stancu, Ghe. Deaconu, A. Richițeanu, *Aspecte ale dezvoltării legislației de ocrotire a naturii în România*, Revista „Ocrotirea naturii și a mediului înconjurător”, t. 2 nr. 2/1977, p.96.

¹⁰ Constantin C. Giurescu, *op.cit.*, p. 133.

¹¹ Constantin C. Giurescu, *Viața și opera lui Cuza Vodă*, ediția 2, Editura Curtea Veche, București, 2000, p. 282.

¹² Mircea Duțu, *Dreptul mediului, tratat – vol. I*, Editura Economică 1998, p. 26; Daniela Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, ediția a III-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, 2008, p. 32.

moșiile statului (1900) sau Regulamentul din 21 octombrie 1899 privind măsuri de apărare a sănătății publice față de exploatarea de petrol.

În 1873 apare o primă încercare de promulgare a unui proiect de cod silvic la inițiativa ministrului de finanțe Petre Mavrogheni, care însă este respins la Senat. Abia în 1881 apare primul Cod silvic românesc, promulgat la 19 iulie și publicat în Monitorul Oficial la 24 iunie. Acesta va suferi modificări prin legile din 4 iunie 1892 și 22 martie 1896 și va fi înlocuit în 8 aprilie 1910 printr-un nou Cod silvic.

În Transilvania, s-a aplicat legea ungară care prevedea că pădurile statului, al stabilimentelor publice cât și a anumitor societăți anonime nu puteau să fie exploatate decât pe baza unui angajament care urmărea regenerarea pădurilor¹³.

Această lege a continuat să fie aplicată în Transilvania și după unirea cu România (1 decembrie 1918) până în 1923, când Codul silvic român din 1910 a fost aplicat pe întreg teritoriul țării.

Interesul pentru protejarea naturii a apărut în principal la începutul secolului XX. Au fost întocmite liste cu monumente de interes istoric sau științifico-economic urmând a fi protejate prin legi speciale. În 1919, Sfatul Național de la Sibiu a introdus în articolul 2 din Legea agrară textul: „Toate locurile care prezintă interes științific să fie expropriate în întregime, pentru știință”. Această reglementare este considerată ca fiind prima legiferare românească cu privire la protecția naturii¹⁴.

La 30 martie 1910 a fost înființată pe lângă Ministerul Agriculturii și Domeniilor, Casa Pădurilor, al cărei scop era administrarea fondurilor înstitute prin lege pentru creșterea suprafețelor domeniului silvic al statului, regenerarea și conservarea pădurilor.

În 1921 a fost înființată Societatea de Turism pentru protecția Naturii, fiind considerată prima formă de organizare și protecție a naturii, al cărei scop era printre altele și formarea de rezervații naturale¹⁵.

În 1924 apare Legea regimului apelor, înființându-se pe lângă Ministerul Lucrărilor Publice, Consiliul Superior al Apelor, al cărui scop era să întocmească regulamentul de aplicare a legii și să avizeze asupra tuturor aspectelor din domeniul apelor trimise către Ministerul Lucrărilor Publice¹⁶.

Protecția monumentelor naturii s-a concretizat prin adoptarea la 7 iulie 1930 a primei legi privind protecția monumentelor naturii, în cuprinsul acesteia monumentele naturii fiind definite ca „toate teritoriile, vietățile și artefactele neistorice, ce merită a fi considerate pentru folosința obștească actuală și viitoare”.

În această perioadă a luat ființă Comisia monumentelor naturii, care avea ca scop inventarierea monumentelor naturii și conservarea lor. Așa a fost înființat în 1933 Parcul Național Retezat, urmat și de alte rezervații naturale, ca de exemplu Pădurea Letea, Codrul secular Slătioara, Codrul secular Gimălau etc.

După cel de-Al Doilea Război Mondial apare la 17 octombrie 1950 Decretul nr. 237 privind ocrotirea naturii și ulterior Regulamentul de aplicare aprobat prin Hotărârea Consiliului de Miniștri nr. 518/1954. Protecția naturii s-a realizat în această perioadă „în condițiile dezvoltării planificate și regimului politic totalitar”¹⁷.

Prin Hotărârea Consiliului de Miniștri nr. 518/1954 se acorda comitetelor executive ale consiliilor populare județene, posibilitatea să adopte la propunerea Comisiei pentru Ocrotirea Monumentelor Naturii măsuri provizorii pentru ocrotirea depozitelor fosiliere, peșterilor, faunei, florei etc. Activitatea Comisiei s-a concretizat prin creșterea numărului de rezervații în acea perioadă.

Tendențele internaționale de protecție a mediului, concretizate prin desfășurarea Conferinței mondiale a O.N.U. asupra mediului care a avut loc la Stockholm la 20 iunie 1972 au determinat România să adopte Legea nr. 9 din 20 iunie 1973 privind protecția mediului înconjurător – „situând România printre puținele țări din lume care dispunea de o lege-cadru în acest domeniu, lege care a fost întregită și completată cu alte reglementări sectoriale”¹⁸.

Potrivit Legii nr. 9/1973 mediul înconjurător reprezenta „totalitatea factorilor naturali și ai celor creați prin activități umane care, în strânsă interacțiune, influențează echilibrul ecologic, determină condițiile de viață pentru om și dezvoltarea societății”.

În anul 1974 s-a înființat Consiliul Național pentru Protecția Mediului Înconjurător, cu filiale teritoriale, însă eficiența sa a fost limitată și „diminuată de atitudinea și concepția generală a sistemului politic-economic”¹⁹.

După Revoluția din 1989 s-a adoptat prin referendumul din 8 decembrie 1991 Constituția României, prin care, după revizuirea din 2003, printre altele, a stabilit prin art. 35 „Dreptul la un mediu sănătos” obligația statului de a asigura „dreptul oricărei persoane la un mediu sănătos și echilibrat ecologic”.

¹³ Constantin C. Giurescu, *op.cit.*, p. 134.

¹⁴ Mircea Duțu, *op.cit.*, p. 26; Daniela Marinescu, *op.cit.*, p.28.

¹⁵ Ștefan Țarcă, *Dreptul mediului*, Editura Lumina Lex, București, 2005.

¹⁶ Ștefan Țarcă, *Dreptul mediului*, Editura Lumina Lex, București, 2005.

¹⁷ Mircea Duțu, *op.cit.*, p. 26; Daniela Marinescu, *op.cit.*, p.29.

¹⁸ Daniela Marinescu, *op.cit.*, p. 37.

¹⁹ Mircea Duțu, *Dreptul op.cit.*, p. 26; Daniela Marinescu, *op.cit.*, 2008, p.30.

În 1995, la 29 decembrie, s-a adoptat Legea nr. 137²⁰ a protecției mediului prin care se stabilea pentru prima dată ca protecția mediului să fie „un obiectiv de interes public major”. Legea a consacrat „principiile și elementele strategice” care ajută la dezvoltarea durabilă a societății și modalitatea evaluării impactului asupra mediului și autorizare a activităților sociale și economice, stabilind reglementări sectoriale de protecția mediului²¹. Prin articolul 5 din Legea 137/1995 s-a consacrat tuturor „persoanelor dreptul la un mediu sănătos, garantând în acest scop: a) accesul la informațiile privind calitatea mediului b) dreptul de a se asocia în organizații de apărare a calității mediului; c) dreptul de consultare în vederea luării deciziilor privind dezvoltarea politicilor, legislației și a normelor de mediu, eliberarea acordurilor și a autorizațiilor de mediu, inclusiv pentru planurile de amenajare a teritoriului și de urbanism; d) dreptul de a se adresa, direct sau prin intermediul unor asociații, autorităților administrative sau judecătorești în vederea prevenirii sau în cazul producerii unui prejudiciu direct sau indirect; e) dreptul la despăgubire pentru prejudiciul suferit”.

Legea-cadru privind protecția mediului a fost completată de mai multe reglementări sectoriale, ca de exemplu: Legea apelor nr. 106/1996, Codul silvic aprobat prin Legea nr. 26/1996, Legea privind desfășurarea în siguranță, reglementarea, autorizarea și controlul activităților nucleare nr. 111/1996, Legea vânătorii și a protecției fondului cinegetic nr. 407/2006, OUG nr. 243/2000 privind protecția atmosferei, OUG nr. 57/2007 privind ariile naturale protejate, conservarea habitatelor naturale, a florei și faunei sălbatice, HG nr. 440/2005 privind reorganizarea și funcționarea Gărzii de Mediu etc.

Datorită necesității armonizării legislației naționale cu acquis-ul comunitar în domeniu, în cadrul procesului de preaderare la Uniunea Europeană, prin OUG nr. 195/2005 s-a stabilit o nouă reglementare-cadru în domeniu care transpune dreptul comunitar în domeniul protecției mediului, dar așa cum specialiștii din domeniul dreptului mediului au remarcat și „renunțarea nejustificată la unele prevederi pozitive precum cele din domeniul răspunderii pentru prejudiciul ecologic”²². Reglementarea răspunderii juridice își are sediul și în Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului²³. Aceste reglementări privind răspunderea de mediu au fost completate cu o serie de norme sectoriale și speciale în domeniul protecției mediului.

De asemenea, deși nu este reglementată în mod expres, răspunderea în dreptul mediului îmbracă forma răspunderii civile delictuale, contravenționale și penale.

Dacă până la apariția O.U.G. nr. 68/2007 în problemele de mediu se aplica răspunderea civilă clasică, după apariția ordonanței menționate putem vorbi despre o răspundere de mediu prin care se urmărește prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului. Cu toate acestea, răspunderea introdusă prin O.U.G. nr. 68/2007 reglementează doar situația prejudiciului cauzat mediului, neacoperind toate situațiile, la restul prejudiciilor cauzate în cadrul raporturilor de mediu, care nu sunt reglementate de ordonanță, li se vor aplica normele răspunderii civile clasice.

În problema răspunderii contravenționale pentru daunele de mediu, ne raliem și noi la părerea autorilor literaturii de specialitate²⁴, susținând necesitatea caracterului imprescriptibil al sancțiunilor aplicate în cazul poluării, având în vedere impactul major pe care poluarea îl are asupra mediului în general și al bunurilor și sănătății oamenilor.

De asemenea, apreciem că numeroasele modificări atât din punct de vedere legislativ precum și de nivel organizațional și funcțional al Ministerului Mediului au avut din nefericire efecte negative la nivel de implementare reală și eficientă a reglementărilor privind protecția mediului. De multe ori, deși suntem în secolul XXI, autoritățile sunt ineficiente și incapabile să gestioneze la nivel central și local problematica protecției mediului.

²⁰ Legea nr. 137/1995 republicată, publicată în M.Of. nr. 70/17 februarie 2000. A fost abrogată în temeiul art. 105 lit. a) din OUG nr. 195/2005 privind protecția mediului.

²¹ Mircea Duțu, Andrei Duțu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Editura Academiei Române, București, 2015, p.45.

²² Mircea Duțu, Andrei Duțu, *op.cit.*, p. 46.

²³ Ordonanța de Urgență nr. 68 din 28 iunie 2007, publică în Monitorul Oficial nr. 446/29.07.2007.

²⁴ D. Marinescu, 2010, *op.cit.*, p.675.

REGIMUL JURIDIC AL PROTECȚIEI MĂRII NEGRE ÎMPOTRIVA POLUĂRII*

Izabela Mihaela HONCIU (LAZĂR)*

Abstract: Designed today as a specially protected area, the Black Sea is the largest continental basin in the world. It is a remnant of the Sarmatian Sea and presents a number of unique aspects in the world. The entire Black Sea ecosystem is in an advanced process of degradation. The adoption of the Convention on the Protection of the Black Sea Against Pollution is in the broader context of the area's concerns over the last few years to multiply its economic, political, cultural and scientific cooperation, including through the establishment of appropriate institutional structures. The Convention on the Protection of the Black Sea Against Pollution has succeeded in establishing intergovernmental cooperation on a permanent basis with regard to other conventions on the protection of the marine environment, and to capitalize on some of the experience of adopting and applying other documents in the field.

Keywords: protection; pollution; marine environment; Black Sea; legal regime.

Marea Neagră este o mare din bazinul atlantic, situată între Europa și Asia, care se învecinează cu Rusia, Ucraina, România, Bulgaria, Turcia și Georgia. Marea Neagră are un țărm dantelat și este săracă în insule. Cele mai importante insule sunt Insula Șerpilor și insulele formate de Dunăre, precum Isula Sacalinul Mare. Peninsula Crimeea este cea mai importantă peninsulă, împărțită cu Marea Azov. Golfurile Mării negre sunt largi, puțin prielnice adăpostirii vaselor pe furtună, cum sunt: Golful Burgas, Golful Varna, Golful Sinop, Golful Samsun, etc.). Fundul mării este împărțit în platforma continentală, care ocupă o suprafață întinsă în partea de nord-vest a Mării Negre, cu o lungime de peste 200 km și o lățime de 2,2 până la 15 km, panta continentală și zona abisală. Lângă coasta caucaziană și anatoliană platforma constă într-o fâșie îngustă intermitentă.

Ecosistemul Mării Negre este într-un proces avansat de degradare. 90% din volumul apelor Mării Negre sunt lipsite de oxigen și marea majoritate a vieții marine este concentrată la suprafață în restul de 10%. În mediul marin, este deversată o mare cantitate de poluanți de origine fluvială, îndeosebi din Dunăre, Don și Nipru. Starea ecologică a Mării este destul de gravă, mai ales din cauza aportului de apă dulce adusă de fluvii, fiind amenințată de un colaps pe termen scurt. Modificările care au alterat starea de echilibru a ecosistemului marin s-au datorat ridicării stratului de acid sulfuric, pătrunderii unor cantități mari de poluanți minerali și organici. Introducerea accidentală de faună, distrugerea resurselor estetice ale litoralului, supraexploatarea resurselor, sunt realități evidente¹.

Se consideră că, cei mai mari poluatori ai Mării Negre sunt platforma industrială Petromidia-Năvodari, orașele Constanța, Mangalia, București și transportatorii maritimi care își curăță tancurile petroliere, chimice sau transportatoare de gaze lichefiate, înainte de intrarea în port. În Marea Neagră se deversează anual 280 de tone de cadmiu, 60 de tone de mercur, 50000 de tone de hidrocarburi, 4500 de tone de zinc, 1000 de tone de crom, la care se adaugă importante cantități de petrol, cupru, azot, siliciu, nitrați, fosfați, pesticide și alte substanțe. Din cauza poluării industriale, în adâncime s-a redus cantitatea de oxigen, viețuitoarele marine și vegetația fiind distruse.

Totodată, poluarea și pescuitul iresponsabil au determinat diminuarea resurselor biologice, a diversității speciilor și a cadrului natural al ecosistemului Mării Negre. În ultimele decenii, s-a înregistrat o mare scădere a numărului de delfini și a speciilor de pești. Astfel, pescuitul excesiv a afectat nu numai resursele de pește dar și sărăcirea cantității de hrană pentru delfini, cu consecințele aferente. S-au adăugat cauze precum: capturarea accidentală în timpul activităților de pescuit legal sau ilegal (braconaj) cu utilizarea unor metode abuzive (unelte fixe, cum ar fi setcile pentru calcan), poluarea apelor mării cu produse petroliere și ape reziduale, ceea ce a dus la îmbolnavirea populațiilor de pește și delfini, la perturbarea habitatului lor natural². Se estimează că, în prezent, numărul delfinilor din Marea Neagră este de 500-1000 afalini, 400-600 de marsuini și 600-800 de delfini comuni³.

La 21 aprilie 1992, la București, a fost semnată de către reprezentanții statelor riverane (România, Bulgaria, Georgia, Turcia, Federația Rusă și Ucraina), Convenția privind protecția Mării Negre împotriva poluării, însoțită de

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU-159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

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

¹ Livia Theodora Mihăilescu-Pene, *Protecția mărilor regionale împotriva poluării, Cadrul juridic al cooperării internaționale. Cazul Mării Negre*, Ed. Universul juridic, București, 2011, p.186.

² *Ibidem*, p. 187.

³ Mircea Duțu, *Dreptul internațional al mediului*, Ed. Economică, București, 2004, p.347.

trei protocoale adiționale⁴. Este vorba despre un ansamblu convențional în care regimul juridic general este stabilit de convenție, iar regimurile speciale de protecția mediului marin împotriva unor forme particulare de poluare – din surse de pe uscat, cu petrol și cu alte substanțe nocive în situații de urgență și poluarea prin descărcare – sunt prevăzute de protocoalele adiționale⁵:

- Protocolul privind protecția mediului marin al Mării Negre împotriva poluării din surse de pe uscat;
- Protocolul privind cooperarea în combaterea poluării cu petrol și alte substanțe nocive a mediului marin al Mării Negre, în situații de urgență;
- Protocolul privind protecția mediului marin al Mării Negre împotriva poluării prin descărcare.

Ulterior semnării Convenției și a celor 3 protocoale adiționale, statele riverane, fiind preocupate de pericolele ce amenință biodiversitatea, cum ar fi eutrofizarea, suprapescuitul, poluarea și introducerea continuă a speciilor exotice. De asemenea, acceptând importanța controlului poluării din Marea Neagră în scopul conservării biodiversității, a întreținerii și a restaurării funcțiilor ecosistemului, au adoptat la 31 mai 2002, în Bulgaria, Protocolul privind Conservarea Biodiversității și a Cadrului Natural al Mării Negre la Convenția privind Protecția Mării Negre Împotriva Poluării.

În spiritul reglementărilor internaționale în materie, Convenția referitoare la protecția Mării Negre a recunoscut inițial că „resursele naturale și de agrement ale acesteia pot fi păstrate în primul rând, prin eforturile comune ale țărilor riverane” și, în consecință, sunt luate în considerare „caracteristicile hidrologice și ecologice speciale ale Mării negre și sensibilitatea faunei și a florei acesteia, la schimbările de temperatură și de compoziție ale apei mării”, având în vedere că poluarea mediului marin al Mării Negre rezultă și din surse de pe uscat din alte țări ale Europei, îndeosebi prin râuri. În consecință, se recunoaște necesitatea cooperării științifice, tehnice și tehnologice, pentru îndeplinirea obiectivelor convenției, având în vedere că acordurile internaționale existente, până la acea dată, nu acopereau toate aspectele poluării mediului marin al Mării Negre, provenind din țări terțe⁶.

Potrivit art.1 alin.4 al Convenției Organizației Națiunilor Unite privind Dreptul Mării, din 10 decembrie 1982, poluarea mediului marin a fost definită ca „introducerea de către om, direct sau indirect, de substanțe sau energie în mediul marin, inclusiv estuare, care au sau pot avea ca rezultate asemenea efecte dăunătoare, cum sunt vătămarea resurselor vii și a vieții marine, pericole pentru sănătatea omului, obstacole pentru activitățile pe mare, inclusiv pescuitul și alte folosințe legitime ale mării, degradarea calității de folosință a apei mării și deteriorarea condițiilor de agrement” (art.2 alin.1).

Pentru scopurile convenției, termenul de nave, desemnează navele de orice tip, de deplasare pe mare. Sunt incluse în această categorie, navele cu elice, vehiculele cu pernă de aer, submarinele, mijloacele plutitoare, platformele și orice alte construcții amplasate pe apă. Aeronavele reprezintă orice mijloace de deplasare în aer, de orice tip (art. 2, alin. 2, lit. a și b). În circumscrierea câmpului de aplicare, în temeiul imunității suverane, convenția a stabilit că nu se aplică nici unei nave de război, nave auxiliare, altor vase sau aeronave aflate în proprietatea sau care sunt exploatate de către un stat și folosite, la acea dată, numai în serviciul necomercial al guvernului (art. 4). Cu toate acestea, fiecare parte contractantă este obligată să adopte măsuri adecvate care să nu stânjenească operațiunile unor asemenea nave sau aeronave aflate în proprietatea sa ori exploatate de ea, ca acestea să acționeze într-o manieră conformă dispozițiilor convenției.

Descărcarea este definită în sens pozitiv, în sensul că include orice deversare deliberată de deșeuri sau alte materiale de pe nave sau aeronave, orice sabordaj⁷ deliberat de nave sau aeronave, cât și în sens negativ, neincluzând:

- Deversarea de deșeuri sau alte materiale care rezultă în mod direct sau indirect din exploatarea normală a navelor sau aeronavelor și a echipamentului lor, altele decât deșeurile sau alte materiale transportate de nave sau aeronave, care sunt exploatate în scopul deversării unor asemenea materiale sau derivate din tratarea unor asemenea deșeuri sau altor materiale pe nave sau aeronave;
- Orice depunere de materiale pentru un alt scop decât simpla deversare a acestora, cu condiția ca o asemenea depunere să nu fie contrară scopurilor acestei convenții (art. II, pct. 3).

Substanța nocivă, a fost definită ca fiind orice substanță periculoasă, otrăvitoare sau un alt tip de substanță care, introdusă în mediul marin, din cauza toxicității și a persistenței sau a caracteristicilor bioacumulative, ar cauza poluare sau ar afecta negativ procesele biologice (art. II, pct. 4)⁸.

⁴ Ratificată de România prin Legea nr. 98 din 16 septembrie 1992, (M.Of. nr. 242, din 29 septembrie 1992), a intrat în vigoare la 15 ianuarie 1994; Mircea Duțu, *Convenția privind protecția Mării Negre împotriva poluării*, în revista Studii de drept românesc, nr. 1/1994, p. 31-37; Mircea Duțu, *Le régime juridique de la conservation des ressources biologiques et de la biodiversité de la Mer Noire*, în Revista română de drept al mediului, nr. 1/2003, p. 119-129; Mircea Duțu, *Tratat de dreptul mediului*, p. 764-769, ediția a 3-a, Ed. C.H.Beck, București, 2007.

⁵ Mircea Duțu, *op.cit.*, p. 348.

⁶ Organizația Cooperării economice a Mării negre are printre scopurile sale, prevăzute în cartă adoptată la 22 octombrie 1998, intrată în vigoare la 1 mai 1999, cooperarea în domeniul protecției mediului (art.4); Năstase A., Aurescu B., Gîlea I., *Drept internațional contemporan*, ediția a II-a revăzută și adăugită, Texte esențiale, Ed. Universul Juridic, 2007, p. 215; Vătămănuș D., *Organizații europene și euroatlantice*, Ed. C.H.Beck, 2009, p. 427; Uzună R., *Organizația Cooperării Economice a Mării Negre, Provocările Reformei la 15 ani de la lansarea procesului*, Revista Română de Drept Internațional, nr. 4 ianuarie-iunie, 2007, p. 79-87.

⁷ Găurire a corpului unei nave scufundate pentru a scoate încărcătura la suprafață.

Ca în toate convențiile privind protecția mărilor regionale și cea referitoare la Marea Neagră, după ce afirmă inițial disponibilitatea de a coopera pentru conservarea mediului marin și protejarea resurselor vii ale acestuia împotriva poluării, relevă necesitatea colaborării științifice, tehnice și tehnologice în acest sens. Totodată, pe baza abordării regionale concertate este prevăzută și colaborarea cu organizații internaționale interesate.

În spiritul „comunității de interese” și „patrimoniului regional”, precum și al adevărului că „poluarea rezultă și din alte surse de pe uscat din alte țări ale Europei”, convenția este deschisă aderării oricărui stat neriveran la Marea Neagră „interesat de realizarea scopurilor convenției și care să contribuie în mod substanțial la protecția și conservarea mediului marin al Mării Negre”.

Obligația generală de cooperare se manifestă sub forma informării, consultării, concertării și negocierii. O reglementare specifică și detaliată vizează cooperarea științifică și tehnică și supravegherea stării mediului marin.

Cât privește responsabilitatea și răspunderea materială, Convenția privind protecția Mării Negre împotriva poluării prevede măsuri referitoare la responsabilitatea și răspunderea materială, „în scopul de a asigura cel mai ridicat grad de dezvoltare și de protecție a Mării negre împotriva poluării”. În acest scop, este consacrată responsabilitatea părților contractante pentru îndeplinirea obligațiilor lor internaționale privind protejarea și păstrarea mediului marin al Mării Negre. Pentru concretizarea acesteia, fiecare stat adoptă reguli și reglementări privind răspunderea materială pentru daune provocate de persoane fizice sau juridice, mediului marin al Mării Negre, în zonele în care își exercită suveranitatea, drepturile suverane sau jurisdicția lor. În acest context, se acordă o deosebită atenție sistemelor de asigurare a unei compensații prompte și adecvate sau a altei reparații, pentru pagube cauzate prin poluarea mediului marin. De asemenea, este prevăzut angajamentul de cooperare în vederea dezvoltării și armonizării legilor, reglementărilor și procedurilor referitoare la răspunderea materială, la evaluarea daunelor și la compensația pentru pagubele cauzate prin poluare a mediului marin al Mării negre (art. XVI).

La 5 iunie 1992, la Rio de Janeiro a fost semnată Convenția privind biodiversitatea și a intrat în vigoare la 29 decembrie 1993 și ratificată de România prin Legea nr.58/1994 (M.Of. nr. 199/02.08.1994). Documentul are ca principale obiective conservarea diversității biologice, utilizarea durabilă a elementelor sale, împărțirea dreaptă și echitabilă a avantajelor care decurg din exploatarea resurselor genetice. În conformitate cu Carta ONU, statele au dreptul suveran de a exploata propriile resurse și responsabilitatea de a se asigura ca activitățile de sub jurisdicția și controlul lor să nu cauzeze prejudicii mediului altor state sau zonelor din afara limitelor jurisdicției lor naționale.

La semnarea documentului, statele semnatare au avut în vedere valoarea intrinsecă a diversității biologice, valoarea ecologică, genetic, social, economic, științifică, educațională, cultural, recreativă și estetică a diversității biologice și a componentelor sale.

Pentru realizarea obiectivelor propuse, statele părți sunt obligate să coopereze pentru identificarea și supravegherea conservării și utilizării durabile a biodiversității, prin inventarierea elementelor sale constitutive, a celor aflate în pericol, a categoriilor de activități care au ori riscă să aibă o influență defavorabilă asupra conservării, prin pregătirea de studii de impact, elaborarea de strategii, planuri ori programe naționale de conservare.

Pentru reglementarea comerțului internațional cu organisme modificate genetic prin tehnicile biotehnologiei moderne, precum și cu produse rezultate din acestea, sub egida Programului Națiunilor Unite pentru Mediul Înconjurător și a Secretariatului Executiv al Convenției asupra diversității biologice, a fost adoptat Protocolul de la Cartagena asupra securității biologice, care a fost semnat pe 24 mai 2000, la Nairobi, Kenya, cu ocazia celei de-a 5-a reuniuni a Conferinței Părților la Convenția asupra diversității biologice⁹.

Una dintre măsurile cele mai importante de protejare a resursei piscicole a mării o reprezintă stabilirea unor limite libertății pescuitului, în sensul raționalizării exploatării acestuia.

Conform art.116 din Convenția de la Montego Bay din anul 1982, toate statele au dreptul ca resortisanții săi să pescuiască în marea liberă, dar au și obligația să determine după specii „un ołum admisibil de capturi” în acea zonă. Din păcate, sărăcia numărului de specii de pește și a resursei de pescuit în general, a făcut ca între țările riverane să nu se încheie convenții special privind ocrotirea anumitor specii și să se instituie comisii speciale.

În domeniu, remarcăm și Acordul referitor la respectarea de către navele de pescuit în marea liberă a măsurilor internaționale de conservare și gestiune (FAO, 1993), care instituie două măsuri speciale:

- a. Un sistem de autorizații care trebuie creat de fiecare stat în parte;
- b. Un fișier de nave de pescuit care trebuie ținut de dispoziția FAO de către fiecare stat în parte.

Acordul privind conservarea cetaceelor din Marea Neagră, Marea Mediterană și din zona contigvă a Atlanticului, adoptat la Monaco, la 2 noiembrie 1996, ratificat de România prin Legea nr. 91/2000, a fost adoptat în prelungirea tratatelor internaționale privind conservarea speciilor migratoare și animale sălbatice.

Acordul are ca obiectiv realizarea și menținerea unei stări favorabile de conservare a cetaceelor prin măsuri de interdicere și eliminare a oricărei capturări intenționate a cetaceelor și prin cooperare pentru crearea și menținerea unei rețele de zone protejate special pentru conservarea acestora. Documentul consacră principiul precauției în

⁸ Mircea Duțu, *op.cit.*, p.350.

⁹ A fost adoptat până în prezent de 168 de state, precum și de statele membre ale Uniunii Europene.

implementarea măsurilor stabilite și recunoaște dreptul fiecărei părți de a menține sau de a adopta măsuri mai stricte pentru conservarea cetaceelor și a habitatelor acestora.

Pentru a completa prevederile cu caracter general referitoare la biodiversitate, Bulgaria, Georgia, România, Rusia, Turcia și Ucraina au încheiat Protocolul privind conservarea biodiversității și a cadrului natural al Mării Negre (Bulgaria, 31.05.2002) la Convenția privind protecția Mării Negre împotriva poluării¹⁰.

În art. 1, se prevede că scopul acestuia este de a menține ecosistemul Mării Negre într-o stare ecologică bună și a peisajului său în condiții favorabile pentru a proteja, conserva și a administra durabil diversitatea biologică și peisagistică a Mării Negre, pentru a îmbogăți resursele biologice. Protocolul intenționează să servească drept un instrument legal pentru „dezvoltarea, armonizarea și impunerea unor politici de mediu necesare, strategii și măsuri de conservare, protejare și administrare durabilă a resurselor naturale, istorice, cultural și estetice și moștenire a statelor Mării Negre pentru generații prezente și viitoare”.

Potrivit art. 4 al protocolului, fiecare parte contractantă este obligată să ia toate măsurile necesare pentru:

- Protejarea, conservarea, îmbunătățirea și administrarea durabilă și în accord cu mediul a ariilor cu particularități biologice sau cu peisaje valoroase;
- Asigurarea faptului că speciile găsite în aria de aplicare a Protocolului sunt menținute la starea de conservare favorabilă, iar habitatele nu vor fi perturbate;
- Restaurarea și reabilitarea ariilor cu biodiversitate mare și cu peisaje valoroase, anterior prejudiciate;
- Restaurarea și menținerea peisajelor natural, istorice, cultural și cu valoare estetică.

Părțile semnatare ale Protocolului au adoptat o listă a speciilor importante pentru Marea Neagră, posibil amenințate, care sunt importante în funcționarea ecosistemului. O astfel de listă formează Anexa II a Protocolului și este subiectul unor măsuri speciale. De asemenea, este adoptată o listă a peisajelor și a habitatelor de importanță pentru Marea Neagră, în pericol de distrugere sau importante prin natura lor.

Ca parte integrantă a programului privind conservarea biodiversității, statele semnatare, în concordanță cu sistemul lor de legi naționale, trebuie să ia toate măsurile necesare pentru asigurarea integrității, durabilității și dezvoltării ariilor protejate, și anume:

- a. Consolidarea aplicării altor Protocoale ale Convenției și altor tratate relevante ale părților contractante;
- b. Interzicerea descărcării sau depozitării gunoaielor și a altor substanțe care pot afecta integritatea ariilor protejate sau a speciilor;
- c. Reglementarea trecerii navelor, a oricăror opriri sau ancorări;
- d. Interzicerea introducerii speciilor străine sau a celor modificate genetic, care pot fi distrugătoare pentru ecosistem;
- e. Reglementarea sau interzicerea oricăror altor activități ce implică explorarea sau modificarea solului sau explorarea subsolului părții de uscat, fundului mării sau a subsolului;
- f. Reglementarea oricăror activități de cercetare științifică;
- g. Reglementarea sau interzicerea pescuitului, vânătoriei, luării de animale și recoltării plantelor sau distrugerii lor, precum și comerțului cu animale și plante care provin din ariile protejate;
- h. Oricare alte măsuri de ocrotire a proceselor biologice și ecologice precum și a peisajelor.

Articolul 9 al Protocolului stabilește importanța participării publicului în luarea deciziilor, precum și informarea acestuia despre valoarea ariilor protejate, speciilor și peisajelor.

Adoptarea Convenției privind protecția Mării Negre împotriva poluării se înscrie în contextual mai larg al preocupărilor statelor din zonă, din ultimii ani, de a-și multiplica cooperarea pe mai multe planuri: economic, politic, cultural-științific etc., inclusiv prin crearea unor structuri instituționale adecvate. Deși semnată mai târziu decât celelalte convenții referitoare la protecția mărilor regionale, cea de față reușește să instituie o cooperare interstatală cu caracter permanent și să valorifice o parte din experiența adoptării și aplicării celorlalte documente în materie.

Astfel, statele-părți nu cooperează numai în domeniul de urgență dar și în prevenirea și combaterea celor mai diverse forme de poluare a mediului marin.

În același timp, se cuvine remarcat caracterul complex și dinamic al ansamblului convențional: cadrul general asigurat de convenție, completat și dezvoltat în mod specific prin protocoalele adiționale, precum și posibilitatea îmbogățirii sale permanente cu reglementări cerute de realitățile concrete.

Sub raportul conținutului, reglementările stabilesc obiective de calitate și cantitate, fixează exigențele pe care factorii de mediu și resursele naturale trebuie să le îndeplinească din punct de vedere ecologic.

Totuși, Convenția diferă de modelul original, respectiv Convenția de la Barcelona numai în privința problematicii protecției peștilor și a resurselor vii marine, iar obligațiile generale de control al tuturor surselor de poluare sunt mai imitate, chiar dacă prin protocoalele adiționale se stabilesc măsuri împotriva poluării din surse de pe uscat, cu petrol și alte substanțe nocive, în situații de urgență ori prin descărcare.

¹⁰ Depozitarul protocolului fiind Guvernul României; A. Năstase, Aurescu B, Gâlea I, *Drept internațional contemporan*, ediția a II-a revăzută și adăugită, Texte esențiale, Ed. Universul Juridic, 2007, p.704 și urm.

EVOLUȚII ÎN DREPTUL MEDIULUI LA 100 DE ANI DE LA MAREA UNIRE*

Georgiana-Florina IONESCU*

Abstract: *The Constitution revised through referendum in 2003 consecrates, in art. 35, the right of every person to a healthy and balanced environment. This consecration differentiates the right to a healthy environment from the right to health ab initio, offering a much needed individualization. The recognition of this right was the base of creating the environmental law in Romania.*

Keywords: *the right to a healthy environment, the protection of the environment, romanian legislation*

I. Evoluția protecției mediului în România înainte de anul 1889

În România, până la apariția Legii nr.9/1973, unele atribuții cu privire la mediul înconjurător reveneau unor organe centrale și locale ale puterii executive.

Înca din a II-a jumătate a secolului al XIX-lea, în cadrul ministerelor apar o serie de servicii, consilii specializate în gestionarea anumitor factori de mediu, care chiar dacă nu vizau direct și protecția și conservarea acestora, contribuiau cel puțin indirect, la realizarea unor asemenea obiective. Prin Legea pentru înființarea Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor din 30 martie 1883, s-a creat serviciul exterior al pădurilor, înscarinat cu lucrările privitoare la exploatarea, păstrarea și înmulțirea pădurilor statului.

În domeniul apelor, în 1924 s-a creat, pe langa direcția generală de specialitate din cadrul Ministerului Lucrărilor Publice și Consiliul Superior al Apelor, cu atribuții ca întocmirea regulamentului de aplicare a legii sau avizarea asupra tuturor problemelor trimise de către Ministerul Lucrărilor Publice.

Printr-o lege din 30 martie 1910 a fost înființată pe lângă Ministerul Agriculturii și Domeniilor, Casa Pădurilor, având ca scop administrarea fondurilor instituite prin lege pentru sporirea suprafeței domeniului silvic al statului, conservarea, regenerarea și punerea în valoare a pădurilor existente.

Apar și se dezvoltă unele forme de militarism ecologic, chiar dacă rațiunile lor dominante raman de ordin pios și utilitarist, în frunte cu societățile și asociațiile de apărare a animalelor folositoare și păsărilor cântătoare iar în 1905 Societatea pentru Protecția Animalelor având drept scop a îmbunătăți soarta animalelor prin toate mijloacele.

Societatea Turistică din Romania ia ființă în 1903 având ca scop ocrotirea și punerea în valoare a frumuseților naturale ale țării pentru ca ulterior în 1920 să se creeze asociația Clubul Drumeților, transformată mai târziu în Touring Clubul României care își propunea și adoptarea unor măsuri care să ducă la realizarea primului parc național din România.

În 1921 ia ființă Societatea de Turism pentru Protecția Naturii care este considerată drept prima formă organizată de ocrotire a naturii cu un program care prevedea formarea unor rezervații naturale și împrejmuirea lor.

Legea pentru protecția monumentelor naturii din 7 iulie 1930 a stabilit primele instituții ale mediului din România. În baza ei a luat ființă comisia pentru Ocrotirea monumentelor Naturii apoi în 1933 Comisia Regională pentru Ardeal, în anul 1936 Comisia Regională a Olteniei iar în anul 1938 cea pentru Moldova.

Aceste instituții au realizat o amplă activitate de cercetare științifică, concretizată prin publicarea a numeroase studii, lucrări monografice sau note care au stat la baza declarării unor valoroase obiective ca monumente ale naturii. Comisia a reușit să asigure ocrotirea legală pentru 36 de rezervații naturale, 15 specii de plante și 16 specii de animale. Cea mai mare realizare a Comisiei rămâne însă înființarea în 1935 a Parcului Național Retezat.

În temeiul unui decret din 1950 se reorganizează activitatea Comisiei pentru Ocrotirea Monumentelor Naturii, sub tutela Academiei. În locul fostelor comisii regionale se înființează subcomisii pe lângă filialele Academiei la Cluj -1955, Iași-1956 și pe lângă baza de cercetări științifice din Timișoara- 1959.

Alături de aceste subcomisii au fost create consilii regionale de îndrumare pentru ocrotirea naturii și conservarea genofondului României, cu rol de a menține legătura între Comisia pentru Ocrotirea Monumentelor Naturii și fostele comitete executive ale consiliilor populare și de a le ajuta pe acestea să își desfășoare activitatea.

Legislația privind mediul aferentă perioadei anterioare anului 1989 a reprezentat, mai ales din perspectiva aplicării sale, un experiment nereușit. Sub influența rezultatelor Conferinței de la Stockholm și ca reacție de „prestanță internațională”, în 1973 s-a adoptat prima Lege privind protecția mediului înconjurător (nr.9 din 20 iunie), ca o

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

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

reglementare-cadru (care consacra, pe de o parte, regimul juridic general al ocrotirii mediului, iar, pe de altă parte, stabilirea unei serii de reguli aplicabile factorilor naturali sau celor creați prin activități umane).

În baza și aplicarea sa a fost adoptat un set de acte normative cu caracter special vizând: apa (Legea apelor nr. 8/1974, Legea privind gospodărirea rațională, protecția și asigurarea calității apelor nr. 5/1989), teritoriul, solul (Legea privind fondul funciar nr. 58/1974 și Legea privind sistematizarea teritoriului și localităților urbane și rurale nr. 59/1974), pădurile (Legea privind conservarea, protejarea și dezvoltarea pădurilor, exploatarea lor rațională, economică și menținerea echilibrului ecologic nr. 2/1987) etc. Au fost instituite, de asemenea, o serie de reglementări tehnico-juridice referitoare la unele substanțe și produse chimice sau alte produse care, prin natura lor, pot afecta negativ mediul, domeniul nuclear, regimul materialelor explozive în economie, regimul substanțelor și produselor toxice etc.

Totodată, au fost elaborate, adoptate și investite cu putere de lege: Programul național de perspectivă pentru amenajarea bazinelor hidrografice (Legea nr. 1/1976) și Programul național pentru conservarea și dezvoltarea fondului forestier în perioada 1976-2010 (Legea nr. 2/1976).

II. Formarea și evoluția dreptului mediului în România după anul 1989

Dreptul român al mediului cunoaște așadar în privința evoluției sale două perioade distincte: cea cuprinsă între 1972 și 1989, a experimentului „planificării absolute” și, respectiv, cea a cristalizării sale ca o veritabilă ramură de drept, de tip occidental și disciplină de studiu universitar și cercetare științifică, post-1990.

Declanșată în urma Revoluției din Decembrie 1989, etapa constituirii dreptului mediului a cunoscut, inițial, o perioadă de tranziție, aferentă procesului de trecere de la economia din perioada comunistă, la cea de piață, de la dominația absolută a proprietății de stat, la avântul proprietății private și revenirii la democrația reprezentativă.

Având în vedere aceste noi schimbări intervenite în planul realității sociale o serie de prevederi din legea-cadru (nr. 9/1973) și legile sectoriale au devenit caduce, o serie de programe și acte normative au fost abrogate expres (legile nr. 1 și 2 din 1976, art. 8 din Legea nr. 2/1987 ș.a.) și s-au adoptat primele măsuri cu sensuri și conținut noi.

Prin Decretul nr. 11 din 28 decembrie 1989 al C.F.S.N. s-a înființat Ministerul Apelor, Pădurilor și Mediului Înconjurător (prin reorganizarea Consiliului Național al Apelor, Ministerului Silviculturii și Consiliului Național pentru Protecția Mediului Înconjurător, care se desființau), reprezentând astfel prima formulă instituțională de minister specializat în problema de mediu din România.

Legea fundamentală a țării din 8 decembrie 1991 a stabilit primele baze constituționale ale acțiunii de protecție a mediului, stabilind, pe de o parte, caracterul de responsabilitate publică a protecției mediului [statul trebuie să asigure „refacerea și ocrotirea mediului și menținerea echilibrului ecologic” – art. 134 alin. (2) lit. e), după revizuire art. 135 alin. (2) lit. e)], iar, pe de altă parte, dar în același spirit, raportul prioritar al acesteia cu dreptul de proprietate privată [„Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului” – art. 41 alin. (6), după revizuire art. 44 alin. (7)]. Un moment important al perioadei de tranziție l-a constituit adoptarea noii legi privind protecția mediului (nr. 137/1995, după legea-model elaborată sub egida Consiliului Europei), concepută ca o lege-cadru în materie, care a consacrat noua concepție și noile principii ale acțiunii publice în domeniu, de sorginte occidentală și stabilirea bazei juridice a viitoarelor reglementări sectoriale.

Cu această ocazie a fost recunoscut pentru prima dată în România „tuturor persoanelor dreptul la un mediu sănătos” (art. 5) și se institua un regim special al răspunderii pentru prejudiciu ecologic, iar organizațiilor neguvernamentale li se recunoștea dreptul la acțiune în justiție pentru conservarea mediului.

Legea cadru pentru protecția mediului acordă prin această legitimare procesual activă un larg acces la justiție pentru protecția mediului, dar în același timp și o garanție reală pentru apărarea dreptului, recunoscut și, acum, garantat prin dispozițiile constituționale „la un mediu sănătos și echilibrat ecologic”¹¹.

Tocmai datorită importanței recunoscute în mod constant acestui drept, el a dobândit protecția juridică corespunzătoare prin recunoașterea și sancționarea a ceea ce doctrina denumeste drept „Infrafracțiune de mediu”. Această infrafracțiune de mediu a fost definită ca „faptă socialmente periculoasă, săvârșită cu vinovăție, ce amenință valorile și interesele în domeniul protecției mediului, constând în poluarea mediului sau în perturbarea activității de prevenire a poluării, reducerea și înlăturarea efectelor poluării”¹².

În considerarea punerii în valoare a acestui nou drept au fost adoptate: noul Cod silvic (Legea nr. 26/1996), Legea apelor (nr. 107/1996), O.U.G. nr. 243/2000 privind protecția atmosferei, O.U.G. nr. 236/2000 privind regimul ariilor naturale protejate, conservării habitatelor naturale, a florei și faunei sălbatice, O.U.G. nr. 78/2000 privind regimul deșeurilor ș.a. În contextul inițierii negocierilor de aderare la Uniunea Europeană (prin Acordul din 1993) și cerinței preluării Acquis-ului comunitar de mediu – capitolul 22 al Documentului de poziție – au fost adoptate numeroase acte normative noi iar cele existente au fost modificate și completate; a fost adoptată și o nouă reglementare-cadru în materie de mediu (O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului).

¹¹ Mircea Dușu, Andrei Dușu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Editura Academiei Române, București, 2015, p. 45.

¹² Ernest Lupan, *Tratat de dreptul protecției mediului*, Ed. All Beck, București, 2009, p. 535.

Nu întotdeauna însă schimbările aduse au adus reglementări superioare; ceea ce se urmărea prin aceste noi acte normative fiind de fapt conformarea și alinierea la reglementarea comunitară. Revizuirea Constituției din anul 2003 a dus la consolidarea bazelor dreptului mediului respectiv recunoașterea „dreptului oricărei persoane la un mediu sănătos și echilibrat ecologic”, precum și „îndatorirea persoanelor fizice și juridice de a proteja și ameliora mediul” (art. 35). Garanțiile procedurale ale noului drept fundamental au fost prevăzute în art. 5 al OUG nr. 195/2005. După aderarea României la U.E. (1 ianuarie 2007), s-a accentuat procesul de integrare deopotrivă prin continuarea preluării și transpunerii în dreptul intern a noi acte legislative unional-europene în materie de mediu și adoptarea de modificări și completări legislative la cele existente și prin acesta de adaptare, de europenizare a dreptului român al mediului.

O evaluare a dreptului mediului în condițiile acestei evoluții ne arată că acesta se prezintă astăzi ca o mulțime de reglementări, provenite din izvoare diferite, o diversitate de organisme de edictare cu specificul sferei de acțiune propriu fiecăruia, diversitate care tinde permanent către o coeziune, o unitate de formă și conținut. Potrivit estimărilor specialiștilor, numărul tratatelor multilaterale consacrate mediului, fie în totalitatea lor, fie numai în privința anumitor prevederi, depășește 500. La acestea se adaugă mai bine de 900 tratate bilaterale privind aceeași problematică.

O contribuție importantă la cristalizarea procesului de formare ori precizare a semnificațiilor normelor dreptului internațional al mediului o au rezoluțiile organizațiilor internaționale, recomandările și directivele, declarațiile de principii, programele de acțiune ori jurisprudență internațională.

Avându-și bazele în titlul XX (art.191-193) al Tratatului privind funcționarea U.E., legislația unional-europeană de mediu (care reprezintă circa 40% din totalitatea dreptului U.E.) cuprinde peste 250 de directive și regulamente privind problemele transversale (evaluarea impactului ecologic, informarea și participarea publicului, răspunderea de mediu ș.a.), precum și aspecte sectoriale (protecția naturii, apa, aerul, deșeurile, zgomotul, substanțele periculoase ș.a.).¹³

Legislația de mediu internă din România constituită în proporție de 75% din drept unional-european este formată din peste 300 de acte normative (legi, ordonanțe de guvern, hotărâri guvernamentale, ordine ministeriale) referitoare la probleme orizontale sau sectoriale de mediu (calitatea aerului, schimbări climatice, gestiunea deșeurilor, calitatea apei, protecția naturii, substanțele periculoase, zgomotul ș.a.). Există totodată câteva sute de reglementări aflate în congruență cu problematica protecției mediului și conservării naturii. De asemenea, potrivit Constituției, republicată, fac parte din dreptul intern și cele circa 100 de tratate internaționale (multilaterale și bilaterale) în materie de mediu, la care România este parte.

¹³ <http://mentineromaniacurata.ro/images/prez25/legislatie.pdf>

ROMÂNIA – PARTE A PROCESULUI DE REALIZARE A IDEII DE UNITATE LA NIVEL EUROPEAN

Augustin FUEREA*

Abstract: *From an evolutionary and conceptual point of view, the European Union is the current form of economic integration, which started in 1952. If we were to refer to the legitimacy of Romanians and Romania's concerns regarding the emergence and evolution of the idea of european integration, we cannot forget the presence of the great diplomat Nicolae Titulescu in such a context, a personality who, in his capacity as president of the League of Nations, has greatly contributed to strengthening the thesis of "european unification", but also to removing the danger of a new global conflict. Today, seemingly hard to believe, it is astounding that, over 80 years ago (in 1934), Romania launched an esperanto appeal for the realization of the United States of Europe. In the same spirit can be invoked the novel „Omul de maine” („The Man of tomorrow”), a novel published by Cugetarea Publishing House in 1942 under the pen of the editor and writer Petre Georgescu-Delafras. In his approach, the author talks about "organising Europe in a large federal state with only one political and economic leadership".*

Key words: *european integration; esperanto appeal; The Man of tomorrow; European Union.*

1. Aspecte introductive

Puterea de anticipare a unor evoluții, inevitabile, pe care societatea internațională, în general, și cea europeană, în special, avea să le cunoască, în timp, este pusă în evidență, inclusiv de către doctrinarii români, cu precădere după anul 1990, chiar dacă aspectele relevate erau și până atunci cunoscute, unele dintre acestea fiind de notorietate. În acest sens, „nu putem să nu ne amintim (...) eforturile marelui diplomat român Nicolae Titulescu, în calitatea sa de președinte al Societății Națiunilor, pe linia îndepărtării pericolului unui nou conflict mondial [planul internațional, general] și a unificării europene [planul regional, european]”¹.

Exemplele sunt numeroase, dacă ne referim la contribuțiile României, în general, și ale românilor, în special, la fundamentarea unora dintre construcțiile ideatice și pragmatice europene, istoria confirmând, fără doar și poate, realismul unor astfel de proiecte, devenite, peste ani, adevărate repere ale succesului economic, politic, social și, nu în ultimul rând, juridic, dată fiind dimensiunea asupra căreia ne vom concentra atenția, dar nu numai.

2. Apelul esperanto - anticiparea unor evoluții, inclusiv de sorginte juridică

În anul 2001, vede lumina tiparului o lucrare² în cuprinsul căreia autorii remarcă faptul că, „în 1934, din România pornea un apel esperanto pentru Statele Unite ale Europei care, prin clarviziunea lui, depășește frontierele imaginației”³. De ce precizează autorii că, prin clarviziunea apelului, sunt depășite frontierele imaginației? Răspunsul este simplu și complicat, deopotrivă, pentru că, din punctul de vedere al conținutului apelului esperanto⁴, chiar dacă reprezintă 10 îndemnuri concrete, având doza sa de abstract, pentru acea etapă, gradual, s-a transformat în realitate. Autorii apelului, mințile luminate ale țării noastre, s-au dovedit a fi, în primul rând, foarte buni cunoscători ai istoriei, dar și ai vieții geopolitice, strategice, fapt care a și favorizat anticiparea unor evoluții care nu s-au lăsat foarte mult timp așteptate.

Reproducem apelul, în integralitatea sa, pentru ca, ulterior, să aducem argumentele necesare, de natură să confirme, punct cu punct, așteptările devenite realități:

„Europeni!

1. Cu toată opoziția și contra tuturor, aveți încredere în Uniunea Europeană.
2. Cu ocazia alegerilor naționale, nu votați decât pentru un partid care militează în favoarea creării unei zone economice europene unificate.
3. Difuzăți pe lângă parlamentele naționale europene ideea instituirii unui Parlament comun.
4. Cereți constituirea unei armate europene comune și introducerea unei monede unice.
5. Cereți un statut autonom pentru state, (...) [regiuni] și orașe în cadrul Statelor Unite ale Europei.
6. Să se studieze într-un spirit european.
7. Respectați celelalte naționalități.
8. Luptați pentru a elibera economia de povara birocrăției.
9. Luptați pentru legi și instituții care permit dezvoltarea socială.

* Prof. univ. dr.; ; cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, e-mail: augustinfuera@yahoo.com

¹ Popescu A., Jinga I., *Organizații europene și euroatlantice*, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 4.

² Popescu A., Jinga I., *op. cit.*

³ *Idem.*

⁴ Apel pe care, din aceeași sursă doctrinară, îl vom reda integral, în continuare.

10. Cine se bate pentru Uniunea Europeană favorizează pacea mondială”⁵.

O privire atentă a celor 10 puncte care compun apelul esperanto reliefează faptul că unele dintre acestea, deja, s-au materializat, altele fiind, încă, în stadiu de deziderat.

Analizând, succint, punctul 1 al apelului esperanto, referitor la „**încrederea în Uniunea Europeană**”, evoluțiile evoluțiile înregistrate din anii '50 și până în prezent sunt mai mult decât edificatoare. De la cele 3 Comunități Europene⁶, care numărau 6 state fondatoare⁷, până la Uniunea Europeană (denumită astfel prin Tratatul de la Maastricht⁸, respectiv Tratatul de la Lisabona⁹, prin care a dobândit personalitate juridică¹⁰, devenind, astfel, subiect de drept internațional care „se substituie și îi succede Comunității Europene”¹¹), evoluțiile au fost considerabile. Fără a invoca aici, procente, fiind apanajul sociologilor o astfel de practică, punctul 1 trimite la încrederea în Uniunea Europeană. Cererile de aderare, care au fost permanent formulate, aducând Uniunea Europeană de la cele 6 state fondatoare, treptat, la cele 28 câte există, în prezent, la care se adaugă statele candidate, asociate, respectiv potențial candidate, nu fac altceva decât să confirme o astfel de încredere, ca stare de fapt și de drept. Brexit-ul, nefinalizat, încă, reprezintă prima solicitare de retragere a unui stat din UE, potrivit art. 50 din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE).

Zona economică europeană unificată, despre care se face vorbire la cel de-al doilea punct, nu reprezintă nimic altceva decât piața unică știută, în practică și în teorie, ca reprezentând „esența Uniunii Europene (...) [deoarece constituie] principala rațiune economică a existenței sale”¹², care, „din punct de vedere instituțional (...) a fost impulsionată de o mixtură subtilă de inițiative legislative, administrative și judiciare”¹³.

Înființarea „unui **Parlament comun**” reprezenta un îndemn pentru europeni, lucru care s-a concretizat, urmare a unor etape succesive parcurse. „Parlamentul comun” a evoluat sub denumiri diferite, de la Adunare Comună, Adunare, Adunare Parlamentară Europeană până la aceea de Parlament European, denumire pe care o deține și în prezent, ca instituție a UE, care, nu de puține ori este confundată cu Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei. Vocația sa, eminemamente democratică, cea mai largă la nivelul întregului sistem instituțional al UE, a fost de natură să determine evoluții dintre cele mai consistente, din punctul de vedere al participării la procesul legislativ, decizional¹⁴: de la o instituție implicată într-un astfel de proces, numai sub aspect consultativ (până la Actul Unic European¹⁵), la cooperarea în cadrul procedurii decizionale (până la Tratatul de la Maastricht), rolul Parlamentului European a fost completat de statutul co-decizional care i s-a conferit prin Tratatul de la Maastricht, pentru ca, după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, să devină, alături de Consiliul UE, instituție legislativă¹⁶. În acest sens, „povestea Parlamentului European este cea a unei transformări graduale, dintr-o Adunare, relativ lipsită de putere, conform Tratatului CECO¹⁷ din 1952, în instituția considerabil întărită de astăzi”¹⁸.

„**Constituirea unei armate europene comune**” a cunoscut mai multe demersuri, care s-au finalizat prin apariția unei forțe armate euroatlantice ce a inclus, din perspectiva apelului, statele membre ale Uniunii Europene. Astfel, „Organizația Tratatului Atlanticului de Nord a fost înființată prin Tratatul Atlanticului de Nord, din 1949, la care se face referire în mod obișnuit ca Tratatul de la Washington”¹⁹. Aceasta, propunându-și realizarea unei alianțe cu scopuri defensive, își are drept temei al înființării art. 51 al Cartei ONU, angajându-se, potrivit preambulului Tratatului, să salvgardeze libertatea, moștenirea comună și civilizația popoarelor (inclusiv europene), bazate pe principiile democrației, libertății individuale și domniei legii, adăugăm noi, într-un stat de drept, din perspectiva condițiilor de îndeplinit pentru a deveni stat membru al NATO. Dintre cele 12 state fondatoare ale NATO, 5 au fost și state fondatoare ale actualei Uniuni Europene²⁰, 3 dintre statele fondatoare NATO au devenit, în timp, state membre ale UE²¹, iar cu altele 2²² Uniunea Europeană a stabilit raporturi dintre cele mai strânse, din toate punctele de vedere

⁵ Popescu A, Jinga I., *op. cit.*, p. 4-5.

⁶ Comunitatea Europeană a Cărbunului și Oțelului, Comunitatea Economică Europeană și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice.

⁷ Franța, Germania, Italia, Țările de Jos, Belgia și Luxemburg.

⁸ Semnat în anul 1992 și intrat în vigoare în anul 1993.

⁹ Semnat în anul 2007 și intrat în vigoare în anul 2009.

¹⁰ Art. 47 din Tratatul privind Uniunea Europeană: „Uniunea are personalitate juridică”.

¹¹ Art. 1 TUE par. 3 teza finală.

¹² Craig P., De Búrca G., *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ediția a 6-a, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 678.

¹³ *Idem*.

¹⁴ A se vedea, Fuerea A., *Legislativul Uniunii Europene – între unicameralism și bicameralism*, Revista Dreptul, nr. 7/2017, p. 187-200.

¹⁵ Semnat în anul 1986 și intrat în vigoare în anul 1987.

¹⁶ Potrivit art. 14 alin. (1) TUE: „Parlamentul European exercită, împreună cu Consiliul, funcțiile legislativă și bugetară”; art. 16 alin. (1) TUE: „Consiliul exercită, împreună cu Parlamentul European, funcțiile legislativă și bugetară”.

¹⁷ Tratatul de instituire a Comunității Europene a Cărbunului și Oțelului.

¹⁸ Craig P., De Búrca G., *op. cit.*, p. 56, care îl citează pe Corbett R., nota de subsol 147.

¹⁹ Alexandru C. (redactor coordonator), *NATO: Ce este. Ce va fi – Noua Europă și securitatea statelor mici*, Editura R.A. Monitorul Oficial, București, 1996, p. 45.

²⁰ Belgia, Franța Italia, Luxemburg și Olanda.

²¹ Danamarca, Marea Britanie, Portugalia.

²² Irlanda și Norvegia.

(politic, economic și juridic, cu precădere). De la constituire și până în etapa actuală, evoluțiile, din această perspectivă, sunt semnificative, în sensul prezenței statelor membre ale Uniunii Europene și în NATO, așa cum este și cazul țării noastre (din anul 2004 – membră a NATO și din anul 2007 – membră a UE).

Privitor la „**introducerea unei monede europene unice**”, lucru care s-a întâmplat urmare a îndeplinirii obiectivului stabilit prin Tratatul de la Maastricht, vizând Uniunea Economică și Monetară, „crearea monedei Euro a fost rezultatul unui proces exclusiv interguvernamental”²³, fiind o consecință firească a „deciziilor luate în Consiliul European de la Madrid, din decembrie 1995”²⁴.

Statutul „**autonom pentru state, (...) [regiuni] și orașe în cadrul Statelor Unite ale Europei**” necesită dezvoltări aparte. Din punctul de vedere al dimensiunii juridice, nu politologice, punctul 5 al apelului își găsește reflectarea fidelă în principiul subsidiarității, principiu care guvernează dreptul UE. Principiul la care ne referim „a fost introdus ca o noutate absolută de Tratatul de la Maastricht și a fost perfecționat prin modificările aduse de Tratatul de la Amsterdam, care a consacrat un întreg protocol”²⁵ acestei probleme”²⁶. Pentru a vedea cât de mare este asemănarea între nivelurile invocate în apelul esperanto (state, regiuni și orașe) și cele vizate de principiul subsidiarității (central, regional, local), reproducem actualul sediu al materiei, după Tratatul de la Lisabona, și anume art. 5 alin. (3) TUE: „în temeiul principiului subsidiarității, în domeniile care nu sunt de competența sa exclusivă, Uniunea intervine numai dacă și în măsura în care obiectivele acțiunii preconizate nu pot fi realizate în mod satisfăcător de statele membre nici la nivel central, nici la nivel regional și local, dar datorită dimensiunilor și efectelor acțiunii preconizate, pot fi realizate mai bine la nivelul Uniunii”.

Dacă multe dintre cele de mai sus cad sub incidența primului nivel de competențe, adică acelea care aparțin exclusiv Uniunii Europene, sau, în parte, celor partajate (între UE și statele membre) - acesta fiind al doilea nivel de competențe, unele dintre cele care fac obiectul analizei noastre, în continuare, se regăsesc la cel de-al treilea nivel, consacrat prin art. 6 al Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE). La acest al treilea nivel, „Uniunea este competentă să desfășoare acțiuni de sprijinire, de coordonare sau completare a acțiunii statelor membre”. Domeniile la care se face trimitere (lit. a-g) sunt: protecția și îmbunătățirea sănătății umane; industria; cultura; turismul; educația, formarea profesională, tineretul și sportul; protecția civilă și cooperarea administrativă. Aceasta se întâmplă deoarece studiul, „**într-un spirit european**” (pct. 6 din apel), se concretizează în diversele programe de pregătire, la un astfel de nivel (ex.: Erasmus, Erasmus+ ș.a.) licență, masterat, doctorat, postdoctorat, cu finanțările în consecință, ale mobilităților tuturor categoriilor de beneficiari (elevi, studenți, masteranzi, doctoranzi, postdoctoranzi, cadre didactice, cercetători și personal administrativ) un loc important ocupându-l Declarația de la Bologna²⁷.

Respectarea „**celorlalte naționalități**” (punctul 7 din apel) trimite direct la aplicarea principiului „unitate în diversitate”, principiu care a fost avut în vedere cu prilejul formulării obiectivelor și valorilor fundamentale pe care se întemeiază Uniunea Europeană, astfel „Uniunea respectă bogăția diversității sale culturale și lingvistice și veghează la protejarea și dezvoltarea patrimoniului cultural european”²⁸.

Punctele 8 și 9 ale apelului esperanto, la o analiză obiectivă, apreciem că pot fi, încă, plasate sub cupola așteptărilor. Realismul minților luminate care au formulat cele 10 puncte este pus în valoare și de această dată. De ce? Pentru că, poate, nu întâmplător, în cele două cazuri îndemnul lansat este sub semnul verbului „a lupta”, sub aspectul corelativ al domeniilor invocate: **birocrația care împovărează**, ținând prizonieră economia, necesar a fi eliberată, la nivelul UE și al statelor membre²⁹; legile și instituțiile care să nu frâneze sau să obstrucționeze, ci, dimpotrivă, să favorizeze **dezvoltarea socială**.

²³ Șaguna D. D., Tofan M., *Drept financiar și fiscal european*, Editura C.H.Beck, București, p. 55.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității, anexat Tratatului de instituire a Comunității Europene.

²⁶ Fábán G., *Drept instituțional al Uniunii Europene*, Editura Hamangiu, București, 2012, p.62.

²⁷ Declarația de la Bologna a fost semnată de către miniștrii educației din 29 de țări europene cu ocazia CRE/Conferința Confederației Rectorilor din Uniunea Europeană, care a avut loc la Bologna, la 18-19 iunie 1999. Obiectivele propuse sunt următoarele: „1. Adoptarea unui sistem de diplome ușor de comparat și de recunoscut, prin implementarea ideii de supliment la diplomă, în vederea promovării angajabilității cetățenilor Europei și competitivității internaționale a sistemului de învățământ superior. 2. Adoptarea unui sistem bazat, în mod esențial, pe două cicluri, de „*undergraduate*” și „*graduate*”. Accesul la al doilea ciclu va necesita completarea cu succes a studiilor din primul ciclu, care ar putea dura cel puțin trei ani. Diploma primită după absolvirea primului ciclu va fi, de asemenea, relevantă pentru piața de muncă europeană ca un nivel anume de calificare. Al doilea ciclu ar trebui să ducă spre diploma de master și/sau de doctor, așa cum se întâmplă în multe țări ale Europei. 3. Stabilirea unui sistem de credite echivalent cu sistemul ECTS ca o manieră oportună de a promova ideea de mobilitate a studenților peste tot în lume. Creditele ar putea fi obținute și în contexte care nu implică învățământ superior, care includ învățarea pe tot parcursul vieții, atâta timp cât sunt recunoscute de către universitate. 4. Promovarea mobilității prin depășirea obstacolelor din calea exercițiului efectiv al circulației libere, punându-se, în special, accent pe: pentru studenți, accesul la studii și la oportunități de formare și serviciile legate de acestea; pentru profesori, cercetători și personal administrativ, recunoașterea și valorificarea perioadelor parcurse în concursul european, prin cercetare, predare și formare, fără a fi prejudiciate drepturile lor statutare. 5. Promovarea cooperării europene în asigurarea calității unei viziuni legate de ideea de dezvoltarea criteriilor și metodologiilor comparabile. Promovarea dimensiunilor europene necesare legate de învățământul superior, mai ales în ceea ce privește dezvoltarea curriculară, cooperarea inter-instituțională, schemele de mobilitate și programele integrate de studiu, formare și cercetare” (<http://usm.md/wp-content/uploads/2010/12/bologna99.pdf>).

²⁸ Art. 3 alin. (3) par. 4 TUE.

²⁹ A se vedea criticile fenomenului numit *Comitologie* - „o serie de proceduri prin care țările UE controlează modul în care Comisia Europeană pune în aplicare legislația UE. Înainte de a putea pune în aplicare un act juridic al UE, Comisia trebuie să discute în detaliu măsurile

Cel din urmă punct (10), dar având o importantă covârșitoare, vizează cel mai complicat război pe care societatea internațională îl are de purtat, și anume: războiul generalizat împotriva terorismului. **Favorizează pacea mondială cei care „se bat” pentru Uniunea Europeană**, deoarece, inclusiv, prin Tratatul de la Lisabona, au fost consacrate acele mecanisme care să permită existența UE, ca spațiu de libertate, securitate și justiție (Titlul V, Partea a treia din TFUE) coroborat un astfel de spațiu cu preocuparea privind acțiunea externă a Uniunii, respectiv politica externă și de securitate comună (Titlul V din TUE).

3. Romanul „Omul de mâine” - argumente legislative aparținând primului deceniu al secolului XXI, mileniul al III-lea, de natură să confirme proiecțiile lansate în literatura primei jumătăți a secolului XX, cel de-al II-lea mileniu

Formularea titlului de mai sus atrage atenția asupra distanței, în timp, referitoare la proiecțiile de natură doctrinară, proiecții care și-au găsit consacarea legislativă, de la un secol la altul, respectiv de la un mileniu la altul. În fapt, este vorba despre o perioadă de 65 de ani care s-a scurs între apariția romanului lui Petre Georgescu-Delafras, „Omul de mâine”, roman prin care se anticipează viitorul Europei și Tratatul de la Lisabona, ca instrument juridic fundamental de drept al Uniunii Europene, prin care aceasta (Uniunea) dobândește personalitate juridică, devenind subiect de drept internațional, având caracter special, considerăm noi.

„În anul 1942, în romanul „Omul de mâine”, editorul și scriitorul Petre Georgescu-Delafras, director al cunoscutei edituri „Cugetarea” scria cu o certitudine care, astăzi, ne copleșește”³⁰. Așa cum rezultă din textul pe care îl vom prezenta mai jos, în lucrare sa, Petre Georgescu-Delafras trece de la îndemnurile pe care le-am constatat în apelul esperanto la certitudinea unor realizări care au fost validate de viață, în cea mai mare parte a lor, altele cunosc toate premisele, inclusiv de natură juridică, pentru a se înscrie în aceeași tendință. Pentru a nu lăsa loc echivocului, raportate la aceleași realități sunt și evoluțiile susținute, de data aceasta, de autorul Charles Zorgbibe, în lucrarea sugestiv intitulată „Construcția europeană – trecut, prezent și viitor”³¹. Vom proceda în mod similar apelului esperanto, în sensul că vom invoca, din aceeași sursă doctrinară³², spusele (scriserile) lui Petre Georgescu-Delafras, cu peste 75 de ani în urmă, apoi vom prezenta, cu argumente clare, susținerile ideilor anticipative, ușor abstracte pentru acea perioadă, și anume: „Primul rezultat va fi organizarea Europei într-un mare stat federal, cu o singură conducere politică și economică. Națiunile își vor păstra și mai departe specificul lor etnic, cât vor mai vrea și vor mai putea să-l păstreze, dar pentru înțelegerea dintre ele vor folosi o singură limbă (internațională) care se va învăța obligatoriu în toate statele federale. Barierele economice dintre state vor dispărea, mărfurile putând circula în voie de la o margine la alta a Europei. Va fi o singură monedă europeană”.

Autorul romanului, fiind apreciat ca un fin cunoscător al evoluțiilor societății internaționale și, în mod implicit, ale celei europene, arată în lucrarea sa, că „**primul rezultat va fi organizarea Europei într-un mare stat federal cu o singură conducere politică și economică**”. Ceea ce reține atenția, nu numai privitor la formularea de mai sus, ci la toate aspectele pe care le vom evidenția în continuare, este trecerea pe care, cu ușurință, o sesizăm, de la îndemn, chemare, specifice apelului esperanto, la certitudine, siguranță, vizând proiecțiile sale. Dacă în ce privește statutul Europei (UE), acela de stat federal, necesită, inclusiv, explicații de natură politologică care să se alăture celor pronunțat juridice, conducerea politică și economică nu poate fi pusă la îndoială. În prezent, din punctul de vedere al dimensiunii juridice, opinăm că Uniunea Europeană, așa cum am afirmat anterior, este un subiect special de drept internațional, în sensul că aceasta a dobândit, în timp, caracteristici proprii atât statelor (monedă unică, cetățenie proprie, instituții care au rol legislativ, executiv, judecătoresc - cele 3 puteri ș.a.), dar și organizațiilor internaționale (înființare, aderare, retragere ș.a.), asemănându-se cu cele două categorii de subiecte de drept internațional, dar deosebindu-se, deopotrivă, de ambele. Caracterul special al Uniunii Europene este dat de trei componente, componente care sunt analizate, pe larg, în literatura domeniului, și anume: sistemul instituțional; sistemul normativ și sistemul diplomatic³³. Conducerea politică revine, prin excelență, Parlamentului European și Consiliului European, prin atribuțiile pe care statele, în cadrul repartizării competențelor, au înțeles să le exercite împreună, dar la nivelul UE.

Astfel, între atribuțiile Parlamentului European, rețin atenția, ca având relevanță pentru sensul menționat, după cum urmează: acesta exercită funcții de control politic și consultative, în conformitate cu exigentele

de punere în aplicare pe care le propune, cu un comitet în care este reprezentat fiecare stat membru. Comitetul formulează un aviz cu privire la măsurile propuse de Comisie. Aceste avize pot fi, într-o măsură mai mică sau mai mare, obligatorii din punct de vedere juridic pentru Comisie, în funcție de procedura specificată în actul juridic implementat” (<http://ec.europa.eu/transparency/regcomitology/index.cfm?do=implementing.home&CLX=ro>). „Deciziile Consiliului UE se iau, de obicei, cu majoritate calificată, greu de obținut în multe cazuri. Situația îngreunează procesul decizional și lasă unele proiecte la decizia Comisiei Europene, atrăgând și critici pentru modul de implementare” (<http://www.mediafax.ro/externe/comisia-europeana-propune-simplificarea-si-transparentizarea-procesului-decizional-ue-16161110>).

³⁰ Popescu A., Jinga I., *op. cit.*, p. 5.

³¹ Editura Trei, București, 1988.

³² Popescu A., Jinga I., *op. cit.*, p. 5.

³³ Anghel, I.M.; Silasi G; Crăciunescu, A.D., *Diplomația Uniunii Europene (și regulile acesteia)*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 310.

prevedute în tratate să i alege președintele Comisiei. Parlamentul exercită un control politic asupra Comisiei; controlul se poate finaliza prin votarea unei motiuni de cenzură împotriva Comisiei.

În ce privește Consiliul European, chiar reglementarea președinției acestuia, prin prerogativele sale nu poate să nu rețină atenția. Faptul că o astfel de funcție se exercită, distinct, fără a fi cumulată cu alta, timp de 30 până la 60 de luni (doi ani și jumătate pentru un mandat, cu posibilitatea prelungirii încă un mandat, așa cum s-a întâmplat în cele două situații de până acum) este edificator pentru că, acum, se știe cine asigură continuitatea, la acest nivel, dacă o raportăm la președinția rotativă a Consiliului Uniunii Europene³⁴ (de numai 6 luni).

Conducerea economică revine, fără echivoc, Comisiei Europene, dar la care se adaugă implicarea Băncii Centrale Europene și a Curții de Conturi, prin natura atribuțiilor lor.

Unitatea în diversitate, enunțată ca opțiune în apelul esperanto, devine certitudine pentru directorul editurii Cugetarea, autor al romanului, atunci când se exprimă: „**națiunile își vor păstra și mai departe statutul lor etnic, cât vor mai vrea și vor mai putea**”. Aici sociologilor și politologilor le revine un mare merit în a găsi argumentele necesare, care să confirme sau nu astfel de evoluții. În mod similar, se întâmplă și privitor la afirmația cu care continuă autorul, „**dar pentru înțelegerea dintre ele [națiuni] vor folosi o singură limbă (internațională) care se va învăța obligatoriu în toate statele federale**”. De data aceasta, se vor alătura politologilor și sociologilor oamenii de litere, filologii, foarte buni cunoscători ai unor astfel de încercări. Faptul că este anticipată dispariția, cu siguranță, a barierelor economice dintre state, mărfurile având posibilitatea să circule „**în voie de la o margine la alta a Europei**” este de natură să impresioneze profund, dacă ne raportăm la existența actuală a pieței interne a Uniunii Europene, ca piață unică, respectiv la aplicarea, cu succes, a principiului liberei circulații a mărfurilor, la care se adaugă, deseori, corelativ, libera circulație a persoanelor, serviciilor, capitalurilor și plăților. Ideea potrivit căreia „**va fi o singură monedă europeană**” a reprezentat o opțiune devenită realitate, care s-a constituit, ca afirmație în sine, făcută în anul 1942, într-un veritabil corolar, al unei cunoașteri și exteriorizări, de excepție, pe care Petre Georgescu-Delafras le-a pus, cu prisosință, în valoare. Este motivul pentru care, și din această perspectivă, a puterii de anticipare, bazată pe studiu și aprofundare, putem conchide că România a avut, are și va avea minți luminate, cutezătoare, care au scrutat și vor scruta, în continuare, în mod obiectiv și necesar viitorul.

*

* *

În loc de **concluzii**, pentru a anticipa, la rândul-ne, evoluțiile care vor fi înregistrate, este suficient să invocăm conținutul art. 21 alin. (2) lit. h) din TUE potrivit căruia „Uniunea definește și desfășoară politici comune (...) și acționează pentru asigurarea unui nivel înalt de cooperare în toate domeniile relațiilor internaționale, în scopul (...) promovării unui sistem internațional bazat pe o cooperare multilaterală mai puternică și pe o bună guvernare globală”. Limitându-ne la dimensiunea juridică, aici invocând un tratat fundamental al Uniunii Europene, nu putem decât să constatăm preocupările existente cu privire la bipolarism (economic, politic, ș.a.) multipolarism ori, chiar, trimitând la globalizare, globalizare ale cărei efecte sunt greu sau imposibil de anticipat, așa cum sunt greu de relevat etapele parcurse în acest proces și când s-ar putea finaliza, dacă s-ar finaliza...

³⁴ Fuerea, A., *The exercise of the presidency within the European Union*, Revista Română de Drept European, supliment, 2016, p. 67-75.

PATRIMONIUL CULTURAL LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE: VIZIUNE, REGIM JURIDIC, ÎNȚIATIVE LEGISLATIVE ȘI PROGRAME

Sorin IVAN*

Abstract: *The cultural heritage is a domain of major importance in the European Union's area of concerns. Its protection, preservation, consolidation and promotion are a priority theme of the EU legislation and policies. The priority status is reflected on the legal level through the legislative provisions, through the references to the "cultural and linguistic diversity", to "the European cultural heritage", and to "the cultural, religious and humanist inheritance of Europe". Its regime of a major theme is also translated into the policies of the European Union through a series of programmes addressed to the European cultural heritage. Among these programmes, of which the most important are: Raphael, Culture 2000, European Capital of Culture, Creative Europe, a programme of special importance, by its substance and scope, is the European Year of the Cultural Heritage 2018, established by the Decision (EU) 2017/864 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017.*

Keywords: *cultural heritage; European Union; vision; legal regime; European Year of Cultural Heritage*

I. Reglementarea juridică a patrimoniului cultural la nivelul Uniunii Europene

Patrimoniul cultural european este reglementat juridic în legislația Uniunii Europene prin Tratatul privind Uniunea Europeană și prin Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. Astfel, **art. 3 al Tratatului privind Uniunea Europeană** (versiunea consolidată), în cadrul punctului 3, se referă la „diversitatea culturală și lingvistică” și la „patrimoniul cultural european”, după cum urmează: „Uniunea respectă bogăția diversității sale culturale și lingvistice și veghează la protejarea și dezvoltarea patrimoniului cultural european.” Trebuie menționat că Tratatul privind Uniunea Europeană mai cuprinde o referință la patrimoniul cultural, prin faptul că, în Preambul, face trimitere la „moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei”¹. În viziunea oficială a UE, această moștenire reprezintă cadrul fertil în care au apărut și s-au dezvoltat valorile universale, drepturile fundamentale ale omului, libertatea și democrația.

Art. 167 al Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (versiunea consolidată) cuprinde o serie de prevederi cu referire la: respectarea diversității culturale naționale și regionale, evidențierea moștenirii culturale comune, „conservarea și protejarea patrimoniului cultural de importanță europeană”, creând astfel un cadru mai larg de reglementare. Astfel, conform prevederilor acestui articol amplu, Uniunea Europeană își face un obiectiv major din a contribui la dezvoltarea culturilor fiecărui stat membru (1). Stabilirea unui asemenea obiectiv afirmă explicit faptul că Uniunea Europeană nu este numai o construcție politică și economică, ci și una culturală, cultura și spiritualitatea, în întreaga lor diversitate, constituind de altfel fundamentul întregului edificiu european². În atingerea acestui obiectiv, TFUE identifică mai multe căi esențiale: respectarea diversității culturale la nivel național și regional (1); reliefaarea, valorizarea și valorificarea moștenirii culturale comune (1), încurajarea colaborării dintre statele membre, susținerea cunoașterii și promovarea culturii și istoriei acestora, conservarea și protejarea patrimoniului cultural european, stimularea schimburilor culturale necomerciale, sprijinirea creației artistice și literare (2); favorizarea cooperării cu țări terțe și cu organizații internaționale în ariile culturii, un loc privilegiat ocupându-l, între acestea, Consiliul Europei (4); respectarea (v. supra) și promovarea diversității culturale europene (5)³.

Pe lângă aceste prevederi, în ceea ce privește libera circulație a mărfurilor, **Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene**, prin **art. 36**, instituie o serie de excepții la prevederile art. 34 și art. 35 TFUE. Cele două articole

* Prof. univ.dr., Universitatea "Titu Maiorescu" din București; *Doctorand*, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: sorivan@gmail.com

¹ „Inspirându-se din moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei, din care s-au dezvoltat valorile universale care constituie drepturile inalienabile și inalienabile ale persoanei, precum și libertatea, democrația, egalitatea și statul de drept...”

² V. Preambul TUE

³ Art. 167 TFUE: „(1) Uniunea contribuie la înflorirea culturilor statelor membre, respectând diversitatea națională și regională a acestora și punând în evidență, în același timp, moștenirea culturală comună. (2) Acțiunea Uniunii urmărește să încurajeze cooperarea dintre statele membre și, în cazul în care este necesar, să sprijine și să completeze acțiunea acestora în următoarele domenii: îmbunătățirea cunoașterii și a diseminării culturii și istoriei popoarelor europene; conservarea și protejarea patrimoniului cultural de importanță europeană; schimburile culturale necomerciale; creația artistică și literară, inclusiv în sectorul audiovizualului. (3) Uniunea și statele membre favorizează cooperarea cu țările terțe și cu organizațiile internaționale care au competențe în domeniul culturii și, în special, cu Consiliul Europei. (4) În acțiunile întreprinse în temeiul celorlalte dispoziții ale tratatelor, Uniunea ține seama de aspectele culturale, în special pentru a respecta și a promova diversitatea culturilor sale. (5) Pentru a contribui la realizarea obiectivelor menționate de prezentul articol: Parlamentul European și Consiliul adoptă acțiuni de încurajare, cu excepția oricărei armonizări a actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară și după consultarea Comitetului Regiunilor; Consiliul adoptă recomandări, la propunerea Comisiei.”

interzic restricțiile cantitative la import și la export în cadrul schimburilor comerciale dintre statele membre⁴. Excepțiile prevăzute de art. 36 statuează neaplicarea acestor prevederi în anumite situații de interes public sau individual, între care se află și necesitatea protecției bunurilor care aparțin patrimoniului cultural. Altfel spus, în cazul acestora se aplică interdicții sau restricții în cadrul activităților de import, de export sau de tranzit⁵.

II. Anul European al Patrimoniului Cultural 2018

În cadrul legislativ și juridic constituit de prevederile în materie, Uniunea Europeană a dedicat până în prezent patrimoniului cultural o serie de programe de substanță și anvergură, prin care și-a propus să informeze, să conștientizeze și să responsabilizeze publicul asupra importanței patrimoniului cultural pentru societate, economie și pentru procesul dezvoltării europene, să acrediteze necesitatea protecției și conservării acestuia, să disemineze valorile de patrimoniu prin educație și cercetare. Între programele dedicate patrimoniului cultural se numără: Raphael, Cultura 2000, Capitala Culturală Europeană, Europa Creativă. Program de anvergură, Europa Creativă a fost inițiat în 2014 și se află în desfășurare până în anul 2020.

În această arie a inițiativelor destinate de către Uniunea Europeană patrimoniului cultural, intră un program de o importanță specială. Prin **Decizia (UE) 2017/864 a Parlamentului European și a Consiliului din 17 mai 2017**, anul 2018 a fost declarat **Anul European al Patrimoniului Cultural**.

1. Semnificația, substanța, complexitatea și anvergura inițiativei privind Anul European al Patrimoniului Cultural 2018

În ceea ce privește **semnificația**, Anul European al Patrimoniului Cultural se desfășoară de-a lungul anului 2018, devenind o temă prezentă pe agenda instituțiilor Uniunii Europene, a fiecărui stat membru și, printr-o necesară informare, promovare și conștientizare, a fiecărui cetățean european. Un fapt semnificativ, care trebuie luat în considerare prin semnificația lui simbolică, este acela că 2018, declarat Anul European al Patrimoniului Cultural, este un an special și din alt motiv: marchează împlinirea unui secol de la sfârșitul primului război mondial. Dar 1918, un an, la rândul lui, de importanță capitală în istoria Europei și a lumii, consemnează și alte evenimente majore. Este anul declarației președintelui american Woodrow Wilson, The Fourteen Points, care a creat cadrul politic și ideologic pentru încheierea conflictului armat și pentru independența statelor naționale. De asemenea, reprezintă anul prăbușirii imperiilor, al eliberării și afirmării naționale a popoarelor subjugate, al reconfigurării hărții Europei prin redesenarea frontierelor pe criterii naționale. O dată în plus, pentru România, anul 1918 are un sens înalt pe scena istoriei și a existenței românești prin faptul că formează cadrul împlinirii idealului național: Marea Unire. Acest proiect politic, asumat de elite și de întreaga națiune din interiorul și afara granițelor, unirea provinciilor românești și a tuturor românilor într-o singură țară, România Mare, are loc în trei momente istorice: Unirea Basarabiei cu România (27 martie 1918), Unirea Bucovinei cu România (28 noiembrie 1918), Unirea Transilvaniei cu România (1 decembrie 1918). Astfel că, în anul 2018, România celebrează, pe lângă un secol de la încheierea primului război mondial, Centenarul Marii Uniri. Anul 2018, prin faptul că marchează 100 de ani de la toate aceste evenimente și evoluții, care constituie o adevărată placă turnantă a istoriei Europei și a lumii, este, prin urmare, purtătorul unor semnificații speciale, atât la nivel european, cât și la nivel național.

Alegerea lui de către Uniunea Europeană ca An European al Patrimoniului Cultural nu poate fi întâmplătoare. Această opțiune pledează pentru sensul și importanța pe care instituțiile Uniunii Europene le acordă culturii și patrimoniului cultural, raportate și la paradigma statului național. La nivelul fiecărui stat, cultura reprezintă suma tuturor manifestărilor inteligenței, creativității și talentului în forme materiale și spirituale, a valorilor culturale create de către un popor. Cultura este astfel chintesența valorilor care definesc ființa spirituală a unei națiuni, care, alături de limbă și de religie, afirmă identitatea națională a unui popor. Patrimoniul cultural european constituie, la rândul lui, însumarea culturilor și patrimoniilor culturale naționale, într-un comprehensiv concert al sinergiei creatoare, al unității și diversității. Alegerea anului 2018 ca An European al Patrimoniului Cultural își revelează astfel o dublă semnificație, care constituie **substanța** manifestării: o apologie a culturii europene ca însumare a unei remarcabile diversități creatoare, care a dat valori excepționale culturii universale; afirmarea caracterului național al culturilor care formează patrimoniul european, a specificității lor în funcție de fiecare popor și de fiecare stat-membru al Uniunii Europene. În calitatea lui de An European al Patrimoniului Cultural, 2018 traduce în practică, în termenii culturii europene și ai culturilor naționale, principiul director al UE: *United in Diversity*⁶, *Uniți în Diversitate*.

⁴ Art. 34: „Între statele membre sunt interzise restricțiile cantitative la import, precum și orice măsuri cu efect echivalent.”; art. 35: „Între statele membre sunt interzise restricțiile cantitative la export, precum și orice măsuri cu efect echivalent.”

⁵ „Dispozițiile articolelor 34 și 35 nu se opun interdicțiilor sau restricțiilor la import, la export sau de tranzit, justificate pe motive de morală publică, de ordine publică, de siguranță publică, de protecție a sănătății și a vieții persoanelor și a animalelor sau de conservare a plantelor, de protejare a unor bunuri de patrimoniu național cu valoare artistică, istorică sau arheologică sau de protecție a proprietății industriale și comerciale. Cu toate acestea, interdicțiile sau restricțiile respective nu trebuie să constituie un mijloc de discriminare arbitrară și nici o restricție disimulată în comerțul dintre statele membre.”

⁶ Inițial, motto-ul UE a fost: *Unity in Diversity*. Ulterior, a devenit: *United in Diversity*.

De altfel, semnificațiile opțiunii pentru 2018 ca An European al Patrimoniului Cultural sunt dezvoltate în punctul 15 al Preambulului Deciziei 864/2017, care vorbește despre „importanța simbolică și istorică” a anului 2018. Este important de subliniat faptul că, în anul 2018, Uniunea Europeană celebrează nu numai sfârșitul primei conflagrații mondiale, ci și cucerirea independenței de către mai multe state, în prezent membre UE, care a constituit începutul unei noi epoci în istoria acestora, de existență și dezvoltare în paradigma statului național. Celebrarea Patrimoniului Cultural în acest an este proiectată ca un cadru și un mod al înțelegerii prezentului prin analizarea și înțelegerea corectă a trecutului. Iată textul Deciziei: „Anul 2018 are o importanță simbolică și istorică pentru Europa și pentru patrimoniul cultural al acesteia, deoarece marchează o serie de evenimente semnificative, cum ar fi cea de a 100-a aniversare a încheierii Primului Război Mondial și a independenței mai multor state membre, precum și cea de a 400-a aniversare a începutului Războiului de Treizeci de Ani. Anul european al patrimoniului cultural poate, prin urmare, oferi ocazii de a înțelege mai bine prezentul printr-o înțelegere mai nuanțată și împărtășită a trecutului.”

În acest cadru istoric, politic și ideologic, Decizia de inițiere a Anului European al Patrimoniului Cultural se remarcă prin complexitatea conținutului și anvergura manifestării pe care o fundamentează. În ceea ce privește **complexitatea**, documentul este structurat dintr-un amplu preambul, care cuprinde 26 de puncte, și din Decizia propriu-zisă, formată din 11 articole. Diferența semnificativă dintre cele două secțiuni, din punctul de vedere al dimensiunii lor, Preambulul fiind mult mai extins decât Decizia în sine, se justifică prin faptul că prima parte, argumentativă, constituie fundația conceptuală, politică și ideologică, pe care este construit edificiul manifestării, Anul European al Patrimoniului Cultural. Evenimentul are, așadar, o fundamentare solidă, pe care își construiește conținutul, dezvoltat, în principal, prin obiectul (art. 1), obiectivele (art. 2) și măsurile (art. 3) prevăzute pentru realizarea obiectivelor. În aceste elemente și în restul prevederilor Deciziei, exprimat prin celelalte articole, stă **anvergura** inițiativei, proiectată la nivel european, dar cu reverberații exemplare pe plan internațional, extinse la nivel global.

2. Viziunea, filosofia și ideologia Uniunii Europene cu privire la Patrimoniul Cultural

Preambulul Deciziei privitoare la instituirea Anului European al Patrimoniului Cultural prezintă, în sine, o importanță majoră din două perspective esențiale. Din punctul de vedere al structurii documentului, fundamentează inițiativa europeană cu o serie de argumente, de ordin administrativ, ideologic, politic și juridic, care formează fundația conceptuală a programului. Din punctul de vedere al conținutului, desfășurat pe spațiul amplu al celor 26 de puncte, Preambulul Deciziei se dovedește a fi o sinteză filosofică, ideologică și politică a concepției Uniunii Europene asupra culturii și patrimoniului cultural, un document care exprimă într-o manieră clară, concentrată și esențială viziunea și politica UE față de acest domeniu de primă importanță pentru existența, identitatea, dezvoltarea și afirmarea statelor-membre și, în același timp, pentru ideologia și sensul de evoluție ale Uniunii. Privit în această lumină, Preambulul Deciziei are valoarea unei declarații de principii, care reiterează viziunea și politicile UE în materie de patrimoniu cultural. Decizia propriu-zisă, prin cele 11 articole ale sale, decurge firesc din acest cadru conceptual și ideologic, fiind, prin obiectul, obiectivele, măsurile și celelalte prevederi ale sale, consecința, proiecția acestei viziuni în spațiul realității Uniunii Europene, la nivel unional și la nivel național.

Premisele juridice și administrative ale Deciziei adoptate de Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene sunt: Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, art. 167, propunerea Comisiei Europene și avizul Comitetului Regiunilor. Acestea formează cadrul larg al fundamentării din prima parte a actului, care cuprinde cele 26 de puncte. Referindu-se la patrimoniul cultural al Europei prin componentele sale esențiale, ideile, principiile și valorile care îl compun, primul punct al Preambulului îi relevă acestuia două calități fundamentale: sursă a memoriei colective și platformă a dialogului, cooperării și dezvoltării comune sub auspiciile umaniste ale înțelegerii și ale păcii. Altfel spus, pe fundamentul civilizației edificate, Europa își concepe dezvoltarea prezentă și viitoare: „Ideile, principiile și valorile integrate în patrimoniul cultural al Europei reprezintă o sursă comună de memorie, de înțelegere, de identitate, de dialog, de coeziune și de creativitate pentru Europa.” (pct. 1). În Comunicarea din 22 iulie a Comisiei Europene, sub titlul „Spre o abordare integrată a patrimoniului cultural european”, patrimoniul cultural este definit ca „o resursă comună și un bun al tuturor păstrat pentru generațiile viitoare”. Protejarea lui devine, de aceea, o „responsabilitate comună a tuturor părților interesate” (pct. 4). Din perspectiva UE, patrimoniul cultural este „deosebit de valoros pentru societatea europeană”, pe mai multe planuri: cultural, social, economic și din punctul de vedere al problematicei mediului. Dată fiind această importanță, pe lângă necesitatea de a fi protejat, ca responsabilitate comună (conform punctului anterior), Decizia prevede în punctul 5, citând din concluziile Consiliului din 21 mai 2014, că „gestionarea durabilă” a patrimoniului cultural reprezintă o „opțiune strategică pentru secolul XXI”. În același cadru, documentul subliniază faptul important, în dimensiune culturală și socială, că patrimoniul contribuie la crearea de valoare, de competențe și locuri de muncă, participând la creșterea calității vieții, contribuție care, conform punctului 5, este „subestimată”. Altfel spus, patrimoniul cultural trebuie văzut și abordat nu numai din perspectiva istoriei, ca o moștenire pasivă și o însumare de bunuri culturale, ci ca un fond cultural activ, ca o realitate a existenței cotidiene. Este o perspectivă pragmatică, realistă, care pledează pentru valorificarea patrimoniului într-un mod activ și creativ, într-o interpretare critică a modului actual de abordare a acestuia. Decizia face trimitere și la Agenda europeană pentru

cultură, lansată prin Rezoluția Consiliului din 16 noiembrie 2007, care și-a fixat ca obiective: „promovarea diversității culturale și a dialogului intercultural, promovarea culturii drept catalizator al creativității și ca element vital în relațiile internaționale ale Uniunii”, precizând că patrimoniul cultural are un rol fundamental în atingerea acestor obiective, el constituind, în același timp, „una dintre cele patru priorități ale cooperării europene în domeniul culturii pentru perioada 2015-2018” (pct. 6).

Pentru o mai bună reprezentare, documentul definește **patrimoniul cultural** din punctul de vedere al conținutului. Conform punctului 7, în sfera acestuia intră „un spectru amplu de resurse moștenite din trecut, sub toate formele și aspectele – materiale, imateriale și digitale (create sub formă digitală și digitizate), inclusiv monumente, situri, peisaje, competențe, practici, cunoștințe și expresii ale creativității umane, precum și colecții conservate și gestionate de organisme publice și private precum muzeele, bibliotecile și arhivele”, cărora li se adaugă patrimoniul cinematografic. Se poate observa, ca element fundamental în definirea patrimoniului, dimensiunea temporală a acestuia: „resurse moștenite din trecut”. Demn de remarcat este, de asemenea, faptul că, în aria de obiectivare a patrimoniului cultural, pe lângă elementele materiale și imateriale, sunt incluse și cele digitale, ceea ce atestă caracterul dinamic al patrimoniului, concept și realitate, privit în raport cu evoluțiile de pe scena civilizației tehnologice, a științei și culturii, ca rezultat al acumulărilor din aceste domenii în cadrul unui proces continuu al devenirii. Putem astfel să subliniem trei trăsături definitorii ale patrimoniului cultural: dinamic, evolutiv, cumulativ. În baza acestor trăsături, integrate în dimensiunea istorică fundamentală, patrimoniul trebuie privit nu numai ca un tezaur material și imaterial închis în timp, care poartă sigiliul trecutului, ci ca o moștenire deschisă, căreia, pe măsura trecerii timpului, i se adaugă noi elemente. Prin urmare, definiția anterioară din cadrul punctului 7, „resurse moștenite din trecut”, trebuie înțeleasă prin interpretarea deschisă a termenului „trecut”, în sensul că, în logica inexorabilă a curgerii timpului, prezentul și viitorul devin, inevitabil, trecut. Astfel că ceea ce se realizează acum și ceea ce se va realiza în viitor în domeniile culturii și civilizației vor intra, mai devreme sau mai târziu, în aria de referențialitate a conceptului și realității de „patrimoniu cultural”.

Plecând de la faptul că patrimoniul cultural este produsul interacțiunii dintre culturi diferite, sinteza unei mari diversități culturale, Uniunea Europeană abordează inițiativa instituirii Anului European al Patrimoniului Cultural ca pe un mod de a proteja și promova „diversitatea expresiilor culturale” (pct. 8). Calea către aceste obiective o reprezintă, în esență, educația, prin intermediul căreia publicul, el însuși formând o vastă diversitate, este informat, instruit, conștientizat, sensibilizat. Punctual, textul în cauză se referă la „programe educaționale”, menite să contribuie la „creșterea gradului de sensibilizare a publicului”. Obiectivele precizate în punctul 8 al Preambului se subordonează, de altfel, Convenției UNESCO din 2005 pentru protecția și promovarea diversității expresiilor culturale.

Preambulul precizează, în continuare, prin punctul 11, faptul că, în cadrul diversității, în proces de expansiune la nivelul societății europene, patrimoniul cultural asigură coeziunea comunității. Putem dezvolta, la nivelul interpretării conceptuale, ideea că, dincolo de ceea ce ne desparte, de elementele specifice ale identității naționale, lingvistice, etnice, comunitare ori de grup, există valori comune, valorile de patrimoniu, care ne unesc. În același spirit, pe lângă identitatea națională, există și o identitate culturală comună, o identitate europeană, edificată prin valorile comune ale patrimoniului cultural. Întorcându-ne la textul din același punct 11, încă două aspecte merită relevate. Faptul că, în viziunea UE, politicile și abordările bazate pe participare și interculturalitate referitoare la patrimoniu, programele educaționale în materie tratează diversele forme de manifestare ale patrimoniului cultural de pe poziții egale, fără diferențieri apriorice, fără nicio discriminare, în expresia textului, „atribuie o demnitate egală tuturor formelor de patrimoniu cultural”. Un al doilea aspect se referă la faptul că aceste politici și abordări contribuie la creșterea încrederii, a recunoașterii reciproce și a coeziunii sociale. Prin substanța și complexitatea sa, punctul 11 al Declarației relevă două elemente-cheie ale viziunii Uniunii Europene asupra patrimoniului cultural: coeziunea socială generată de valorile patrimoniale; demnitatea egală a patrimoniilor naționale, regionale ori locale.

Patrimoniul cultural este un factor al dezvoltării durabile, conform Agendei 2030 a ONU pentru dezvoltare durabilă, care identifică trei principii fundamentale ale acestui proces: cetățenia globală, diversitatea culturală și dialogul intercultural. În această viziune extinsă și integratoare a diversității culturale în aria de acțiune a unui obiectiv comun, toate culturile și civilizațiile participă, în calitate de „factori esențiali”, la procesul dezvoltării durabile (conform punctului 12). Rezultă, în mod limpede, că Uniunea Europeană își concepe dezvoltarea și cu implicarea și aportul substanțiale ale culturii. Documentul statuează **„dimensiunea europeană clară” a patrimoniului cultural**, ceea ce justifică atenția care trebuie să i se acorde atât la nivel național, cât și la nivelul UE. În acest cadru, politicile privitoare la întreținerea și promovarea lui constituie responsabilități naționale, regionale sau locale. În baza vocației și importanței patrimoniului cultural, Uniunea Europeană îi dedică, pe lângă politicile culturale, politici care implică și alte domenii precum: „educația, agricultura și dezvoltarea rurală, dezvoltarea regională, coeziunea socială, afacerile maritime, mediul înconjurător, turismul, agenda digitală, cercetarea și inovarea și comunicarea” (pct. 14). Protejarea și gestionarea patrimoniului cultural în spiritul exploatării eficiente a potențialului acestuia reclamă „guvernanță participativă eficientă” și „cooperare transectorială consolidată”, conform concluziilor Consiliului din 25 noiembrie 2014 (pct. 16).

Instituirea Anului European al Patrimoniului Cultural favorizează sensibilizarea cetățenilor pe tematica specifică valorilor de patrimoniu, diseminarea informațiilor referitoare la bune practici, creează cadrul de promovare a dezbaterilor, cu privire la politicile de profil, de dezvoltare a cercetării și inovării, facilitează promovarea obiectivelor în cadrul Uniunii Europene, dar și la nivel național, regional și local, stimulează colaborarea între statele membre în dimensiunea europeană a acțiunilor prevăzute (pct. 20). Tema patrimoniului cultural deschide direcții de acțiune și în domeniul relațiilor externe. Comunicarea „Către o strategie a UE pentru relațiile culturale internaționale”, din 8 iunie 2016, a Înalțului Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate și a Comisiei constituie un cadru politic în această privință. Între priorități, se află reacții la distrugerea valorilor de patrimoniu din Orientul Mijlociu, „complementaritatea” între Anul European și inițiativele din domeniul relațiilor externe, schimbul de experiențe cu țări terțe, „cunoașterea reciprocă, respectul și înțelegerea culturilor implicate” (pct. 21).

În atingerea obiectivelor Anului European al Patrimoniului Cultural: „încurajarea împărtășirii și prețuirii patrimoniului cultural al Europei, sensibilizarea opiniei publice cu privire la istoria și la valorile comune, precum și consolidarea sentimentului de apartenență la un spațiu european comun”, date fiind anvergura inițiativei și dimensiunea europeană a patrimoniului cultural, în cadrul efortului comun atât la nivelul statelor membre, cât și la nivelul Uniunii Europene, se poate aplica principiul subsidiarității, în conformitate cu art. 5 din TUE (pct. 26).

3. Obiectivele, măsurile și managementul Anului European al Patrimoniului Cultural

Textul propriu-zis al Deciziei (UE) 2017/864 a Parlamentului European și a Consiliului din 17 mai 2017 este compus din 11 articole, care privesc următoarele aspecte: Obiect (art. 1), Obiective (art. 2), Conținutul măsurilor (art. 3), Coordonarea la nivelul statelor membre (art. 4), Coordonarea la nivelul Uniunii (art. 5), Cooperarea internațională (art. 6), Protejarea intereselor financiare ale Uniunii (art. 7), Finanțarea (art. 8), Bugetul (art. 9), Monitorizare și evaluare (art. 10), Intrarea în vigoare (art. 11).

În cadrul conceptual, ideologic, politic și administrativ configurat în Preambul, prin art. 1 (2), Decizia fixează pentru Anul European al Patrimoniului Cultural un **obiect** clar: „acela de a încuraja împărtășirea și prețuirea patrimoniului cultural al Europei ca resursă comună, de a sensibiliza opinia publică cu privire la istoria și la valorile comune, precum și de a consolida sentimentul de apartenență la un spațiu european comun”. **Obiectivele generale** vizează încurajarea și sprijinirea eforturilor UE, statelor membre, autorităților regionale și locale „de a proteja, conserva, reutiliza, îmbunătăți, valorifica și promova patrimoniul cultural al Europei” (art. 2). Sub egida acestora, Anul European își propune să promoveze patrimoniul cultural al Europei ca pe o „componentă fundamentală a diversității culturale și a dialogului intercultural”, cu respectarea competențelor statelor membre, relevând mijloacele optime de conservare, protejare și promovare a patrimoniului cultural (art. 2.1.a). Un alt obiectiv de ordin general al Anului European îl reprezintă acela de a consolida contribuția patrimoniului cultural al Europei la evoluția societății și dezvoltarea economiei „prin potențialul său economic direct și indirect”, în care intră și capacitatea „de a inspira creativitatea și inovarea, de a promova dezvoltarea durabilă și turismul, de a îmbunătăți coeziunea socială și de a genera locuri de muncă pe termen lung” (art. 2.1.b). În aceeași arie a obiectivelor generale ale Anului European, intră cel de a dezvolta dimensiunea externă a patrimoniului cultural, în cadrul relațiilor internaționale culturale, de a contribui la promovarea patrimoniului cultural ca „element important al relațiilor dintre Uniune și țările terțe”. (art. 2.1.c).

Decizia fixează o serie de **obiective specifice** ale Anului European, subsumate obiectivelor generale. Într-o abordare comprehensivă a problematicii referitoare la patrimoniul cultural în cadrul Anului European, ele acoperă o mare diversitate de activități, teme și aspecte prioritare, care evoluează de la prioritizarea intereselor cetățeanului și a incluziunii până la relevarea sensului simbolic al evenimentelor din cursul anului 2018. În acest cadru, Anul European își propune să promoveze „modele inovatoare de guvernare participativă și de gestionare a patrimoniului cultural”, dezbateri, activități de cercetare, schimburi de bune practici în materie de conservare, protejare, consolidare a patrimoniului cultural, soluții, inclusiv digitale, de deschidere a accesului la patrimoniul cultural pentru toate categoriile de public, să reliefeze aportul pe care patrimoniul cultural îl are, prin intermediul cercetării și inovării, la progresul societății și al economiei, să încurajeze sinergia dintre politicile privitoare la patrimoniul cultural și politicile de mediu prin asimilarea patrimoniului cultural în politicile de mediu, arhitectonice și de urbanism (2.2.f), strategiile de dezvoltare regională și locală focalizate pe patrimoniul cultural, pe dezvoltarea turismului durabil. De asemenea, își propune să sprijine specializarea prin dezvoltarea de competențe, inclusiv digitale, gestionarea și transferul de cunoștințe în domeniul patrimoniului cultural, dezvoltarea creativității și capacității de inovare pe baza patrimoniului cultural văzut ca sursă de inspirație, să desfășoare programe de educație și învățare de tip lifelong learning pentru conștientizarea și sensibilizarea copiilor, tinerilor și persoanelor în vârstă cu privire la importanța patrimoniului cultural al Europei, să stimuleze cooperarea pe teme de patrimoniu cultural în cadrul și în afara UE, dialogul intercultural și reconcilierea postconflict, să promoveze cercetarea și inovarea cu privire la patrimoniul cultural, să încurajeze sinergiile dintre Uniune și statele membre, să combată traficul ilicit de bunuri culturale.

Pentru atingerea obiectivelor specificate la art. 2, Decizia prevede, în art. 3, o serie de **măsuri**: inițiative și evenimente de promovare și sensibilizare referitoare la „importanța și valoarea patrimoniului cultural”, campanii de informare, educare și sensibilizare, expoziții, schimburi de experiență și de bune practici la nivelul instituțiilor

administrative și al organizațiilor, studii, activități de cercetare și inovare, promovarea proiectelor din cadrul Anului European etc. Documentul lasă la latitudinea Comisiei și a statelor membre posibilitatea de a identifica și alte activități decât cele prevăzute la alin. (1) în direcția atingerii obiectivelor prevăzute la art. 2 pentru Anul European.

Cu privire la responsabilitatea pentru organizarea participării la nivel național la Anul European, aceasta revine statelor membre. Activitățile sunt coordonate de coordonatori naționali, numiți de statele membre (art. 4). Coordonarea la nivelul Uniunii Europene este asigurată prin reuniuni periodice ale coordonatorilor naționali, convocați de către Comisie, la care pot participa și reprezentanți ai Parlamentului European (art. 5.1). În materie de coordonare, documentul privilegiază abordarea transversală care permite realizarea de sinergii între programele și inițiativele privitoare la patrimoniul cultural ale Uniunii (art. 5.2.). Sub egida coordonării la nivelul Uniunii intră și reuniunile periodice convocate de către Comisie între toate părțile interesate, organizații, organisme, rețele culturale transnaționale, ONG-uri etc. care activează în domeniul patrimoniului cultural (art. 5.3). Tot în vederea organizării Anului European, documentul prevede relații de colaborare ale Comisiei cu Consiliul Europei, UNESCO și alte organizații internaționale (art. 6).

Concluzii

Patrimoniul cultural european este edificat pe diversitatea culturală, spirituală și lingvistică a Europei, reprezintă, cu alte cuvinte, „moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei”. Patrimoniul cultural nu este numai o însumare de obiecte de muzeu, de opere așezate în biblioteci ori de vestigii arheologice, de culturi regionale și locale, de tradiții, obiceiuri, ritualuri și credințe. El constituie o realitate actuală, dinamică, aflată într-un proces de îmbogățire și devenire continuă, în ritmul trecerii timpului. Toate valorile culturale, fiecare cu specificul ei, începând cu forma de expresie, devin bunuri de patrimoniu. Fiind ancorat atât în trecut, cât și în plin prezent, patrimoniul cultural constituie o resursă comună importantă pentru societate, pentru cultură, educație, economie și mediu, pentru întreaga existență contemporană, la nivel individual și colectiv, într-o perioadă a redefinirii și remodelării lumii, sub auspiciile globalizării. În viziunea Uniunii Europene, patrimoniul cultural este „o resursă comună și un bun al tuturor păstrat pentru generațiile viitoare”, o sursă de educație și de instruire de-a lungul întregii vieți, în paradigma lifelong learning, un cadru al dezvoltării prin promovarea și cultivarea valorilor **autentice**, validate de timp și experiență, prin contribuția la crearea de competențe, de locuri de muncă, la creșterea calității vieții. Patrimoniul cultural formează, prin valorile din care este structurat, care poartă girul timpului, cadrul larg al educației academice și al cercetării științifice, al creativității și inovării. Patrimoniul cultural constituie, totodată, o platformă a colaborării europene și internaționale, în cadrul relațiilor culturale între statele membre și cu state terțe, un mediu al diversității culturale și al dialogului intercultural. Cultura își revelează, în această viziune, potențialul și calitatea de factor de unificare, de catalizator al diversității sub auspiciile valorilor create de-a lungul timpului în cadrul diverselor culturi și civilizații europene și din afara spațiului european. Prin valorile sale, care reprezintă quintesența spiritualității unui popor, patrimoniul cultural constituie cel mai important suport al identității naționale. Patrimoniul cultural european este rezultatul însumării și participării sinergice a fiecărui patrimoniu cultural național în concertul diversității și unității culturale europene. De aici, dimensiunea europeană a patrimoniului cultural.

În mod fundamental, patrimoniul cultural european, structurat din diversitatea culturală generată de-a lungul timpului în Europa de spiritul creativ al fiecărui popor, constituie elementul definitoriu al identității Uniunii Europene. De aceea, protejarea, conservarea, consolidarea, promovarea, exploatarea creativă, dezvoltarea patrimoniului cultural reprezintă o prioritate a Uniunii Europene, acesta constituind, în termenii aceleiași viziuni, „o responsabilitate comună a tuturor părților interesate” (v. supra). Prin vasta lui fundamentare conceptuală, juridică, politică și administrativă, care exprimă, în mod comprehensiv, viziunea Uniunii Europene asupra patrimoniului cultural, prin filosofia pe care o promovează asupra rolului culturii în existența contemporană, prin anvergură, substanță și complexitate, prin obiectivele, măsurile și acțiunile propuse, prevăzute în Decizia (UE) 2017/864 a Parlamentului European și a Consiliului din 17 mai 2017, Anul European al Patrimoniului Cultural 2018 constituie un vast cadru al promovării culturii și valorilor, al educației și cercetării, al creativității și inovării, un spațiu al diversității culturale și al dialogului intercultural sub auspiciile unității în diversitate. O diversitate identitară și culturală care formează patrimoniul cultural european și care participă la edificarea acestuia în cadrul unui proces continuu, sub semnul inteligenței și al creativității.

TRANSFERUL DE CREDITE NEPERFORMANTE POTRIVIT DREPTULUI CONCURENȚIAL AL UE – ASPECTE DE DREPT COMPARAT ȘI PRACTICĂ JUDICIARĂ RELEVANTĂ

Alexandra STĂNCIULESCU*

Abstract: *The subject of the present paper is one of current interest and the concerns regarding the nature of a non-performing loans transfer from the competition law perspective are becoming more frequent. In the financial crisis context, a series of important measures were adopted in the European Union in order to reinforce financial stability and to diminish the risk in the bank sector. If, from the financial-banking legislation perspective, the efforts to unblock the situation regarding the existence of a high ratio of non-performing loans in several member states were crystalized in concrete measures taken towards this, from the competition law perspective, these transactions remain under question because of the lack of a uniform practice among member states, but also because of the different interpretations given to the national legislation. The objectives of the present paper are to analyze the different existing aspects of comparative law and the relevant jurisprudence in order to observe what is the approach that the involved authorities from several European Union member states have on this matter.*

Key words: *non-performing loans, Member States, European Commission, competition law*

Criza financiară și recesiunile rezultate, împreună cu factorii structurali și, uneori, practicile inadecvate privind originea creditelor au condus la creșterea procentului de credite neperformante (NPL-uri¹) în unele state membre ale Uniunii Europene.² În concluziile sale cu privire la Planul de acțiune pentru combaterea creditelor neperformante, Consiliul European are în vedere, printre altele, și necesitatea de a impulsiona acțiunile în direcția consolidării unei Uniuni Bancare, marcării unei schimbări de sistem pentru a proteja și mai mult contribuabilii, asigurării unei stabilități financiare în zona euro și în Uniune Europeană și în vederea intensificării mecanismelor de piață în sectorul bancar. În acest context, Consiliul European a invitat Comisia Europeană să prezinte, până în vara anului 2018, o abordare europeană care să promoveze dezvoltarea unor piețe secundare pentru NPL-uri, mai ales să înlăture impedimentele din calea transferului de credite neperformante de la bănci către alte entități (nebancare), cu respectarea drepturilor consumatorilor.

La o scurtă privire în retrospectivă, observăm că la 26 iunie 2013, la nivelul Uniunii Europene au fost adoptate cele două acte normative care formează cadrul juridic care reglementează activitățile bancare, cadrul de supraveghere și normele prudențiale aplicabile instituțiilor de credit și firmelor de investiții, respectiv Directiva 2013/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și a firmelor de investiții și Regulamentul nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și societățile de investiții, denumit și Pachetul legislativ european CRD IV. Pachetul legislativ recent adoptat a avut menirea de a asigura o uniformizare și o aplicare consecventă a dispozițiilor existente până la acel moment în această materie. Noutatea adusă prin acesta a fost introducerea posibilității ca, în scopul întăririi stabilității financiare și a asigurării solvabilității băncilor, autoritățile naționale competente să impună instituțiilor de credit cerințe privind constituirea și menținerea unor amortizoare de capital care să vizeze atât creșterea rezistenței băncilor la nivel individual, cât și limitarea creșterii excesive a creditelor în sistemul bancar. Astfel, creându-se situația în care, deși se respectă cerințele în materie de solvabilitate, are loc o criză, este necesar să se asigure faptul că situația instituțiilor de credit poate fi soluționată într-un mod ordonat, limitând impactul negativ asupra economiei reale și evitând necesitatea intervenției contribuabililor.

La baza adoptării acestor acte normative menționate anterior au stat și recomandările emise de către Comitetul de la Basel pentru supraveghere bancară (BCBS) și G-20 în privința atenuării efectelor prociclice ale reglementărilor financiare. În decembrie 2010, BCBS a publicat noi standarde internaționale de reglementare privind adecvarea capitalului bancar (normele Basel III), inclusiv norme care impun constituirea unor amortizoare de conservare a capitalului și amortizoare anticiclice de capital. La 26 iunie 2004, BCBS a adoptat un acord-cadru privind convergența internațională a măsurării capitalului și a standardelor privind capitalul (denumit în continuare „cadrul Basel II”), echivalentul acestor dispoziții fiind preluate și incluse, împreună cu elementele suplimentare din Basel III, în Regulamentul (UE) nr. 575/2013. Acest regulament stabilește cerințe prudențiale direct aplicabile instituțiilor de credit și firmelor de investiții.

Aceste modificări legislative, au determinat, într-o anumită măsură, politica băncilor de a iniția tranzacții cu credite neperformante. Astfel, în vederea menținerii unei poziții solide de capital și a unei rate de solvabilitate

* Inspector de concurență debutant, Consiliul Concurenței, alexandrastanc@gmail.com

¹ Non-performing loans

² <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-non-performing-loans/>

adequate aliniate cerințelor naționale și internaționale, băncile, atât cele din plan național, cât și cele din alte state membre, au demarat numeroase vânzări de portofolii cu credite neperformante. Ca urmare a izbucnirii crizei financiare, state precum Cipru, Grecia, Portugalia, Irlanda, sau Italia s-au confruntat cu un grad ridicat de depreciere a capitalului cauzată de existența unui număr semnificativ de credite acordate consumatorilor, a căror scadență era cu mult depășită. Acest fapt a determinat scăderea profitabilității sau capacității de sustenabilitate a instituțiilor bancare, consecințe ce ar fi putut conduce și la denaturarea politicii monetare la nivelul Uniunii Europene.

Din perspectiva dreptului concurențial al Uniunii Europene, transferurile de credite neperformante ridică mai multe probleme. Neexistând, la nivelul UE, o reglementare specifică a acestui tip de tranzacții, și, în cele mai multe cazuri, nici la nivel național, autoritățile de concurență sunt nevoite să realizeze o analiză pe baza normelor legale generale aplicabile în materie, evaluând, în mod special, dacă au de a face sau nu cu o concentrare economică în acest caz, și dacă da, în ce condiții este aceasta notificabilă.

Pentru a asigura un sistem în cadrul căruia concurența nu este denaturată pe piața comună, în continuarea unei politici desfășurate în conformitate cu principiul unei economii de piață deschise, cu liberă concurență, Regulamentul (CE) nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (în continuare Regulamentul UE privind concentrările economice) are menirea de a asigura controlul efectiv al tuturor concentrărilor din punct de vedere al efectului lor asupra concurenței de la nivelul Uniunii Europene.

Regulamentul UE privind concentrările economice se aplică tuturor concentrărilor cu dimensiune comunitară, respectiv în cazul în care:

„(2)(...)(a) cifra de afaceri totală realizată la nivel mondial de toate întreprinderile implicate depășește 5000 de milioane EUR și

(b) cifra de afaceri totală realizată în Comunitate de către fiecare din cel puțin două întreprinderi implicate depășește 250 de milioane EUR, cu excepția cazurilor în care fiecare dintre întreprinderile implicate realizează mai mult de două treimi din cifra sa totală de afaceri la nivel comunitar într-unul și același stat membru.

(3) O concentrare care nu atinge pragurile prevăzute la alineatul (2) are dimensiune comunitară în cazul în care:

(a) cifra totală de afaceri combinată realizată la nivel mondial de toate întreprinderile implicate depășește 2 500 de milioane EUR;

(b) în fiecare din cel puțin trei state membre, cifra totală de afaceri combinată realizată de toate întreprinderile implicate depășește 100 de milioane EUR;

(c) în fiecare din cel puțin trei state membre care sunt incluse la litera (b), cifra totală de afaceri realizată de către fiecare din cel puțin două dintre întreprinderile implicate depășește 25 de milioane EUR și

(d) cifra totală de afaceri realizată în Comunitate de către fiecare din cel puțin două dintre întreprinderile implicate depășește 100 de milioane EUR cu excepția cazurilor în care fiecare dintre întreprinderile implicate realizează mai mult de două treimi din cifra sa totală de afaceri la nivel comunitar într-unul și același stat membru.”

Articolul 3 din Regulamentul UE privind concentrările economice definește concentrarea ca fiind situația în care „modificarea de durată a controlului rezultă în urma:

(a) fuzionării a două sau mai multe întreprinderi independente anterior sau părți ale unor întreprinderi sau

(b) preluării, de către una sau mai multe persoane care controlează deja cel puțin o întreprindere sau de către una sau mai multe întreprinderi, fie prin achiziționarea de valori mobiliare sau de active, fie prin contract sau prin orice alte mijloace, a controlului direct sau indirect asupra uneia sau mai multor întreprinderi sau părți ale acestora.”

Situațiile în care operațiuni de concentrare economică având ca obiect transferul de credite neperformante să fie notificate la Comisia Europeană sunt limitative, dar putem aminti cazul COMP/M.5363³, care a vizat preluarea de către Abbey National plc a controlului asupra anumitor active ce au fost parte a întreprinderii Bradford and Bingley plc. Concret, în speță, Comisia Europeană a considerat că preluarea unor active financiare nu poate genera o nouă afacere și nu conduce la o schimbare în structura pieței.

În cauza C-444/10⁴, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a statuat că noțiunea de „transfer [...] al tuturor activelor sau al unei părți a acestora” trebuie interpretată în sensul că include transferul unui fond de comerț sau al unei părți autonome dintr-o întreprindere, cuprinzând elemente corporale și, dacă este cazul, necorporale care, împreună, constituie o întreprindere sau o parte a unei întreprinderi susceptibilă să desfășoare o activitate economică autonomă, dar că aceasta nu include simpla cesiune de bunuri, precum vânzarea unui stoc de produse.

Considerăm importantă această precizare a CJUE, deoarece poate conduce la o interpretare a legii în sensul analizării portofoliului de credite neperformante transferate ca fiind sau nu o activitate economică de sine stătătoare, implicit de a stabili dacă intră sub incidența normelor de drept concurențial. De asemenea, luând în considerare opinia Comisiei Europene menționată anterior, putem considera că NPL-urile cesionate reprezintă active financiare, așadar nu am mai avea de a face cu o concentrare economică.

³ http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5363_20081217_20310_en.pdf

⁴ <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0444&lang1=en&lang2=RO&type=TEXT&ancre=>

Consiliul Concurenței din România a analizat în ultimii ani o serie de notificări privind concentrări economice având ca obiect achiziția unor portofolii de credite neperformante de la bănci precum Banca Comercială Intesa Sanpaolo România S.A., BCR, Volksbank România S.A. sau Bancpost. Practica decizională națională în această materie este relativ recentă și unitară, aceste operațiuni fiind considerate concentrări economice, pentru care au fost emise decizii de autorizare, respectiv de neobiectiune, conform legii.

În Decizia nr. 32 din 31.05.2016⁵, operațiunea de concentrare notificată a avut ca obiect preluarea controlului unic de către APS DELTA S.A. asupra unui portofoliu de credite neperformante deținut de Banca Comercială Intesa Sanpaolo România S.A.. Autoritatea de concurență din România a analizat această operațiune conform Regulamentului privind concentrările economice⁶, considerând că transferul Portofoliului Țintă⁷ în acest caz îndeplinește condițiile specifice pentru a fi considerat o concentrare economică. Piața relevantă a fost definită ca fiind piața pe care vor se vor regăsi activele țintă achiziționate, Consiliul Concurenței concluzionând că „în urma achiziției Portofoliului de credite neperformante de către APS Luxembourg (societate care nu se supune reglementărilor BNR și care nu are ca și obiect de activitate creditarea), creditele încadrate în categoria „pierdere” se vor transforma în creanțe, intrând de pe piața serviciilor financiar-bancare pe piața serviciilor de colectare a creanțelor.” Un element important de reținut este acela că, în decizia menționată, se precizează că pe piața identificată există „mai mulți participanți și numeroase portofolii de credite similare celor care fac obiectul Tranzacției”. Dar jucătorii de pe piața identificată sunt prestatorii de servicii de recuperare creanțe, ci nu cei care obișnuiesc să achiziționeze în mod direct portofoliile de NPL-uri.

Din celelalte decizii ale Consiliului Concurenței în acest domeniu⁸ rezultă aceeași abordare cu privire la analiza acestui tip de tranzacții. În ceea ce privește dispozițiile legislative aplicabile, art. 9 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996⁹ prevede că: „Se realizează o concentrare în cazul în care modificarea de durată a controlului rezultă în urma: a) fuzionării a două sau mai multe întreprinderi independente anterior sau părți ale unor întreprinderi; sau b) dobândirii, de către una sau mai multe persoane care controlează deja cel puțin o întreprindere ori de către una sau mai multe întreprinderi, fie prin achiziționarea de valori mobiliare sau de active, fie prin contract ori prin orice alte mijloace, a controlului direct sau indirect asupra uneia ori mai multor întreprinderi sau părți ale acestora.” În completarea acestor prevederi legale venim și cu cele prezentate în Instrucțiunile privind conceptele de concentrare economică, întreprindere implicată, funcționare deplină și cifră de afaceri¹⁰, conform cărora „preluarea controlului asupra activelor este considerată o concentrare economică numai dacă aceste active constituie întregul fond de comerț al întreprinderii sau o parte a acesteia, mai precis o activitate comercială prezentă pe piață, căreia i se poate atribui o cifră de afaceri”.

Legea concurenței din Olanda (The Dutch Competition Act)¹¹ interzice înțelegerile și practicile concertate între (asociații de) companii care ar putea să limiteze concurența pe piața din Olanda. Câteva excepții sunt, însă, aplicabile, dintre care amintim înțelegerile de o importanță minoră (așa numitele excepții de minimis). În conformitate cu legea olandeză, o concentrare economică care se realizează ca urmare a a) fuzionării a două sau mai multe întreprinderi independente anterior sau părți ale unor întreprinderi; sau b) dobândirii, de către una sau mai multe persoane care controlează deja cel puțin o întreprindere ori de către una sau mai multe întreprinderi, fie prin achiziționarea de valori mobiliare sau de active, fie prin contract ori prin orice alte mijloace, a controlului direct sau indirect asupra uneia ori mai multor întreprinderi sau părți ale acestora; sau c) creării unei societăți în comun care îndeplinește în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome, este notificabilă Autorității Olandeze pentru Consumatori și Piețe (Autoriteit Consument en Markt) înainte de finalizarea sa atunci când: (i) cifra de afaceri mondială cumulată, realizată în cursul ultimului exercițiu financiar, a întreprinderilor implicate în concentrare (cifra de afaceri a fiecărui grup din care fac parte întreprinderile implicate) depășește 113.45 de milioane de euro și (ii) cel puțin două dintre întreprinderile implicate au realizat pe teritoriul Olandei, fiecare în parte, o cifră de afaceri mai mare de 30 de milioane de euro. Mai mult, legea olandeză precizează că nu există obligația notificării separate a Autorității Olandeze pentru Consumatori și Piețe, atunci când sunt depășite pragurile privind cifrele de afaceri necesare pentru notificarea Comisiei Europene.

În legislația olandeză nu există nicio prevedere de drept concurențial, un regulament sau jurisprudență relevantă în materia achiziției portofoliilor de credite neperformante. Însă, conform normelor generale prevăzute de Legea

⁵ http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/bucket12/id12292/decizia_32_din_31052016_site.pdf

⁶ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 713 și 713 bis din data de 4 septembrie 2017

⁷ Portofoliul Țintă este alcătuit din creanțe bancare neperformante încadrate în categoria „pierdere” conform standardelor BNR (împreună cu garanțiile aferente minus Activele Excluse) și creanțe bancare neperformante încadrate în categoria „pierdere”, potrivit standardelor BNR, provenind din împrumuturi acordate în baza Legii nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare (împreună cu garanțiile aferente minus Activele Excluse).

⁸ Decizia nr. 21 din 12.06.2014, Decizia 20 din 18.04.2016, Decizia 43 din 27.06.2016

⁹ Publicat în Monitorul Oficial cu numărul 153 din data de 29 februarie 2016

¹⁰ Publicat în Monitorul Oficial cu numărul 553 din data de 5 august 2010.

¹¹ intrată în vigoare în ianuarie 1988 și bazată pe normele de drept concurențial al Uniunii Europene (articolele 86 și 86 din Tratatul privind instituirea Comunității Europene).

concurenței din Olanda, o asemenea achiziție, indiferent dacă este structurată ca un transfer de active sau unul de acțiuni, va fi considerată o operațiune de concentrare economică notificabilă conform legii în situația în care portofoliului în cauză i se poate atribui o cifră de afaceri. Această cifră de afaceri poate consta, în special, din dobânzile aplicate creditelor respective. Însă, dacă tranzacția are ca obiect transferul de acțiuni, atunci orice cifră de afaceri aferentă celorlalte active ale societății-țintă va trebui să fie luată în considerare.¹²

După o scurtă verificare a activității unor autorități de concurență, observăm că în state precum Austria, Cehia, Estonia, Croația, Polonia sau Suedia nu au fost emise decizii privind operațiuni de concentrare economică care să aibă ca obiect transferul de credite neperformante.

În Cehia, spre exemplu, există reglementată procedura de recuperare a creanțelor, dar nu în domeniul dreptului concurențial, ci în temeiul Legii nr. 40/1964 privind Codul civil ceh și a Legii 99/1963 privind Codul de procedură civilă ceh. În plus, există și o obligație legală de a raporta creditele neperformante conform Decretului 23/2014 privind performanța activităților băncilor, uniunilor de credite și a firmelor de investiții¹³.

În Polonia, nu există norme specifice care să reglementeze activitatea de colectare și recuperare a creditelor neperformante din cauza faptului că aceste credite nu sunt definite în mod expres în legislația poloneză, normele de drept comun fiind aplicabile și în această situație. În acest sens amintim câteva acte normative relevante: Codul civil și Codul de procedură civilă; Legea privind condițiile de plată în cadrul tranzacțiilor comerciale din 8 martie 2013; Legea bancară din 29 august 1997; Legea falimentului din 28 februarie 2003; Legea reorganizării din 15 mai 2015; Legea privind protecția datelor din 9 aprilie 2010 sau Legea privind libertatea activității economice din 2 iulie 2004. Observăm că în conformitate cu art. 6a din Legea bancară poloneză menționată mai sus, o bancă poate încheia un acord cu un antreprenor din Polonia sau din altă țară prin care să-l împuternicească pe acesta să-i recupereze credite prin mijloace de fapt și de drept. La rândul său, acest antreprenor are posibilitatea de a externaliza această activitate către o altă întreprindere poloneză sau străină. De remarcat faptul că legea prevede, în anumite situații, aprobarea Autorității Poloneze de Supraveghere Financiară¹⁴.

O situație aparte regăsim în legislația din Slovenia, care exclude în mod expres notificarea operațiunilor de concentrare economică, astfel cum sunt definite de Legea privind prevenirea limitării concurenței, care au ca obiect transferul de credite neperformante. Această excepție este prevăzută în Legea privind măsurile adoptate de Republica Slovenia în vederea întăririi stabilității bancare¹⁵. Conform art. 28 din această lege, BAMC¹⁶ nu este obligată: (i) să notifice concentrarea economică potrivit Legii privind prevenirea limitării concurenței (...) dacă respectiva operațiune ar fi realizată prin achiziționarea de titluri de valoare cu scopul implementării măsurilor la care se referă art. 2 din aceeași lege, respectiv măsurile adoptate pentru a spori stabilitatea bancară, precum achiziția de credite neperformante.

În acest sens, prezentăm exemplul prin care Comisia Europeană a aprobat planul de restructurare a băncii Abanka (Abanka Vipa d.d.) care cuprindea, printre altele, angajamentul de a realiza fuziunea dintre Abanka și Banka Celje (Banka Celje d.d.) (denumită în continuare „entitatea fuzionată”) și de a prezenta un plan de restructurare pentru entitatea fuzionată. Adoptarea acestor măsuri a fost determinată de creșterea drastică a volumului de NPL-uri, în octombrie 2012, 14% din totalul împrumuturilor acordate de băncile din Slovenia fiind de natura NPL-urilor, fapt ce a generat neprofitabilitate, contractarea exagerată de împrumuturi și, în final, o criză financiară. Această criză financiară a scos la iveală factorii sensibili din practicile managementului de risc ale Băncii Celje, determinând luarea unor măsuri de restructurare, care au inclus, printre altele, și transferul de credite neperformante către BAMC, companie înființată cu scopul de a susține stabilitatea sectorului bancar. În acest caz, Comisia Europeană a realizat o evaluare a portofoliului de NPL-uri, delimitând astfel structura acestuia (după tipul de clienți, valoarea totală a expunerii, tipul de credite acordate, valoarea transferului, prețul de piață). În ceea ce privește prețul pieței, am observat că în Decizia Comisiei Europene nr. SA. 38522 (2014/N) privind ajutorul de restructurare a băncii Banka Celje/Abanka, nu a fost identificată nicio piață activă pentru majoritatea titlurilor de valoare selectate pentru transfer, astfel că nu a fost oferit un preț de piață, Comisia Europeană cerând, însă, sprijinul unor experți în vederea determinării valorii de piață a portofoliului.

Având în vedere aspectele enumerate mai sus, putem sublinia faptul că nu există o practică unitară a autorităților de concurență în ceea ce privește modul de analiză a operațiunilor având ca obiect transferuri de credite neperformante. De asemenea, deși Comisia Europeană nu consideră aceste tranzacții ca fiind concentrări economice în conformitate cu Regulamentul UE privind concentrările economice, iar legile naționale care reglementează concurența la nivelul fiecărui stat membru transpun în mare parte prevederile regulamentulului menționat anterior, cele mai multe dintre ele neavând norme exprese care să trateze aceste tranzacții, statele membre prezintă abordări

¹²Simon Grieser și Jorg Wulfken, *Performing and Non-Performing Loans Across the World: A Practical Guide*, Editura Euromoney Institutional Investor, p. 295-296.

¹³https://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/en/legislation/decrees/decrees_23_2014.pdf

¹⁴<https://www.nbp.pl/en/aktyprawne/thebankingact.pdf>

¹⁵http://www.svz.gov.si/fileadmin/svz.gov.si/pageuploads/prevodi/List_of_Slovene_laws_and_regulations_in_English.pdf

¹⁶Bank Assets Management Company (Compania de management al activelor bancare)

distincte. Mai mult, neexistând o interpretare unică a dispozițiilor legale aplicabile în fiecare stat membru, am putea identifica situația în care, deși anumite tranzacții ar fi putut îndeplini condițiile de prag relevante pentru o concentrare economică, acestea să nu fi fost notificate autorității de concurență în cauză.

La nivelul României, deși practica de până acum a autorității de concurență este unitară, nu putem nega faptul că legislația fiscală definește **transferul de active** ca reprezentând „operațiunea prin care o societate transferă, fără a fi dizolvată, totalitatea sau una sau mai multe ramuri ale activității sale către o altă societate, în schimbul transferării titlurilor de participare reprezentând capitalul societății beneficiare” (art. 32 alin. (1) lit. d din Codul Fiscal). Mai mult, doctrina și jurisprudența identifică transferul de active ca fiind un transfer de afacere, noțiunea nefiind consacrată sub această denumire în legislația națională, dar fiind preluată în materie fiscală din a șasea Directivă 77/388/CEE a Consiliului din 17 mai 1977 privind armonizarea legislațiilor statelor membre referitoare la impozitele pe cifra de afaceri – sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, în prezent Directiva 2006/112/CE a Consiliului privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată al UE. În susținerea acestei idei, menționăm și Decizia nr. 2748 din 15 martie 2013 prin care ÎCCJ admite: „Chiar dacă legislația fiscală nu face referire la noțiunea de "transferare a afacerii", nefiind consacrată legislativ o asemenea expresie, totuși, aceasta vizează înstrăinarea unei părți a activității, prin transferul activelor care erau folosite în cadrul acelei activități (...).” Definirea noțiunii de „transfer de active” din legislația fiscală are impact și asupra dreptului concurenței, deoarece calificarea tranzacției ca transfer de afacere sau o simplă livrare de bunuri/prestare de servicii determină existența unei concentrări economice. Suntem de părere că o asemenea abordare poate fi avută în vedere la nivel general, mai ales în statele membre unde nu există dispoziții exprese de drept concurențial cu privire la transferul de credite neperformante, dar există definiții legale ale transferului de active sau a transferului de afacere, când acestea pot fi corelate cu obiectul concentrărilor economice din punct de vedere legal, respectiv controlul dobândit asupra unor întreprinderi sau părți de întreprinderi prin transfer de active.

EVOLUȚIA REGLEMENTĂRILOR CONCURENȚIALE DE LA ADERAREA ROMÂNIA LA UNIUNEA EUROPEANĂ PÂNĂ ÎN PREZENT. TENDINȚE ȘI PERSPECTIVE

Roxana-Daniela PĂUN*

MOTTO:

"Cooperarea către care tindem începe acolo unde se termină concurența"
Franklin D. Roosevelt

Abstract: *If at first the competition seemed to be an abstract notion, difficult to manage for a society coming from a totalitarian regime, where everyone was equal, after the accession of Romania to the European Union, this concept begins to be felt by every European Romanian citizen, but also by every European citizen who enters competitive relations with the rest of European citizens including non-Europeans. This study proposes a synthetic overview of the stages Romania had to go through, in order to become a member of a performing Union, with a Functional Single Market, but also with an aging population, waiting for a revival and an infusion of new human capital.*

Keyword: *Competition; Single Market; abuse of dominant position; restrictive practices; monopoly; undistorted competition; concerted practices; protectionist policy*

În loc de introducere... Concurența a apărut din cele mai vechi timpuri și s-a manifestat în toate domeniile de activitate forma cea mai cunoscută fiind regăsită totuși în relațiile comerciale și de afaceri. Cu toate acestea există concurență, de exemplu, inclusiv pe piața muncii, fapt cu atât mai prezent în condiții economice mai grele cum ar fi cele dintr-o criză economică generalizată la nivel mondial și o recesiune pe măsură¹.

Dincolo de definițiile recunoscute relevant este cum modul în care concurența este resimțită de către consumatorul roman – cetățean român și european. "Calitatea vieții depinde nu numai de situația în care se află indivizii, ci și de modul în care ei percep această situație.(...) Dacă toți oamenii ar fi mulțumiți de viață, societatea n-ar mai evolua, căci n-ar mai exista nici o motivație pentru schimbare."² Concurența obligă oamenii să se schimbe, să iasă din confortul propriu și să evolueze! Trebuie însă să avem în vedere că fiecare individ în parte evoluează sau involuează în funcție de capacitatea lui de a se adapta la societatea aflată în perpetuuă evoluție. Dincolo de aspectele filozofice, psihologice, sociologice și de analiză comportamentală a răspunsului pe care fiecare dintre noi îl dăm la stimuli externi mai mult sau mai puțini agresivi, finalitatea este aceeași: EVOLUȚIA rasei umane coordonată cu evoluția societății în ansamblul ei.

La nivel național reglementările au evoluat odată cu intrarea României în Uniunea Europeană. Accesul României pe piața unică europeană a început ca o provocare și continuă ca o luptă eficientă pentru promovarea produselor românești la calitatea cerută de europeni. Trebuie însă avută în vedere și reciprocitatea, care presupune ca produsele europene care pătrund în România să aibă aceeași calitate cu produsele similare de pe piețele europene.

Sediul materiei în legislația națională³:

1. Constituția României reglementează în art 135 alin (1) că "economia României este economie de piață, bazată pe libera inițiativă și concurență.

2. Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare,

3. O.U.G. nr.117/2006 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.137/2007", precum și alte acte normative relevante.

În mare aceste reglementări stabilesc regulile care trebuie respectate de către toți participanții unei relații de afaceri între ei, dar și relațiile între producători, prestatori, distribuitori și consumatori.

Astfel, legea concurenței nr. 21/1996 republicată, prevede în art. 1 alin 1 că "dispozițiile prezentei legi se aplică actelor și faptelor care au sau pot avea ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței săvârșite de către: a) agenți economici sau asociații de agenți economici - persoane fizice sau juridice - de cetățenie, respectiv de naționalitate română sau străină, denumiți în continuare agenți economici; b) organele administrației publice centrale sau locale, în măsura în care acestea, prin deciziile emise sau prin reglementările adoptate, intervin în operațiuni de piață, influențând direct sau indirect concurența, cu excepția situațiilor când asemenea măsuri sunt luate în aplicarea altor legi sau pentru apărarea unui interes public major."

* Conf. univ dr. la Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative București, Universitatea Spiru Haret; e-mail: roxanadpaun@yahoo.com

¹ Roxana-Daniela Păun, *Dreptul concurenței*, Editura Fundației România de Măine, București, 2013, p.13.

² Gruia George, *Politici publice*, Ed. Sitech, Craiova, 2014, p.165.

³ Roxana-Daniela Păun, *Dreptul concurenței*, Editura Fundației România de Măine, București, 2013, p.72.

La nivel european reglementările concurențiale s-au conturat treptat și au evoluat odată cu provocările pe care viața economică și socială a europenilor s-a schimbat.

Sediul materiei în legislația europeană - *acquis-ul comunitar în materie*⁴:

Normele de drept național al statelor membre, în materia concurenței, și modul de aplicare a acestora nu trebuie să contravină celor comunitare și felului în care acestea sunt interpretate.

Legislația națională transpunea aproape integral prevederile *acquis-ului* comunitar în materia concurenței și ajutorului de stat, chiar înaintea aderării Românie la Uniunea Europeană, autoritățile române asumându-și obligația să aplice în mod corect aceste prevederi, în spiritul și conform interpretării cristalizate la nivelul Comunității Europene, obligație ce incumbă în mod egal și asupra instanțelor judecătorești, chiar înaintea datei aderării.

În practică, aplicarea efectivă a întâmpinat dificultăți determinate de nivelul reformelor economice și de gradul de dezvoltare insuficient al economiei funcționale, ceea ce a făcut necesară, spre exemplu, acordarea unor ajutoare de stat în sectoarele sensibile ale economiei. Deși acest principiu a fost și este acceptat la nivel european, este esențială respectarea strictă a legislației concurențiale și reducerea conformă a excepțiilor.

Trebuie totodată subliniat că legislația majorității statelor membre, la fel ca prevederile legii române, preia integral dispozițiile art. 101 și 102 TCE referitoare la înțelegerile și practicile concertate, respectiv abuzul de poziție dominantă. Armonizarea celor două tipuri de sisteme reprezintă în principiu un aspect pozitiv, simplificând sarcina autorităților europene și naționale competente să aplice prevederile în cauză, precum și situația agenților vizați de acestea; nu trebuie omise însă posibilele conflicte de competență între autoritățile comunitare – Comisia Europeană, pe de o parte și autoritățile naționale de concurență. În acest sens, Regulamentul CE 1/2003 cuprinde norme referitoare la stabilirea competenței și colaborarea între autoritățile menționate.

Cadru normativ privind concurența economică stabilit prin Tratatul european:

Tratatul de funcționare a UE (Roma 1952) prezentat sintetic:

În partea a III-a, titlul 7 (art 101-118) sunt prevăzute norme privind concurența, impozitarea și armonizarea legislațiilor. În capitolul I stabilite sunt reguli de concurență. Acestea vizează acordurile între întreprinderi, care sunt incompatibile cu piața internă și interzise. Sunt interzise toate deciziile asociațiilor de întreprinderi și practicile concertate care, pot afecta ori au ca efect împiedicarea, limitarea sau distorsionarea concurenței pe piața internă și în special cele care fixează direct sau indirect prețurile de vânzare-cumpărare sau alte condiții comerciale; care limitează sau controlează producția, piețele, dezvoltarea tehnologică și investițiile; care împart piețele și sursele de aprovizionare. Totodată se interzic și acele decizii prin care se aplică condiții ilegale la tranzacții de același fel, încheiate cu alți parteneri comerciali, situându-i pe primi într-o poziție defavorabilă; și/sau se condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către celelalte părți, a unei obligații suplimentare, care prin natura lor, nu au legătură cu obiectul contractului.

Art 101, alin. 2 prevede că toate acordurile, deciziile sau practicile concertate, interzise de alin 1 sunt nule de drept. Alin 3 al aceluiași art. statuează că deciziile, acordurile și practicile concertate, care pot fi exceptate, de la interdicția arătată în alin 1, nu sunt sancționate acele practici, care deși interzise, contribuie la ameliorarea distribuției/producției de mărfuri, ori la promovarea progresului tehnic; și totodată că nu sunt sancționate dacă nu se elimină concurența pe o piață substanțială a pieții interne.

Abuzul de poziție este incompatibilă cu piața comună, conform art. 102 și se interzice orice abuz de poziție dominantă a uneia sau mai multe întreprinderi pe piața internă, în ansamblu ei sau pe un segment al acesteia, în măsura în care acest abuz afectează schimburile comerciale între statele membre și care constă în:

- impunerea în mod direct a prețurilor de vânzare-cumpărare sau a altor condiții comerciale;
- limitarea producției, a dezvoltării tehnologice și a pieței de desfacere;
- aplicarea de condiții diferite la tranzacții încheiate cu alți parteneri;
- condiționează încheierea de contracte, prin acceptarea de condiții, care nu au legătură cu contractele respective.

Analiza practicilor restrictive prevăzute în art 101 și 102 din Tratat. Din textele celor 2 articole, politicile concurențiale ale UE sunt direcționate pe 4 domenii:

1. eliminarea acordurilor de restricție a concurenței și a abuzurilor de poziție dominantă;
2. controlul fuziunilor de întreprinderi;
3. liberalizarea sectoarelor economice sub formă de monopol;
4. monitorizarea subvențiilor acordate de statele UE.

Potrivit dispozițiilor din art 101 alin 1, sunt interzise: acordurile dintre întreprinderi; deciziile asociațiilor dintre întreprinderi; practicile concertate.

Acordurile – în principiu acordurile care se încheie în scopul promovării/creșterii producției, al cercetării sau al progresului tehnic nu sunt sancționabile, dar dacă potrivit dispoziției din art 101 al 1, Comisia Europeană este sesizată de o persoană fizică sau juridică, care are un interes legitim, de către părțile ale unei înțelegeri sau se sesizează din oficiu despre o încălcare a dispozițiilor respective, se vor aplica prevederile Regulamentului nr 1/2003.

⁴ Roxana-Daniela Păun, *Dreptul concurenței*, Editura Fundației România de Măine, București, 2013, p.74- 75.

Întreprinderile sunt obligate să stabilească dacă acordurile încheiate sunt susceptibile să intre în sfera de aplicare ale art 101 al 1 sau dacă sunt îndeplinite condițiile de la art 101 al 3.

Acordurile interzise dintre întreprinderi poate să aibă forma expresă sau tacită prin care cel puțin două întreprinderi independente își exprimă, în mod direct și nevicat, acordul cu privire la cerere, ofertă și preț; sau în legătură cu comportamentul de bună-credință sau de rea-credință pe piață. Din punct de vedere faptic o înțelegere se poate realiza scris, oral sau pe diferite suporturi.

Acordurile sau înțelegerile pot fi pe orizontală, atunci când intervin între întreprinderi, aflate pe același nivel economic, și pot fi și pe verticală, care se realizează între întreprinderi aflându-se în diferite faze ale procesului de producție și comercializare și care sunt independente⁵.

Tratatul de la Lisabona și concurența în spațiul european

Sediul materiei privind concurența în Tratatul de la Lisabona - Articolele 101-109 din TFUE, precum și Protocolul nr. 27 privind piața internă și concurența, precizează că obiectivul pieței interne definit la articolul 3 alineatul (3) din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE) include problematica concurenței nedenaturate.

Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) în partea a III-a Politicile și acțiunile interne ale Uniunii. Titlul VII Norme comune privind concurența, impozitarea și armonizarea legislativă dezvoltă reglementările anterioare. Politica în domeniul concurenței și practicile concertate sunt reglementate prin Regulamentul (CE) nr. 1/2003, în vigoare de la 1 mai 2004. Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, (TFUE) reglementează politica în domeniul concurenței la articolul 101, care interzice acordurile între întreprinderi ce au ca obiect sau efect restrângerea sau denaturarea concurenței. Astfel, art. 101 din Tratatul de la Lisabona (ex-articolul 81 TCE) prevede:

(1) Sunt incompatibile cu piața internă și interzise orice acorduri între întreprinderi, orice decizii ale asocierilor de întreprinderi și orice practici concertate care pot afecta comerțul dintre statele membre și care au ca obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței în cadrul pieței interne și, în special, cele care:

- (a) stabilesc, direct sau indirect, prețuri de cumpărare sau de vânzare sau orice alte condiții de tranzacționare;
- (b) limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile;
- (c) împart piețele sau sursele de aprovizionare;
- (d) aplică, în raporturile cu partenerii comerciali, condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial;
- (e) condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte.

Concluzii: Concurența nedenaturată nu este însă un scop în sine, ci o condiție pentru realizarea unei piețe interne libere și dinamice, constituind unul dintre instrumentele de promovare a bunăstării economice generale.

La prima vedere, te poți întreba dacă nu ești avizat, de ce este atât de important ca regulile concurențiale să funcționeze corect. Înțelegerile între agenții economici și practicile concertate în legislația europeană sunt bine reglementate tocmai pentru că afectează consumatorul. Chiar dacă sunt interzise și nule de drept, toate acordurile între întreprinderi (inclusiv asocierile și practicile concertate) care au ca obiect sau efect afectarea concurenței aduc atingere comerțului intracomunitar. În practică, instituțiile abilitate sancționează constant aceste cazuri, din ce în ce mai dese, din păcate, și greu de demonstrat. În text sunt date exemple precum: stabilirea prețurilor; limitarea sau controlarea producției, a comercializării, a dezvoltării tehnice sau a investițiilor; împărțirea piețelor sau a surselor de aprovizionare; aplicarea unor condiții inegale la prestații echivalente; condiționarea încheierii contractelor de unele prestații suplimentare care nu au legătură cu obiectul contractelor. Înțelegerile economice și toate formele de concurență neloială lezează interesele consumatorilor, aceștia ajungând să plătească mai mult pentru bunuri și servicii de o calitate inferioară față de cea care ar exista pe o piață concurențială.⁶

Dreptul concurenței modern în România

În timp ce dezvoltarea dreptului concurenței a stagnat în Europa în timpul secolului al 19-lea, în anul 1889 România adopta ceea ce este considerat "statutul primei competiții din timpurile moderne". Legea pentru prevenirea și combaterea combinațiilor formate în siguranța comerțului a fost în vigoare cu un an înaintea ca în Statele Unite ale Americii să se adopte statutul juridic cel mai faimos privind dreptul concurenței, Sherman Act din 1890 (legea antitrust). A fost numit după senatorul John Sherman, care a susținut că Legea "nu anunță un nou principiu de drept, ci se aplică principiile vechi și bine recunoscute ale dreptului comun"⁷.

Succesul comercial devine tot mai dependent de maximizarea producției, în timp ce conducătorul afacerii încearcă minimizarea costurilor cu orice preț. Prin urmare, mărimea unei companii a devenit tot mai importantă și

⁵ Roxana-Daniela Păun, *Dreptul concurenței*, Editura Fundației România de Măine, București, 2013, p.84- 86.

⁶ Comisia Europeană, *Politica în domeniul concurenței*, Ed. Oficiul pentru Publicații Oficiale ale Uniunii Europene, citată de Ioan Lazăr în Partea a IV-a, *Înțelegeri anticoncurențiale între întreprinderi*, Dreptul Uniunii Europene în domeniul concurenței, Universul Juridic, p. 156.

⁷ Papadopoulos, Anestis S, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press. 2010, pp. 9–10. ISBN 978-0-521-19646-8.

astfel multe state europene au răspuns acestei realități prin adoptarea legilor care reglementează societățile comerciale, companiile, consorțiile mari.

”Societatea satisfăcută este o utopie”, subliniază Johann Michael Neder⁸, chiar dacă s-ar putea realiza o împărțire perfect echitabilă a bunurilor, serviciilor și șanselor între toți membrii societății, inegalitatea ar continua să existe, ca urmare a capacității diferite de sesizare și de valorificare a posibilităților oferite.

Nivelul maxim al satisfacției de viață este dificil de realizat pentru toți membrii societății, întrucât principalul său determinant este posibilitatea de comparare favorabilă cu alte grupuri ale populației⁹.

Aceasta presupune însă ca în permanență să existe indivizi cu o calitate a vieții relativ inferioară și probabil și percepută ca atare. Satisfacția maximă a celor mai bine situați presupune o satisfacție mai mică a celor mai puțin bine situați, căci nu toți își pot maximiza concomitent satisfacția.

Deosebiriile dintre sistemele de valori precum și conflictele permanente existente în interiorul diferitelor comunități sociale sporesc sursele de satisfacție sau de insatisfacție, în funcție de așteptările fiecăruia¹⁰.

În anul centenarului Unirii (1918- 2018), trebuie să observăm că istoria ne oferă soluția optimă pentru o conviețuire pașnică între națiuni diferite, cu tradiții și obiceiuri care trebuie respectate.

Când dorința de unificare este mare, se pot depăși tendințele concurențiale și se poate renunța la politicile mascate expansionist ale marilor concerne economice europene, aflate și ele la rândul lor în concurență cu valul asiatic care acaparează încet și sigur atât teritorii cât și economii mai mult sau mai puțin performante.

Concurența dusă la extrem afectează economia, relațiile umane, anulând orice încercare de umanizare a ”actorilor” de pe scena economiei europene și internaționale.

Dacă OMUL din noi dispare și totul se reduce la un joc ”win-win”, când totul se reduce la profit și câștig cu orice preț, la zerourile din conturi, concurența este denaturată și efectul pe termen lung contravine unei evoluții decente a civilizației umane fiind pusă în pericol însăși existența Uniunii Europene: ”Unitate în diversitate”.

Diversitatea include concurența între popoare, între națiuni, între economiile statelor membre. Unitatea în diversitate presupune conviețuirea în armonie și colaborare, împreună, într-un spațiu de libertate, securitate și justiție, bine reglementat de politicile europene comune.

În condițiile în care societatea contemporană evoluează într-un mod imprevizibil, nu este ușor de proiectat în timp o viziune realistă a ceea ce poate fi în viitor concurența în Europa actuală.

Un argument în favoarea acestei afirmații îl constituie recente declarații ale liderului American Donald Trump care anunță taxe vamale semnificativ majorate pentru importurile americane de oțel și aluminiu, respectiv taxe de 25% pentru oțel și 10% pentru aluminiu. Această declarație a provocat deja o undă de șoc pe Wall Street, unde indicele Dow a pierdut 420 de puncte. Cele mai afectate țări sunt Canada, Brazilia și Coreea de Sud și nu China, relatează CNBC¹¹. Uniunea Europeană are o abordare ”protecționistă” față de Statele Unite, acuză președintele american, Donald Trump, deși el este acuzat de Bruxelles și de lideri ai țărilor europene de o serie de măsuri comerciale controversate. ”Uniunea Europeană este foarte protecționistă față de Statele Unite. Să înceteze!”, a adăugat Donald Trump¹².

Donald Trump a denunțat în mod repetat surplusul comercial al Germaniei în relația cu Statele Unite. Liderul de la Casa Albă a avertizat că ar putea impune taxe vamale companiilor germane. În același timp, Washingtonul este într-o dispută privind importurile și exporturile de oțel cu Brazilia, Canada, Uniunea Europeană, China, Japonia și Mexic. Planul Administrației Donald Trump de a impune tarife suplimentare la importurile de oțel din rațiuni de siguranță națională probabil va atrage acțiuni de ”protecție” din partea Uniunii Europene, au atras atenția de curând surse politice și din industria de profil, conform Mediafax. Trump se folosește de o lege comercială puțin cunoscută, din 1962, aplicabilă în situația în care ”importurile de oțel și aluminiu afectează securitatea națională”. Argumentul președintelui american: ”Importurile ieftine ”distrug industria și locurile de muncă din Statele Unite”, va afecta relațiile comerciale americane cu restul lumii pe termen lung. Se știe că orice politică protecționistă afectează libera concurență. Iată dovada incertitudinii evoluțiilor concurenței generate și de ultimele postări pe rețelele de socializare ale aceluiași lider american: ”Lucrăm la un acord comercial major cu Marea Britanie. Ar putea fi foarte mare și foarte atrăgător. Locuri de muncă!”- Twiter

Ca efect al acestor acțiuni, Uniunea Europeană ar putea introduce tarife ”de protecție” la importurile de oțel și aluminiu, ca răspuns la decizia SUA. UE va lua în considerare propriile sale tarife ”de protecție” la importurile de oțel și aluminiu, ca răspuns la decizia președintelui Donald Trump, a afirmat comisarul european pentru Comerț, Cecilia Malmstrom, într-un interviu acordat publicației britanice Financial Times, citat de Agerpres. (2 martie 2018)

⁸ Pictor austriac, (1807-1882), citat de George Gruia în lucrarea *Politici publice*, Ed. Sitech, Craiova, 2014, p.164.

⁹ *Idem* 7, p. 165.

¹⁰ *Idem* 8, p.165.

¹¹ <https://stirileprotv.ro/stiri/financiar/donald-trump-pe-punctul-de-a-declansa-un-razboi-comercial-raspunsul-pregatit-de-ue.html> , 2 martie 2018

¹² <http://www.mediafax.ro/exteme/donald-trump-avertizeaza-ue-trebuie-sa-inceteze-abordarea-protectionista-fata-de-statele-unite-16631594>, 2 martie 2018

Canada, Brazilia și Coreea de Sud sunt cei mai importanți exportatori de oțel către Statele Unite, iar China este, în prezent, cel mai mare producător de aluminiu și oțel din lume. Decizia va spori probabil tensiunile cu China, într-un moment în care un important consilier economic chinez, Lui He, este la Washington pentru discuții pe teme legate de comerț. Deși SUA importă din China doar 2% din oțel, producția masivă de oțel din statul asiatic a dus la scăderea prețurilor. La rândul său, China a indicat că ar putea răspunde măsurilor SUA privind oțelul introducând tarife la importurile de produse agricole din State. De exemplu, Statele Unite sunt cel mai mare furnizor de boabe de soia. Și iată cum politicul aruncă în aer toate regulile funcționale inclusiv ale Organizației Mondiale a Comerțului, unde argumentele de siguranță națională nu sunt considerate ca fiind viabile și justificate care să genereze o astfel de decizie!

Iată un exemplu concret și actual al modului incert în care poate evolua concurența pe piața oțelului și aluminiului și care nu avea cum să fie previzibilă. Acest exemplu certifică incertitudinile în materie de concurență care se pot concretiza în orice domeniu al vieții noastre, la care fiecare stat este obligat să acționeze în conformitate cu propriile interese.

DEZVOLTAREA COMERȚULUI INTERNAȚIONAL ÎN SINCRONICITATE CU DINAMICA PIEȚEI INTERNE A UE. STUDIU DE CAZ - PRODUSE TRADIȚIONALE ROMÂNEȘTI, RECUNOSCUTE LA NIVELUL UE, PE PIEȚELE EMERGENTE ALE CONTINENTULUI AMERICA*

*Speranța-Liliana NEAGU**

Motto-uri:

“Imposibilul nu reprezintă nimic”

(Adidas Slogan)

“If you are curious, you’ll find the puzzles around you. If you are determined, you will solve them.”

(Erno Rubik)

Abstract: Publicly we talk about the EU agricultural potential, and implicitly about that of Romania's. In the same context it is criticized the fact that it is pre-eminently the primary agricultural products that are sold, instead of the processed ones, which create capital gain to the resource owners. At present, regularly, the gain preponderantly goes to the making a valuable final contribution. Therefore, we could rethink certain models, in certain possible niches, contingent on the supply and demand, at an advantageous win-win price, of course.

The diaspora and the traditional, diplomatic, scientific, cultural, sport and business relationship may play an essential role in the sustainable development of the trade, or even of the know-how development, resulting quantifiable results for Romania.

Combining elements from Edward de Bono theory with the maieutic principles and with the climate changes construct, we can configure new development measures to the international commerce, connected to the adjacent fields.

I. Contextul negocierilor privind comerțul euro-atlantic. Emergența produselor europene pe piețele transatlantice

În mai 2016, Uniunea Europeană și Mexic au lansat negocierile de modernizare a Acordului global, inclusiv normele privind comerțul - Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement (“Global Agreement”)¹, care sunt în curs de desfășurare. Prima rundă de negocieri a urmat în luna iunie a aceluiași an. După nouă zile de lucru, la 20 februarie, s-a încheiat în Mexico City, cea de-a noua rundă de negocieri pentru modernizarea Acordului de liber schimb între Uniunea Europeană și Mexic².

Dacă în anul 1976, Comunitatea Economică Europeană și Canada au semnat un acord-cadru privind cooperarea economică (Comprehensive Economic and Trade Agreement - CETA)³, primul acord cu o țară terță industrializată, în anul 1976, a fost deschisă Delegația Comisiei Europene cu sediul la Ottawa, urmând adoptarea în 1990, a Declarației privind relațiile transatlantice, extinderea domeniului de aplicare a contactelor lor și stabilirea unor reuniuni periodice la nivel de summit și la nivel de miniștri. În 1996, la reuniune ala nivel înalt de la Ottawa a fost adoptată o nouă Declarație politică privind relațiile dintre UE și Canada, conexată cu un plan comun de acțiune. Tratatativele de negociere ale UE cu Canada au fost reluate în aprilie 2009 iar Comisia Europeană a adoptat, la 5 iulie 2016, proiecte de propuneri de decizii ale Consiliului UE privind semnarea, aplicarea provizorie și încheierea Acordului economic și comercial global (CETA). Consiliul a adoptat propunerea CETA la 28 oct. și a semnat acordul la 30 oct. 2016, în cadrul unui summit bilateral. Parlamentul European și-a dat acordul la 21 sept. 2017, când acordul a intrat provizoriu în vigoare. Intrarea oficială la nivelul UE va fi realizată deplin atunci când toate parlamentele statelor membre ale UE vor ratifica acordul.

Acordul de Comerț Liber cu Canada a intrat în vigoare la 21 sept. 2017 iar Acordul global UE-Mexic și Acordul de Comerț Liber UE-Mercosur⁴ (Interregional Framework Cooperation Agreement between the European Community and Mercosur)⁵ se preconizează a fi încheiate în 2018.

* Această lucrare reprezintă propria mea ipoteză de cercetare, nu este implicată în instituția în care îmi desfășor activitatea; e-mail: sperantaneagu@yahoo.com

* consilier pentru afaceri europene, Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale; e-mail: sperantaneagu@yahoo.com

¹ semnat în 1997; în vigoare din 2000

² http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf

³ <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:r14013>

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:r14013>

Tratativele de negociere ale MERCOSUR cu UE au debutat în 1999, rundele de negociere au fost reluate în 2016 după ce un schimb de oferte de acces pe piață a avut loc în mai 2016. O primă rundă a avut loc la Bruxelles în oct. 2016, urmată de runde alternativ în Brazilia și Bruxelles. O alta rundă a avut loc la Bruxelles în perioada 29 nov.- 8 dec. 2017, iar o reuniune ministerială a fost organizată la 30 ian. 2018, la Bruxelles.

Negocierile UE cu SUA privind Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)⁶ au stagnat și este posibil să apară un nou construct după finalizarea procesului Brexit. De subliniat este faptul că deja britanicii întreprind demersuri pentru încheierea unui tratat comercial cu SUA. Cele doua părți sunt în stand-by întrucât nu pot demara oficial negocierile valabile până Marea Britanie nu va părăsi Uniunea (așa-numitul "Brexit").

La 2 aprilie 1990 - Comunitatea Europeană și Argentina/The Framework Trade and Economic Co-operation Agreement between the EU and Argentina⁷ au semnat un acord cadru privind cooperarea comercială și economică, intrat în vigoare în 1990.

În perioada 10-13 dec.2017, a fost organizată la Buenos Aires, Argentina, cea de a 11-a Conferință Ministerială a Organizației Mondiale a Comerțului (OMC)/The Eleventh Ministerial Conference (MC11), ocazie cu care au fost discutate și negociate noile reguli privind sprijinul financiar pentru producătorii agricoli. În marja desfășurării conferinței, România a solicitat și a sprijinit, totodată, eforturile Comisiei Europene cu privire la prezervarea intereselor economice ale sectorului agricol din UE. Țara noastră a susținut propunerea transmisă la OMC, elaborată în comun de către UE și Brazilia cu privire la sprijinul intern, susținerea de creare de stocuri publice pentru siguranța alimentară, pentru contingente de bumbac. Propunerea a fost susținută, de asemenea de Columbia, Peru și Uruguay. Alte teme de interes pentru membrii OMC sunt facilitarea investițiilor și reforma OMC.

The Eleventh Ministerial Conference (MC11) a avut loc în perioada 10-13 December 2017, în Buenos Aires, Argentina, prezidat de ministrul Susana Malcorra din Argentina. Conferința s-a încheiat cu o serie de decizii ministeriale, inclusiv privind subvențiile în domeniul pescuitului și obligațiile privind comerțul electronic, precum și angajamentul de a continua negocierile în toate domeniile. De asemenea, trei grupuri de suporteri au anunțat noi inițiative de avansare a discuțiilor la OMC cu privire la problemele comerțului electronic, facilitării investițiilor și microîntreprinderilor și întreprinderilor mici și mijlocii. Alte aspecte ale conferinței de la Buenos Aires sunt următoarele: "Declarația privind femeile și comerțul", lansarea inițiativei "Efectuarea comerțului electronic" și anunțarea Google ca prim campion al IMM-urilor / ICC după ce a culminat concursul video pentru afaceri de mici dimensiuni - câștigarea a fost prezentată de "Zedi"⁸, o afacere de modă care se concentrează pe modă, cu elemente tradiționale specifice comunităților locale.

Uniunea Europeană și țări cadrul Grupului CAIRNS⁹ au elaborat o *declarație* (Joint ministerial statement on next steps in WTO agricultural reform by the European Union and members of the CAIRNS group¹⁰) prin care se reafirmă angajamentul de a gestiona în mod corespunzător aspectele specifice cu privire la sprijinul intern în agricultură care distorsionează comerțul.

După cum se prevede în planul său strategic 2016-2020, DG Trade urmărește obiectivele specifice ale Comisiei UE în contextul a trei dintre obiectivele generale ale Comisiei, stabilite în Comunicarea "Comerțul pentru toți"¹¹, adoptată de către Colegiul Comisarilor la 14 oct. 2015 în Strategia privind politica comercială și de investiții, unde se afirmă că 90% din creșterea economică la nivel mondial în următorii 10-15 ani va fi generată în afara Europei.

Alte puncte importante aflate pe masa dezbaterilor UE cu OMC sunt subvențiile pentru pescuit și stocurile publice în conexiune cu siguranța alimentară. În mod asemănător, corelarea sau nu a punerii în aplicare a politicilor și strategiilor, chiar și de către structurile guvernamentale, este îngreunată de prăbușirea substructurilor și de tot felul de relații de subordonare, amestecate cu cele de coordonare.

În anul 2017, UE a alocat circa 133 mil. € din buget pentru cofinanțarea programelor dedicate pentru **promovarea produselor agricole** și va crește în anii următori. Ca element de noutate, pentru același an, apare alocarea a 15 mil. € pentru promovarea programelor care contribuie la conștientizarea conceptului de **agricultură durabilă și la rolul agriculturii în cadrul acțiunilor UE privind atenuarea efectelor datorate schimbărilor climatice**.

Politica comercială a UE acționează pentru menținerea sistemului comercial global¹² și pentru a se asigura că se adaptează la o lume dinamică. Este dificil să se acorde prioritate atunci când se ia decizia finală privind normele OMC, la nivelul unei entități și când interesul național se suprapune cerinței de protecție a cetățenilor UE și se exercită o presiune externă asupra exploataării resurselor. În același context, este criticat faptul că sunt vândute produsele agricole primare, cu precădere, în locul celor prelucrate, care să aducă plusvaloare pentru deținătorii

⁶ 1990 Comunitatea Europeană (12 țări) și SUA au semnat o "Declarație transatlantică

⁷ În 2016, guvernul francez a cerut să amâne negocierile pentru încheierea unui acord de liber schimb pentru a efectua un studiu de impact - https://en.wikipedia.org/wiki/Argentina%E2%80%93European_Union_relations

⁸ https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/sbc_12dec17_e.htm

⁹ țările exportatoare

¹⁰ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/october/tradoc_156256.pdf

¹¹ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/january/tradoc_154151.pdf

¹² http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/august/tradoc_154920.pdf

resurselor. Câștigul preponderent, în prezent, de regulă, ajunge să fie fructul celui care intervine pe lanț, cu un segment prețios, pe final. Pe cale de consecință, am putea (re)gândi anumite modele pe anumite nișe posibile, în funcție de binomul cerere-ofertă, desigur la un preț avantajos, într-un sistem “win-win”.

În balanța comercială a UE cu SUA, pentru ultima perioadă, cele mai însemnate câștiguri au fost obținute în cazul exporturilor către SUA (+8%). Aceste rezultate excelente reflectă eforturile continue ale Uniunii pentru deschiderea de noi piețe internaționale și promovarea produselor agroalimentare europene, și de asemenea, prin reducerea decalajelor dintre cerere și ofertă, care au afectat anumite sectoare agricole importante din cadrul UE.

În relația UE cu Mexic, România are o legătură comercială avantajoasă pentru anumite sortimente de vin și pentru produsele alimentare recunoscute la nivel european.

II. Modelarea în comerțul internațional cu produse alimentare

În spațiul public, mereu se face vorbire despre potențialul agricol al Uniunii Europene, și, implicit, al României. Între 1 ian. și 30 iun. 2017, exporturile de produse agroalimentare românești au înregistrat o valoare de 2.432 mil. €, (+ 4,5%, față de aceeași perioadă a anului 2016), din care 1.449,6 mil. € pe piața europeană, respectiv 982,4 mil. € în țări terțe.

Uneori este dificil de decelat între competențele statului membru și cele ale UE atunci când facem referire la promovarea interesului național în cazul producției agricole ori alimentare așa cum au remarcat autori precum Sacha Garben și Inge Govaere în *The Division of Competences between the EU and the Member States, Reflections on the Past, the Present and the Future*¹³, editată de “Hart Publishing”, în 2017, ori de Gareth T. Davies în *The Competence to Create an Internal Market: Conceptual Poverty and Unbalanced Interests*¹⁴ (elaborată pentru Free University of Amsterdam - Faculty of Law, May 22, 2017) sau Sanam S. Haghighi, în *Energy Security and the Division of Competences between the European Community and its Member States*¹⁵, în 2008, în *European Law Journal*, ori Marc Bungenberg, în *The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics, International Investment Law and EU Law*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2011.

Exista în materie deja o jurisprudență a CJUE, care poate fi exemplificată prin “The Opinion of the European Court of Justice on the EU-Singapore Trade Agreement and the Division of Competences in Trade Policy”, emisă în sept. 2017¹⁶.

De obicei, de la negocieri la aplicarea măsurilor unor planuri de acțiune, numărul autorităților crește în timpul adoptării unei strategii și, treptat, se observă că există entități sau autorități care nu sunt pe deplin angajate sau implicate, încă de la prima măsură aplicată. De obicei numărul de organisme crește în timp ce adoptarea strategiei continuă și se observă, treptat, că unele entități sau autorități sunt parțial sau integral (după cum este necesar) nu sunt implicate, de la prima măsură.

Combinând elementele din Teoria lui Edward de Bono cu principiile maieuticii¹⁷ și cu constructul schimbări climatice putem configura noi măsuri de dezvoltare a comerțului internațional în conexiune cu domenii adiacente. Putem crea un soft cu nuanțe de culori în funcție de accentuarea unei anumite cerințe de produs intersectată cu o anumită ofertă, dar ținând cont, totodată, de prețul și de profitul final.

Anchetele de tip sociologic pot fi utilizate pentru astfel de modelări începând cu întrebări de genul ce produs alimentar este cel mai dorit/solicitat de către un anumit segment al populației/pe categorii de vârstă etc. și care gen de produs nu este dorit deloc. Anumite produse pot fi promovate – ca gust nou și se poate urmări evoluția pătrunderii acestuia pe noua piață. Promovarea poate fi realizată împreună cu o informare obiectivă privind proprietățile, valențele nutriționale, aportul de vitamine ori minerale etc. În acest sens, **nutri-scorul¹⁸ reprezintă, pe lângă opiniile medicilor nutriționiști, un instrument valoros pentru liniile directe ale viitoarelor criterii de evaluare în proiectele de promovare a produselor de calitate înaltă și ar putea departaja anumite categorii de produse într-un spirit obiectiv competitiv.** Așa cum sunt promovate deja pe teritoriul Europei, anumite produse care sunt însoțite de mici informări ale medicilor nutriționiști, generaliști și specialiști, aceste produse pot fi promovate cu succes dincolo de Oceanul Atlantic, mai ales cu prilejul evenimentelor culturale, sportive ori la întâlnirile oamenilor de afaceri.

Prin modelare, se pot preveni situațiile de escaladare a acestui deficit și pot fi creionate liniile generale de mandat pentru negociatori, acolo unde se poate interveni la nivelul diplomației economice, cel puțin. Ca argument forte în stabilirea anumitor linii de mandat este posibilă aducerea motivului unei posibile perturbare a pieței și, implicit, scăderea nivelului de trai al unor comunități locale, din țările partenere la acorduri comerciale, inclusiv prin

¹³Sacha Garben, Inge Govaere, “*The Division of Competences between the EU and the Member States Reflections on the Past, the Present and the Future*”, publicată la “Hart Publishing, 2017.

¹⁴https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2971940

¹⁵<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0386.2008.00421.x/abstract>

¹⁶http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156035.pdf

¹⁷Σοκράτης (470/469^[1] – 399 π.Χ.)

¹⁸<http://www.rfi.ro/special-paris-98930-alimentele-comercializate-franta-obtin-un-scor-nutritional>

monitorizarea atingerii unor indici privind calitatea vieții, inclusiv prin asigurarea securității energetice și alimentare, ambele foarte importante.

Pe baza diversității și a acceptării diferitelor gusturi și obiceiuri ale populației autohtone ori a imigranților se pot dezvolta schimburi gastronomice interculturale, care deja au anumite puncte focalizate de dezvoltare în jurul comunităților minorităților culturale din America. Magazine de profil au pe rafturi anumite produse etichetate sau nu ca fiind românești ori din România, de exemplu, ori pur și simplu fiind recunoscute ca fiind de proveniență europeană.

Modelarea poate utiliza culorile pentru a accentua anumite posibile puncte focale de cereri, pentru anumite perioade care au în vedere posibile contingentări care generează oportunități, dar și posibile termene limită care trebuie îndeplinite la livrarea finală, având în vedere și perioadele de inspecție din partea autorităților de pe coastele continentului primitor de produse europene.

Previziunile pot fi proiectate segmentare – pe grupuri ținte - și în masă - de la reprezentantul novice, turistul care degustă, până la degustătorul ori expertul profesionist¹⁹.

Promovarea poate avea la baza principiul din macrostrategii și anume de promovare a produselor dintr-un areal, la care se adaugă un procent de maxim 20% de produse din țări ale UE, de ex. Ori de pe alte continente, procent corespondent capitalului străin prin care se derulează proiectul macroregional în cauză.

Pe lângă monedele consacrate precum euro ori dolarul american ori canadian, putem utiliza cea mai nouă monedă virtuală care ar putea accelera tranzacțiile. Clauzele contractuale trebuie pregătite minuțios, în acest din urma caz. Dezvoltarea agriculturii, a industriei alimentare în conexiune cu eficiența energetică, de exemplu, ar putea avea catalizator tocmai aceasta inovație financiară iar precontractele ar putea conduce la planificări și la conexiuni de neimaginat până acum.

Moneda bitcoin²⁰ poate fi o cale alternativă dar în prezent este destul de vulnerabilă iar o evaluare a rezultatelor pentru proiecte similare ar putea conduce la o concluzie avizată pentru experții financiari ai UE. În cazul în care noua monedă va fi dovedită ca fiind catalizatoare se pot up-data anumite ghiduri și practici pentru posibilă utilizare în proiecte care au componenta de schimbări climatice, cazuri urgente ori în cele de comerț internațional, în anumite condiții (parteneri tradiționali etc.).

Produsele montane se bucură de o recunoaștere a calității la nivel european iar regimul acestora este stabilit prin REGULAMENTUL DELEGAT (UE) NR. 665/2014 AL COMISIEI din 11 martie 2014 de completare a Regulamentului (UE) nr. 1151/2012 al Parlamentului European și al Consiliului în ceea ce privește condițiile de utilizare a mențiunii de calitate facultative „produs montan”²¹. De lege ferenda ar fi oportun de creat un sinonim pentru produsele riverane, deltaice ori costiere care necesită un sprijin financiar pentru a fi protejate anumite comunități umane.

De lege ferenda la nivel UE - O Forță de reactive rapidă – pentru protejarea omului și a mediului în egală măsură ar putea fi creată pentru a dezvoltă puncte focale de salvare a unor comunități aflate în pericol de a-și reduce considerabil numărul, mai ales dacă acestea sunt în zone defavorizate precum altitudinea.

Actualele linii ale politicii comerciale sunt stabilite până în anul 2020, având ca bază legală REGULATION (EU) No 1144/2014 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2014 on information provision and promotion measures concerning agricultural products implemented in the internal market and in third countries and repealing Council Regulation (EC) No 3/2008²², The Commission Delegated Regulation (EU) 2015/1829 laying down rules concerning the eligibility of proposing organisations and promotion programmes and the costs eligible for EU funding/ REGULAMENTUL (UE) nr. 1144/2014 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI din 22 octombrie 2014 privind acțiunile de informare și promovare referitoare la produsele agricole puse în aplicare pe piața internă și în țările terțe și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 3/2008, REGULAMENTUL DELEGAT (UE) 2015/1829 AL COMISIEI din 23 aprilie 2015 de completare a Regulamentului (UE) nr. 1144/2014 al Parlamentului European și al Consiliului privind acțiunile de informare și promovare referitoare la produsele agricole puse în aplicare pe piața internă și în țările terțe²³; The Commission's Implementing Regulation (EU) 2015/1831 containing rules on the visibility of origin and brands, the management of simple programmes, payments and controls²⁴.

¹⁹ Food and Wine Tourism: Integrating Food, Travel and Territory By Erica Croce, Giovanni Perri, pg. 51, https://books.google.ro/books?id=Wfk5TGjKZ8C&pg=PA31&lpg=PA31&dq=modelling+%2B+gastronomic&source=bl&ots=1D7JaY7EKO&sig=wTt7aMjCjiUjQmq3bz767DC5SU&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiz_KHP1p_XAhVDPRoKHdikCn8Q6AEINjAC#v=onepage&q=modelling%20%2B%20gastronomic&f=false site consultat la 2 nov. a.A.c.

²⁰ <https://en.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>

²¹ <http://www.madr.ro/docs/ind-alimentara/regulamentul-comisiei-665.pdf>

²² REGULATION (EU) No 1144/2014 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2014 on information provision and promotion measures concerning agricultural products implemented in the internal market and in third countries and repealing Council Regulation (EC) No 3/2008

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R1144&from=en>

²³ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.266.01.0003.01.ENG

²⁴ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.266.01.0014.01.ENG

Pentru programele multianuale și programele simple care vizează țările terțe, rata de cofinanțare UE este de 80%, iar programele mulți sunt programe transmise de cel puțin 2 organizații propuse, care provin din cel puțin două state membre sau una sau mai multe organizații ale Uniunii.

Comisia va stabili servicii de asistență tehnică pentru a ajuta operatorii să participe la programele cofinanțate, să pregătească campanii eficiente sau să dezvolte activități pe piețele de export.

Se acordă prioritate programelor care vizează țările din afara UE, cu un accent special pe acele piețe care au cel mai mare potențial de creștere, Organizații comerciale și interprofesionale reprezentative pentru sector. Organizațiile de producători și asociațiile sunt cele recunoscute de către un stat membru, Grupurile de producători în sensul art. 3 din Regulamentul 1151/2012 privind sistemele de calitate și organisme agroalimentare cu misiune de interes public care se ocupă de promovarea produselor agricole.

III. Studiu de caz - produse tradiționale românești, recunoscute la nivelul UE, pe piețele emergente ale continentului America

Pe perioada Președinției UE, **România, în prima jumătate a anului 2019 va avea prilejul să fie promotor pentru acțiuni care vizează comerțul UE întrucât Președinției UE²⁵ i se poate cere să prezideze Consiliul Afaceri Externe atunci când se discută aspecte legate de politica comercială comună.** România va fi în trio cu Finlanda și Croația, alături de care va trebui să definească un set de obiective comune iar anul 2018 va fi un an de identificare de posibile viitoare soluții la nivel UE pentru promovarea intereselor UE pe plan global.

Obiectivul prioritar al României ar trebui să fie pe lângă creșterea producției, deschiderea de noi piețe pentru promovarea și diversificarea exporturilor de produse agroalimentare românești, în special în țări terțe, în vederea echilibrării balanței comerciale a României cu produse agroalimentare.

Principalele produse agroalimentare exportate de către România au fost, în ultima perioadă: cereale (grâu și porumb), țigări de foi, semințe de floarea-soarelui, animale vii din specia bovine, animale vii din specia ovine sau caprine, preparate alimentare, orz, ulei de semințe de floarea-soarelui, produse de brutărie, de patiserie și biscuiți, carne și organe comestibile, proaspete, refrigerate sau congelate, de păsări etc.

Conform datelor Institutului National de Statistică, deficitul comercial al României a crescut cu 33,1%, în primele șapte luni din acest an comparativ cu perioada similară din 2016 (peste 6,824 miliarde euro²⁶).

Gustul anumitor produse este căutat mai ales de către românii din Diaspora care asociază produsele cu sărbătorile de iarnă, de exemplu. Astfel, s-a ajuns ca aceste produse, aparent banale, să fie ambalate în cutii de tablă, pentru doritori.

Cum, de exemplu, viitoarele transporturi de mărfuri spre piețele din Mercosur^{27, 28} vizează carnea de vită, etanolul și zaharul, trebuie să contrabalansăm cu produse cu valoare adăugată, pe cât posibil și prin investiții din aceste țări terțe ale UE. Este posibil să fie creat un mecanism de încurajare a acestor investiții în ferme ori unități de prelucrare prin accelerarea inserției de capital și reconsiderarea unor tipuri de investiții cu componentă de adaptare la schimbările climatice, producere de biocombustibil utilizând subprodusele dintr-un areal de aproximativ 100 km, pentru prevenirea poluării din transport și pentru o agricultură precisă, inteligentă și eficientă. Băncile ar putea prelua modelele de bune practici din Austria de exemplu și ar putea facilita creditările pentru astfel de proiecte care conduc, printre alte beneficii, la reducerea de gaze cu efect de seră. Acestea ar putea avea componenta de bioeconomie precum și o componentă de comerț internațional care să aibă efect indirect, posibil, facilitarea schimbului de know-how, atragerea de investiții, dezvoltarea cercetării și a turismului tematic, gastronomic.

Aproximativ o treime dintre produsele europene cu indicație geografică protejată sunt din Italia și Franța. România are, în prezent, doar următoarele produse: Magiunul de Topoloveni, Salamul de Sibiu, Telemeaua de Ibănești și Novacul afumat din Țara Bârsei.

Magiunul de prune Topoloveni este fabricat de SONIMPEX SERV COM SRL a fost înregistrat la 8 apr. 2011 ca Indicație Geografică Protejată (I.G.P.). Salamul de Sibiu – fabricat de membrii grupului aplicant Asociația Producătorilor de Salam de Sibiu (APSS) - SC SALSİ SA – Sinaia, jud. Prahova; SC H&E REINERT SRL – Feldioara, jud. Brașov; SC ALDIS SRL – Călărași, jud. Călărași; SC AGRICOLA INTERNAȚIONAL SA, Bacău, jud. Bacău; SC SCANDIA ROMÂNIA SA – Sibiu, jud. Sibiu, a fost înregistrat la 19 febr. 2016, produsul **Novac afumat din Țara Bârsei** – fabricat de S.C. DORIPESCO PROD S.R.L. membră al grupului aplicant ASOCIAȚIA DORIPESCO, comuna Hălchiu, județul Brașov, strada Bisericii, nr. 224, au fost înregistrat în 06 apr. 2017, ca Indicație Geografică Protejată (I.G.P.). iar **Telemeaua de Ibănești** – fabricată de S.C. MIRDATOD PROD S.R.L.

²⁵ <http://www.cultura.ro/presedintiile-ue>

²⁶ Deficitul comercial al României a crescut cu 33,1%, la peste 6,82 miliarde euro, în primele șapte luni - <https://www.agerpres.ro/economie/2017/09/11/deficitul-comercial-al-romaniei-a-crescut-cu-33-1-la-peste-6-82-miliarde-euro-in-primele-sapte-lu-ni-09-48-44> site consultat în sept. 2017

²⁷ Mercosur, Mercosul sau Nemy Nemyah (*spaniolă*: Mercado Común del Sur; *portugheză*: Mercado Comum do Sul; *guarani*: Nemy Nemyah; *română*: Piața comună a sudului) este o organizație internațională în America de Sud. Țările membre sunt Argentina, Brazilia, Paraguay, Uruguay și Venezuela. <https://ro.wikipedia.org/wiki/Mercosur>

²⁸ Țări asociate fiind: Bolivia, Chile, Peru, Colombia, Ecuador și Surinam; Țări observatoare fiind: Noua Zeelandă și Mexic.

membră al grupului aplicant ASOCIAȚIA PENTRU PROMOVAREA PRODUSELOR TRADIȚIONALE DE PE VALEA GURGHIIULUI, comuna Ibănești, sat Ibănești, nr. 273, județul Mureș, a fost înregistrată la 15 martie 2016, ca Denumire de Origine Protejată (D.O.P.).

Diaspora și relațiile tradiționale la nivel diplomatic, științific, cultural, sportiv ori al oamenilor de afaceri, pot juca un rol esențial în dezvoltarea durabilă a comerțului ori chiar pentru transferul de know-how cu rezultate cuantificabile pentru România.

Conform dlui. Victor Negrescu, ministru delegat pentru Afaceri Europene, "România deține o poziție echilibrată între UE și SUA" (...) și "putem fi un mediator activ între cele două părți - venim cu viziunea noastră, venim cu contribuția noastră și folosim tactic situația noastră strategică pentru a propune măsuri concrete, obiective concrete care ne pot uni, în contextul în care alții vor să ne distanțeze" - alocuțiune rostită cu prilejul evenimentului intitulat "20 de ani de Parteneriat Strategic România-SUA", organizat în campania de dezbateri publice în vederea pregătirii Președinției române la Consiliul UE (19 sept. 2017).

Conform dnei. Emilia Teleabă, reprezentantul Asociației Agricole Țara Loviștei, "promovarea produselor tradiționale românești, în deplină concordanță cu deprinderea unor posibili consumatori cu gustul acestora, se poate realiza, în primul rând urmărind agenda internă și externă a evenimentelor, acțiunilor și a întâlnirilor la nivel diplomatic, guvernamental, cultural, sportiv, economic, militar etc. și participând nu numai cu prezentarea și cu degustarea produselor specific românești, dar și cu prezentarea unor oferte viabile de parteneriat comercial reciproc avantajos. De asemenea, Diaspora, comunitățile românești de pe alte continente, dar și străinii care locuiesc temporar în România, pot fi implicați în astfel de acțiuni și pot deveni agenții noștri fideli pentru prezentarea, cunoașterea și comercializarea produselor românești. Ambasadele României în țările țintă, dar și ambasadele acestor țări în România pot deveni promotori deosebit de importanți în promovarea și cunoașterea produselor oferite de către fermierii români."

Pe această linie, date tabelare, pe nuanțe de culori, ori în format Excel, cu semnalele pozitive culese în urma participării la astfel de evenimente cu componenta promovare, intersectate cu alte semnale de pe alte paliere, ar putea conduce la necesitatea asigurării materialului pentru un transport transoceanic eficient dpdv al costului. Perioadele contingentare trebuie avute în vedere căci, de exemplu, anumite produse lactate precum smântâna poate fi exportată/comercializată în USA, doar în anumite luni ale anului. Trebuie făcut un screening cu toate limitele la export și, desigur, o comparație așa încât să avem în vedere o balanță dacă nu profitabilă, cel puțin una echilibrată, care să conducă în final la profit pentru România. Pe lângă produsele IGP pot fi promovate cele peste **200 de produse obținute prin de rețete consacrate**²⁹, iar aici ar trebui făcut lobby pentru susținerea suplimentară cu fonduri ale UE.

Pentru celeritate, un forum al celor interesați, cu culoare digitale de date deschise semideschise ori închise, poate fi creat și menținut apoi din fonduri europene, dacă va deschisă o linie de finanțare la nivel european pentru promovarea produselor transoceanice. O posibilă susținere finanțare pentru proiecte având mixtura de materii prime ar facilita interesul comun pentru promovarea fabricării rețetelor consacrate având ca materie prima ca de ex. carnea obținută în fermele din SUA ori din alte țări.

Canale de promovare pentru produsele agricole și alimentare pot fi publicațiile Diasporei sau de conexiune cu aceasta precum "Revista comunităților românești"³⁰ ori cu prilejul unor târguri și expoziții internaționale³¹, a unor conexiuni cu reprezentanți ai unor bloguri, site-uri, asociații cu personalitate juridică³², ori administratori de platforme digitale din spațiul non-UE³³ prin care ne putem promova interesele comerciale, ori networking-uri ale reprezentanților unor state membre ale UE și prin intermediul legăturilor cu decidenți ai țărilor unde vrem să ne vindem produsele³⁴.

Abordările macroregionale pentru proiecte comune ale statelor membre ale UE pentru promovarea produselor europene produse pe piața internă a UE cu contribuție românească cu cota-parte de 20% contribuție din state terțe ale UE sunt bine-venite, de asemenea. În cazul parteneriatelor euro-atlantice procentul poate fi dovedit a fi deficitar, în anumite situații corect evaluate din prisma profitului financiar ori evaluabil în elemente de know-how.

Obiectivele unei viitoare strategii de promovare a produselor românești (în actualul exercițiu financiar al UE precum și post 2020) în țările Mercosur, în Canada ori SUA trebuie să fie clare și cuantificabile. De aceea, este necesar un plan de acțiune național pe lângă unul european - cu măsuri pe termen scurt, mediu și lung - și de protocoale de colaborare interinstituționale precum și de colaborări între statele membre ale UE care pot derula proiecte comune ad-hoc ori regulate.

²⁹ http://www.madr.ro/docs/ind-alimentara/rețete_consacrate/RNRC-update-31.10.2017.pdf

³⁰ <http://www.cultura.ro/presedintiile-ue>

³¹ <http://www.expoagroto.com/>

³² <http://sustainableagriculture.net/>

³³ https://www.b92.net/eng/news/business.php?yyyy=2017&mm=10&dd=02&nav_id=102457

³⁴ <http://een.ec.europa.eu/tools/services/EVE/Event/Detail/8215abcb-8391-44c8-9c64-a2a6deae1ba3?&nolayout=true>

Sunt importante, de asemenea, relațiile Ro cu Regatul Unit al Marii Britanii întrucât cum a afirmat, conform Mediafax, Ross Wilbur, secretarul american al Comerțului: "Este (...) important ca un eventual acord de Brexit să țină cont de interesele noastre comerciale, și nu stânjenește dezvoltarea unei relații mai apropiate post-Brexit între SUA și Marea Britanie prin continuarea utilizării de regulamente și standarde divergente și alte măsuri protecționiste"³⁵.

Evaluările post-eveniment ar fi deosebit de realizat pentru a îmbunătăți anumite componente care să conducă la investiții viabile și la crearea de locuri de muncă, la creșterea indicelui calității vieții pentru anumite zone defavorizate.

IV. Concluzii și propuneri de lege ferenda și de soft law

O platformă digitală de genul Enterprise Europe Network³⁶ pentru **business cross-border** - export și import la nivelul UE ar putea avea puncte de contact la nivel național sau desemnați observatori.

Agenția europeană CHAFEA ar putea avea în vedere și promovarea comerțului cu produse agricole și alimentare cu asigurarea respectării rețetelor europene ale anumitor produse consacrate recunoscute oficial ori pentru care există cutume de cel puțin 25 de ani dar și rețete recente pentru care există un impact considerabil (de stabilit la nivel UE) cum este exemplul din România al unui tânăr întreprinzător³⁷.

Organizarea unor **formațiuni** Task Force "pe picior"/ad-hoc, stimulate atunci când se deplasează pentru o întâlnire a oamenilor de afaceri, să primească bani suplimentari după ce se încheie contracte ferme, căci, astfel, câștigă și statul român, indirect prin taxe și impozite, prin crearea și, mai ales, prin menținerea de locuri de muncă.

Revizuirea strategiei UE în domeniul bioeconomiei trebuie să ia în calcul drepturile și obligațiile producătorilor primari printr-o integrare echitabilă a contribuției acestora în lanțurile de valori, o abordare multidisciplinară și integrată a politicii, instrumente financiare și resurse adecvate, precum și necesitatea creării unui registru european cu tipurile de acțiuni și proiectele pilot (RO).

³⁵ <http://www.mediafax.ro/externe/secretarul-american-al-comertului-afirma-ca-este-vital-ca-acordul-de-brexit-sa-fie-favorabil-sua-16809756>

³⁶ <http://een.ec.europa.eu/>

³⁷ <http://www.mediafax.ro/economic/camara-lui-matei-povestea-tanarului-din-sebes-care-a-dezvoltat-o-afacere-dupa-ce-la-propria-nunta-majoritatea-invitatilor-au-baut-numai-sirop-de-soc-produs-chiar-de-el-foto-16807469>

**Secțiunea
Științe Penale, Criminologie**

REFLECTAREA PRINCIPIULUI PREZUMȚIEI DE NEVINOVĂȚIE ÎN DISPOZIȚIILE ACTUALULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ

Anca-Lelia LORINCZ*

Abstract: *The current Code of criminal procedure recognises, under the name of "principles of procedural criminal law enforcement", a number of fundamental principles of criminal process (the principle of separation of judicial functions in criminal procedure, the fairness and reasonableness of the trial period, the obligation criminal action closely related to the alternative of opportunity, the principle of "ne bis in idem"), and ingenue some in the old regulations (the principle of legality of criminal process, truth finding, the principle of presumption of innocence, the right to defense, the right of human dignity, the official language).*

So, among the "classical principles," the regulation of which is maintained in the current code, there is also the presumption of innocence, along with other provisions of the Code, which constitute procedural safeguards for the observance of this principle; the analysis of some of these provisions is useful in determining the extent to which the Romanian Criminal Procedure Code needs to be amended in order to implement Directive No.343/2016 of the European Parliament and the Council of the European Union.

Keywords: *the presumption of innocence (benefit of the doubt); criminal trial; principles of procedural criminal law enforcement; the current Code of Criminal Procedure; legislative changes*

1. În actualul Cod de procedură penală¹, sub denumirea de „principii ale aplicării legii procesuale penale” sunt consacrate următoarele principii: principiul legalității procesului penal, principiul separării funcțiilor judiciare, principiul prezumției de nevinovăție, principiul aflării adevărului, principiul „ne bis in idem”, principiul obligativității acțiunii penale corelativ cu principiul subsidiar al oportunității, principiul asigurării caracterului echitabil și a termenului rezonabil al procesului penal, principiul garantării dreptului la libertate și siguranță, principiul asigurării și exercitării cu bună credință a dreptului la apărare, principiul respectării demnității umane și a vieții private, principiul desfășurării procesului penal în limba oficială corelativ cu reglementarea dreptului la interpret².

Observăm astfel că, în actualul cod, pe lângă adăugarea unor noi principii fundamentale (cum ar fi: separarea funcțiilor judiciare, asigurarea caracterului echitabil și a termenului rezonabil al procesului penal sau principiul ne bis in idem), se mențin, în continuare, principiile deja consacrate, printre care și prezumția de nevinovăție.

2. În ceea ce privește reglementările la nivelul diferitelor state, prezumția de nevinovăție a apărut ca o regulă în procesul penal modern, fiind prevăzută pentru prima dată în legislațiile de la sfârșitul secolului al XVIII-lea (legislația S.U.A., Declarația franceză a drepturilor omului și cetățeanului din 1789).

Mai târziu, această prezumție a dobândit caracter de principiu internațional, prin înscrierea ei, ca drept fundamental, în Declarația Universală a Drepturilor Omului din 1948 (art.11): „Orice persoană învinuită de a fi săvârșit o infracțiune este prezumată nevinovată, atât timp cât vinovăția sa nu a fost stabilită într-un proces public, cu asigurarea garanțiilor necesare apărării”.

Totodată, în Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice (ratificat de țara noastră în 1974) este prevăzut că „Orice persoană acuzată de săvârșirea unei infracțiuni este prezumată a fi nevinovată cât timp culpabilitatea sa nu a fost stabilită în mod legal”.

La nivel european, în 1950, Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale³ a recunoscut acest principiu (în art.6 paragraf 2): „Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită”.

În acest context, al recunoașterii importanței acestui principiu, și legislația noastră îl consacră expres, mai întâi în Constituția adoptată în 1991 (art.23 alin.11) și apoi în Codul de procedură penală de la 1968 (art.5², adăugat prin Legea nr.281/2003 privind modificarea Codului de procedură penală⁴).

* prof. univ. dr., Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București; e-mail: lelia.lorincz@gmail.com

¹ Legea nr.135/2010, publicată în M.Of. nr.486/15 iulie 2010, cu modificările și completările ulterioare, intrată în vigoare la 1 februarie 2014.

² A. L. Lorincz, *Drept procesual penal* (conform Noului Cod de procedură penală), vol.I, Editura Universul Juridic, București, 2015, p.30-31.

³ Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată în 1950, intrată în vigoare la 3 septembrie 1953 și ratificată de România prin Legea nr.30/1994, publicată în M.Of. nr.135/31 mai 1994.

⁴ Legea nr.281/2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi special, publicată în M.Of. nr.468/1 iulie 2003.

Astfel, în art.23 alin.11 din Constituția României se stipulează că „Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată”.

În Codul de procedură penală adoptat în 1968, prezumția de nevinovăție a fost reglementată, inițial, în art.66 (în materia probelor). Prin Legea nr.281/2003, de modificare a Codului de procedură, prezumția de nevinovăție a fost consacrată expres, alături de celelalte principii fundamentale ale procesului penal, în art.5² C.proc.pen.⁵

Și în actualul Cod de procedură penală, principiul prezumției de nevinovăție este stipulat expres, alături de celelalte principii ale aplicării legii procesuale penale, în art.4:

„(1) Orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă.

(2) După administrarea întregului probatoriu, orice îndoială în formarea convingerii organelor judiciare se interpretează în favoarea suspectului sau inculpatului.”

Spre deosebire de Codul de procedură penală de la 1968, în reglementarea expresă a principiului prezumției de nevinovăție din actualul Cod de procedură penală, s-a adăugat (în art.4 alin.2) referirea la regula *in dubio pro reo*: ”După administrarea întregului probatoriu, orice îndoială în formarea convingerii organelor judiciare se interpretează în favoarea suspectului sau inculpatului”. Prin urmare, principiul prezumției de nevinovăției se reflectă și în modul de administrare și apreciere a probelor, care pot fi considerate concludente numai în măsura în care oferă certitudinea aflării adevărului, orice îndoială în formarea convingerii organelor judiciare fiind în favoarea suspectului sau inculpatului.

Se poate observa că, în ceea ce privește aprecierea probelor, sistemul nostru procesual penal, care face parte din sistemele tradiționale de tip continental, a adoptat (prin Codul de procedură penală de la 1968) principiul liberei aprecieri a probelor și principiul intimei convingeri a judecătorului. Actualul Cod de procedură penală face, astfel, o trecere de la principiul intimei convingeri a judecătorului la standardul european al probei dincolo de orice dubiu rezonabil.⁶ În acest sens, în art.103 alin.2 C.proc.pen se prevede: ”Condamnarea se dispune doar atunci când instanța are convingerea că acuzația a fost dovedită dincolo de orice îndoială rezonabilă”.

3. Alături de consacrarea expresă a principiului prezumției de nevinovăție în art.4 C.proc.pen., există o serie de alte dispoziții din actualul cod, care reprezintă consecințe ale acestui principiu și, totodată, garanții procesuale ale respectării lui:

- art.16 alin.1 lit.c C.proc.pen. (împiedicarea punerii în mișcare și a exercitării acțiunii penale) – ”nu există probe că o persoană a săvârșit infracțiunea”. Se observă că, prin reglementarea din actualul Cod de procedură penală, legiuitorul aduce o modificare substanțială față de cazul de împiedicare a punerii în mișcare și a exercitării acțiunii penale prevăzut în art.10 alin.1 lit.c C.proc.pen. de la 1968, folosind, în prezent, formula ”nu există probe că o persoană a săvârșit infracțiunea”; este, și aceasta, o expresie a orientării de la concepția sistemului de drept de tip continental spre cea a sistemului de tip adversarial.

Prin urmare, cât timp nu se poate dovedi, pe bază de probe, că o persoană a săvârșit infracțiunea, ca o consecință a aplicării principiului prezumției de nevinovăție, se va dispune clasarea sau încetarea procesului penal.

- art.64 alin.3 C.proc.pen. (incompatibilitatea judecătorului) – ”Judecătorul care a participat la judecarea unei cauze nu mai poate participa la judecarea aceleiași cauze într-o cale de atac sau la rejudecarea cauzei după desființarea ori casarea hotărârii”. Și această dispoziție este o consecință, și totodată o garanție, a principiului prezumției de nevinovăție, fiind unul dintre cazurile de incompatibilitate care presupune înlăturarea, din completul care judecă într-o cale de atac sau rejudecă după desființarea (în apel) sau după casarea hotărârii (în recurs în casație), a judecătorului care, participând la judecarea în primă instanță a cauzei, s-a pronunțat asupra vinovăției inculpatului.

De altfel, în jurisprudența CEDO⁷ s-a statuat că prezumția de nevinovăție este strâns legată de noțiunea de imparțialitate a ”tribunalului”.

- art.83 lit.a C.proc.pen. (dreptul la tăcere al inculpatului) – inculpatul are dreptul ”de a nu da nicio declarație pe parcursul procesului penal, atrăgându-i-se atenția că dacă refuză să dea declarații nu va suferi nicio consecință defavorabilă”;

- art.99 alin.1 C.proc.pen. (sarcina probei) – ”În acțiunea penală sarcina probei aparține în principal procurorului, iar în acțiunea civilă, părții civile ori, după caz, procurorului care exercită acțiunea civilă în cazul în care persoana vătămată este lipsită de capacitate de exercițiu sau are capacitate de exercițiu restrânsă”;

Așadar, ca o expresie a principiului prezumției de nevinovăție în procesul penal, sarcina probei revine celui care acuză (*ejus incubit probatio qui dicit, non qui negat*).

⁵ Odată cu reglementarea expresă a prezumției de nevinovăție, ca principiu fundamental al procesului penal, prin Legea nr.281/2003 a fost modificată și denumirea marginală a art.66 C.proc.pen. (din ”Prezumția de nevinovăție” în ”Dreptul de a proba lipsa de temeinicie a probelor”) – A. L. Lorincz, *Drept procesual penal*, ediția a III-a (cu modificările legislative operate prin Mica reformă și referiri la prevederile Noului Cod de procedură penală), Editura Universul Juridic, București, 2011, p.45.

⁶ C. Ghigheci, *Principiile procesului penal în noul Cod de procedură penală*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p.80.

⁷ Hotărârea din 27 ianuarie 2004, în Cauza Kyprianou contra Ciprului, paragr.51-58, apud M. Udriou, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p.624.

- art.99 alin.2 C.proc.pen. (dreptul suspectului sau inculpatului de a nu contribui la propria acuzare) – ”Suspectul sau inculpatul beneficiază de prezumția de nevinovăție, nefiind obligat să își dovedească nevinovăția, și are dreptul de a nu contribui la propria acuzare”;

- art.102 alin.2 C.proc.pen. (excluderea probelor obținute în mod nelegal, inclusiv prin încălcarea principiului prezumției de nevinovăție) – ”Probele obținute în mod nelegal nu pot fi folosite în cadrul procesului penal”;

În legătură cu aceste dispoziții și cu importanța pe care instanța română de contencios constituțional o acordă principiului prezumției de nevinovăție, se impune menționată o decizie recentă a Curții Constituționale (Decizia nr.22/2018⁸), prin care s-a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.102 alin.3 C.proc.pen.: „Nulitatea actului prin care s-a dispus sau autorizat administrarea unei probe ori prin care aceasta a fost administrată determină excluderea probei”. Astfel, Curtea a constatat că dispozițiile art.102 alin.3 C.proc.pen. sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „excluderea probei”, din cuprinsul lor, se înțelege și eliminarea mijloacelor de probă din dosarul cauzei.

În motivarea, pe scurt, a acestei soluții, Curtea a reținut că ”accesul permanent al judecătorului investit cu soluționarea cauzei penale la mijloacele materiale de probă declarate nule (nulitate absolută sau relativă) nu poate avea ca efect decât o readucere în atenția judecătorului, respectiv o reîmprospătare a memoriei acestuia cu informații care pot fi de natură a-i spori convingerile referitoare la vinovăția/nevinovăția inculpatului, dar pe care nu le poate folosi, în mod legal, în soluționarea cauzei. Așa fiind, excluderea juridică a probelor obținute în mod nelegal și declarate nule în procesul penal, în lipsa înlăturării acestora din dosarele penale, este insuficientă pentru o garantare efectivă a prezumției de nevinovăție a inculpatului și a dreptului la un proces echitabil al acestuia”.

- art.109 alin.3 C.proc.pen. (exercitarea dreptului la tăcere al suspectului sau inculpatului) – ”În cursul audierii, suspectul sau inculpatul își poate exercita dreptul la tăcere cu privire la oricare dintre faptele ori împrejurările despre care este întrebat”;

- art.396 alin.2 C.proc.pen. (rezolvarea acțiunii penale prin soluția de condamnare) – ”Condamnarea se pronunță dacă instanța constată, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat”;

- art.396 alin.3 și 4 C.proc.pen. (rezolvarea acțiunii penale prin soluția renunțării la aplicarea pedepsei, respectiv a amânării aplicării pedepsei) – renunțarea la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei se pronunță, în aplicarea principiului oportunității preluat din sistemele de tip adversarial, când ”instanța constată, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat” în anumite condiții dintre cele prevăzute de lege (art.80-82, respectiv art.83-90 C.pen.)⁹;

- art.416 C.proc.pen. (efectul suspensiv al apelului) – ”Apelul declarat în termen este suspensiv de executare, atât în ceea ce privește latura penală, cât și în ceea ce privește latura civilă, în afară de cazul când legea dispune altfel”. Și această dispoziție este o consecință a prezumției de nevinovăție, pentru că atât timp cât hotărârea de condamnare nu este definitivă, în principiu, ea nu poate fi pusă în executare.

4. Directiva nr.343/2016 a Parlamentului European și a Consiliului Uniunii Europene¹⁰ prevede, în privința garantării respectării principiului prezumției de nevinovăție, anumite standarde minime comune la nivel european, asigurarea acestor standarde urmând a se realiza de către statele membre¹¹ până la 1 aprilie 2018¹². În concret, potrivit art.14 din Directiva nr.343/2016, până la 1 aprilie 2018, statele membre vor trebui să informeze Comisia cu privire la intrarea în vigoare a actelor cu putere de lege și a actelor administrative necesare pentru a se conforma acestei directive.

Analizând dispozițiile Directivei nr.343/2016, constatăm că, în Capitolul 2, referitor la prezumția de nevinovăție, sunt prevăzute norme minime, dar și situații în care se poate deroga, în mod justificat, de la acestea¹³.

Printre propunerile de modificare și completare a Codului de procedură penală, în vederea transpunerii Directivei nr.343/2016, se află mai multe amendamente (supuse dezbaterii publice)¹⁴, pe care inițiatorul le-a justificat prin

⁸ Decizia Curții Constituționale nr.22/2018, publicată în M.Of. nr.177/26 februarie 2018.

⁹ Tocmai pentru că, în situația în care pronunță renunțarea la aplicarea pedepsei, respectiv amânarea aplicării pedepsei, instanța reține, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat, considerăm că aceste soluții ar trebui să atragă aceleași consecințe juridice ca și soluția condamnării, în ceea ce privește repunerea poliștilor (față de care s-a pronunțat una dintre cele două soluții) în toate drepturile anterioare (a se vedea art.65 alin.6 din Legea nr.360/2002 privind Statutul poliștilor, publicată în M.Of. nr.440/24 iunie 2002, cu modificările și completările ulterioare).

¹⁰ Directiva (UE) 2016/343 a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2016 privind consolidarea anumitor aspecte ale prezumției de nevinovăție și ale dreptului de a fi prezent la proces în cadrul procedurilor penale, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, Legea nr.65 din 11 martie 2016.

¹¹ cu excepția Regatului Unit, a Irlandei și a Danemarcei, care nu au participat la adoptarea acestei directive, în conformitate cu art.1 și 2 ale Protocolului 21, respectiv art.1 și 2 ale Protocolului 22, protocoale anexate la Tratatul Uniunii Europene (TUE) și la Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE).

¹² acest material a fost elaborat înainte de această dată.

¹³ art.3 (prezumția de nevinovăție), art.4 (referirile publice la vinovăție), art.5 (prezentarea persoanelor suspectate și acuzate), art.6 (sarcina probei), art.7 (dreptul de a păstra tăcerea și dreptul de a nu se autoincrimina)

¹⁴ www.cdep.ro

necesitatea respectării principiului prezumției de nevinovăție. De pildă, s-a propus ca, la art.4 C.proc.pen., să se adauge două noi alineate cu următorul cuprins:

”(3) În cursul urmăririi penale și al judecării cauzei în procedură de cameră preliminară sunt interzise comunicările publice, declarațiile publice precum și furnizarea de alte informații, direct sau indirect, provenind de la autorități publice sau orice alte persoane fizice sau juridice referitoare la faptele și persoanele ce fac obiectul acestor proceduri. Încălcarea acestei obligații reprezintă infracțiune și se pedepsește, potrivit legii penale.

(4) În cursul procesului penal este interzisă prezentarea publică a persoanelor suspectate de săvârșirea unor infracțiuni purtând cătușe sau alte mijloace de imobilizare sau afectate de alte modalități de natură a induce în percepția publică că acestea ar fi vinovate de săvârșirea unor infracțiuni.”

Așa cum am arătat, însă, anterior, Directiva nr.343/2016 prevede și posibilitatea derogării de la standardele minime; potrivit art.4 alin.3 din directivă, există posibilitatea ca ”autoritățile să difuzeze informații în mod public privind procedurile penale atunci când acest lucru este strict necesar din motive legate de ancheta penală sau în interes public”. Pe de altă parte, în conformitate cu pct.18 din expunerea de motive a aceleiași directive, ”obligația de a nu se referi la persoanele suspectate sau acuzate ca fiind vinovate nu ar trebui să împiedice autoritățile publice să publice informații privind procedurile penale în cazul în care acest lucru este strict necesar din motive legate de ancheta penală, cum ar fi în cazul în care materialele video sunt făcute publice și publicului i se solicită să ajute la identificarea autorului presupus al infracțiunii, sau în interes public, precum în cazul în care, din motive de siguranță, sunt furnizate informații locuitorilor dintr-o anumită zonă cu privire la o presupusă infracțiune împotriva mediului, sau atunci când organele de urmărire penală sau o altă autoritate competentă furnizează informații obiective cu privire la stadiul procedurilor penale în scopul de a preveni tulburarea ordinii publice”. Și în pct.19 din expunerea de motive a directivei se recomandă, totodată, ca statele membre, în procesul legislativ, ”să nu aducă atingere dreptului intern care protejează libertatea presei și a altor mijloace de comunicare în masă”.

Prin urmare, o eventuală modificare a art.4 C.proc.pen. nu ar trebui să conducă la instituirea unei interdicții absolute a autorităților de a difuza informații în mod public în legătură cu fapte și persoane care fac obiectul urmăririi penale sau al procedurii de cameră preliminară.

Și în ceea ce privește cea de-a II-a propunere de completare a art.4 C.proc.pen. (cu alin.4) se impune o nuanțare. Potrivit pct.20 din expunerea de motive a directivei, ”autoritățile competente ar trebui să se abțină de la prezentarea persoanelor suspectate sau acuzate ca fiind vinovate, în instanță sau în public, prin utilizarea unor măsuri de constrângere fizică, cum ar fi cătușele pentru mâini sau pentru picioare, boxele de sticlă sau cuștile, cu excepția situațiilor în care aceste măsuri sunt necesare din motive specifice cauzei, fie legate de securitate, inclusiv împiedicarea persoanelor suspectate sau acuzate de a se răni sau de a-i răni pe alții ori de a distruge bunuri de orice tip, fie legate de împiedicarea persoanelor suspectate sau acuzate de a se sustrage urmăririi sau de a avea contact cu persoane terțe, cum ar fi martorii sau victimele”. Pe de altă parte, ca și cerință de tehnică legislativă, pentru a evita supraîncărcarea Codului de procedură penală cu dispoziții care ar putea fi cuprinse în legi speciale, o asemenea reglementare, care are legătură cu mijloacele de imobilizare, ar trebui adăugată în Legea nr.254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal¹⁵.

Comparând propunerile de modificare a Codului de procedură penală, în vederea transpunerii Directivei nr.343/2016, cu actualele dispoziții ale acestui cod, constatăm că, în prezent, există suficiente garanții procesuale prin care se asigură respectarea principiului prezumției de nevinovăție și că legislația noastră corespunde standardelor minime recomandate de această directivă.

5. În concluzie, este adevărat că, potrivit pct.48 din expunerea de motive la Directiva nr.343/2016, statele membre pot asigura un nivel de protecție mai ridicat față de normele minime instituite de această directivă. În acest context, apreciem că unele dintre modificările legislative propuse sunt justificate, dar nu toate aceste propuneri au legătură cu principiul prezumției de nevinovăție (spre exemplu, modificările care s-au propus în materia probelor, a mijloacelor de probă și a procedurilor probatorii). De altfel, în privința uneia dintre propunerile de modificare (a art.172 alin.12 C.proc.pen., așa cum a fost modificat prin O.U.G. nr.18/2016¹⁶), Curtea Constituțională s-a pronunțat recent (prin Decizia nr.729/2017¹⁷), considerând că ”împrejurarea că nu este obligatorie efectuarea unei expertize, în cazul în care concluziile raportului de constatare sunt contestate, are ca scop asigurarea dreptului la un proces echitabil prin soluționarea cu celeritate a cauzei”.

¹⁵ Legea nr.254/2013, publicată în M.Of. nr.514/14 august 2013, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁶ Anterior modificării operate prin OUG nr.18/2016 (publicată în M.Of. nr.389/23 mai 2016), în art.172 alin.12 C.proc.pen. se prevedea: ”Când concluziile raportului de constatare sunt contestate sau când organul judiciar apreciază că este necesară opinia unui expert, se dispune efectuarea unei expertize”; așadar, în asemenea situații, expertiza era obligatorie. Prin proiectul de lege de modificare a Codului de procedură penală, în vederea transpunerii Directivei 343/2016, s-a propus revenirea la obligativitatea expertizei atunci când concluziile raportului de constatare sunt contestate.

¹⁷ Decizia Curții Constituționale nr.729/2017, publicată în M.Of. nr.148/16 februarie 2018.

EXCESUL NEIMPUTABIL. EVOLUȚIA ISTORICĂ A CONCEPTULUI, ASPECTE DE DREPT COMPARAT ȘI PRACTICĂ JUDICIARĂ

Maria OPREA*, Gina Gabriela OPREA*

Abstract: *Starting from three cases ruled by Buzau County Tribunal, the Criminal Section, as a primary instance, we are aiming to analyse the conditions in which can be considered that the facts provided by the criminal law have been committed taking into account the self-defense, non-imputable excess of self-defense or excusable excess (overpassing the limits of self-defense) or the stage of incitement. The analysis is completed by the evolution of non-imputable excess, aspects of comparative law and de lege ferenda proposals.*

Keywords: justificative causes; non-imputable causes; non-imputable excess; overpassing self-defense limits; legal circumstance of incitement.

- *Abstract*

Starting from three cases ruled by Buzau County Tribunal, the Criminal Section, as a primary instance, we are aiming to analyse the conditions in which can be considered that the facts provided by the criminal law have been committed taking into account the self-defense, non-imputable excess of self-defense or excusable excess (overpassing the limits of self-defense) or the stage of incitement.

The analysis is completed by the evolution of non-imputable excess, aspects of comparative law and de lege ferenda proposals.

Definind infracțiunea în art. 15 alin. (1) din noul Cod penal¹, legiuitorul a prevăzut patru trăsături esențiale, respectiv „faptă prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o”.²

Avându-se în vedere definiția legală a infracțiunii, în noul Cod penal s-a dat o reglementare distinctă **cauzelor justificative și cauzelor de neimputabilitate**. Astfel, în art. 18 - 21 din Capitolul II, Titlul II al Părții generale sunt prevăzute patru cauze justificative: legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații și consimțământul persoanei vătămate.

Cauzele de neimputabilitate, prevăzute în Capitolul II din același titlu, art. 23 – 31 sunt: constrângerea fizică, constrângerea morală, excesul neimputabil, minoritatea făptuitorului, iresponsabilitatea, intoxicația, eroarea, cazul fortuit.

Cu privire la reglementarea distinctă a cauzelor justificative și de neimputabilitate, în doctrină³ s-a susținut că autorii noului Cod penal, receptivi la susținerile din doctrina penală română, luând în seamă și alte legislații penale străine, au procedat la instituirea, în noua lege penală generală, a cauzelor justificative care înlătură caracterul ilicit al faptei concret săvârșită și a cauzelor de neimputabilitate în care au fost incluse numai acelea care afectează vinovăția, fără a influența în vreun fel caracterul ilicit al faptei săvârșite.

De asemenea, doctrina a reținut că, verificarea îndeplinirii condițiilor implicate de fiecare dintre trăsăturile generale ale infracțiunii se face în ordinea menționată de textul de lege.⁴

Din interpretarea dispoziției cuprinse în art. 15 alin. (1) C. pen. se reține că analiza cu privire la imputabilitate, ca trăsătură esențială a infracțiunii, trebuie să se facă după ce s-a constatat existența celorlalte trei trăsături (prevederea în legea penală, vinovăție și antijuridicitate).

Evoluția conceptului de exces neimputabil

Codul penal din 1864 reglementa legitima apărare în art. 58 alin. (1), inclus în Titlul IV care avea denumirea „Despre cauzele care apără de pedeapsă sau micșorează pedeapsa”. Textul art. 58 alin. (1) prevedea că, „nu este nici crimă, nici delict când fapta va fi săvârșită din cauză de legitimă apărare. Apărarea este legitimă când este necesară pentru a respinge un atac material, actual, injust, în contra persoanei sale sau a altuia.”

* Dr., Judecător, Tribunalul Buzău; e-mail: moprea_just@yahoo.com

* avocat, Baroul București

¹ Noul Cod penal, adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial, nr. 510 din 24 iulie 2009.

² Spre deosebire de noul Cod penal, Codul penal din 1969 reglementa în art. 17 trei trăsături esențiale ale infracțiunii: „fapta care prezintă pericol social, săvârșită cu vinovăție și prevăzută de legea penală.”

³ Pascu, I., *Cauzele de neimputabilitate, în Noul Cod penal comentat, vol. I, Partea generală*, Ilie Pascu, ș.a., Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 182.

⁴ Streteanu, F., Nițu, D., *Drept penal. Partea generală. Curs universitar*, vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 256-257.

În alin. (2) al art. 58 se reglementa ceea ce Codul penal actul a numit „exces neimputabil”, cu următoarea definiție: „se socotește legitimă apărare și cazul când agentul, sub imperiul tulburării, temerii sau terorii, a trecut peste marginile apărării.”

Codul penal din 1936

În art. 132 era definită legitima apărare în următorii termeni: „nu se socotește infracțiune faptul aceluia care comite un act necesar pentru a apăra viața, integritatea corporală, sănătatea, libertatea, onoarea sau averea, fie ale sale, fie ale altora, în contra unui atac material, direct, imediat și injust.

În alin. (2) al art. 132 era asimilată legitimei apărări situația în care apărarea nu era proporțională cu gravitatea atacului datorită tulburării, temerii sau terorii, textul de lege având o formulare asemănătoare celei din art. 58 alin. (2) al Codului penal din 1864.

Codul penal din 1969 reglementa în Capitolul V din Titlul II (Infracțiunea), art. 44 – 51 „cauzele care înlătură caracterul penal al faptei” având la bază excluderea vinovăției făptuitorului în cazul constatării oricăreia dintre cauzele enumerate de textele de lege.⁵

Legea penală anterioară a menținut în același text de lege (art. 44 din C. pen.) legitima apărare și ceea ce s-a numit legitima apărare improprie sau excesul justificat de legitimă apărare.

Noul Cod penal a reglementat în mod distinct legitima apărare ca fiind o cauză justificativă, cu efecte *in rem*, în conținutul art. 19 C. pen., spre deosebire de excesul neimputabil, care este prevăzut în art. 26 din C. pen. ca fiind o cauză de neimputabilitate, cu efecte *in personam*.

Actualul Cod penal reglementează în art. 26, sub denumirea marginală de „exces neimputabil” atât excesul neimputabil de legitimă apărare cât și excesul neimputabil de stare de necesitate.

Potrivit alin. (2) al art. 19 din C. pen. „este în legitimă apărare persoana care săvârșește fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat și injust, care pune în pericol persona sa, a altuia, drepturile acestora sau un interes general, dacă apărarea este proporțională cu gravitatea atacului”.

Art. 26 alin. (1) C. pen. prevede că „nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana aflată în stare de legitimă apărare, care a depășit, din cauza tulburării sau temerii, limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului”.

Fapta prevăzută de legea penală comisă în condițiile excesului neimputabil, prev. de art. 26 alin. (1) C. pen. trebuie să întrunească condițiile legitimei apărări, cu deosebirea că limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului au fost depășite din cauza tulburării sau temerii.

Potrivit doctrinei, „concordanța faptei concrete cu norma de incriminare este denumită tipicitate. Antijuridicitatea exprimă ideea contrarietății faptei concrete cu ordinea juridică specializată și, implicit, cu ordinea juridică de ansamblu, deoarece, de regulă, ceea ce ordinea juridică specializată interzice este interzis și de ordinea juridică de ansamblu”.⁶

În consecință, după verificarea tipicității faptei concrete comise (prevederea de către legea penală – sub aspectul elementelor obiective), se analizează existența vinovăției, a caracterului nejustificat (ilicit) al faptei sau existența antijuridicității și lipsa unei cauze de neimputabilitate.

Ne propunem o analiză a **excesului neimputabil de legitimă apărare** motivat de faptul că, în practică, pentru a se stabili dacă fapta concretă s-a comis în condițiile art. 26 alin. (1) C. pen. trebuie să se verifice dacă sunt incidente condițiile cu privire la legitima apărare, dacă atacul întrunește toate elementele pe care le prevede art. 19 alin. (2) C. pen. iar depășirea proporționalității apărării cu gravitatea atacului s-a făcut din cauza temerii sau tulburării.

În plus, numai administrarea unor mijloace de probă complete, pentru a se stabili o situație de fapt corectă pot duce la stabilirea împrejurărilor în care s-a produs atacul, dacă este incidentă o cauză justificativă, una de neimputabilitate, ori una dintre circumstanțele legale prevăzute de art. 75 alin. (1) lit. a) sau b) C. pen., respectiv starea de provocare sau depășirea limitelor legitimei apărări.

Pe lângă **excesul justificat** care este reglementat în art. 26 C. pen. ca fiind o cauză de neimputabilitate, legiuitorul a menținut și **excesul scuzabil**, în conținutul dispozițiilor art. 75 alin. (1) lit. b) C. pen., fiind reglementat ca o circumstanță atenuantă legală, **denumită „depășirea limitelor legitimei apărări”**.

Legitima apărare, ca instituție, se caracterizează printr-o **ripostă justificată împotriva unui atac**. În situația legitimei apărări, cel atacat este obligat să aleagă între săvârșirea în mod justificat a unei fapte prevăzute de legea penală împotriva agresorului ori să sufere un rău ireparabil.

În cazul **circumstanței atenuante a depășirii limitelor legitimei apărări**, prev. de art. 75 alin. (1) lit. b) C. pen., făptuitorul depășește limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului, însă, de această dată nu din cauza tulburării sau temerii.

⁵ Cauzele care înlăturau răspunderea penală conform Codului penal din 1969, prevăzute de art. 44 – 51 erau: legitima apărare, starea de necesitate, constrângerea fizică și constrângerea morală, cazul fortuit, iresponsabilitatea, beția, minoritatea făptuitorului, eroarea de fapt.

⁶ Antoniu, G., *Cauzele justificative*, în Antoniu George, Toader Tudorel (coordonatori), *Explicațiile noului Cod penal*, vol. I, art. 1- 52, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 191.

Circumstanța atenuantă legală a provocării prev. în art. 75 alin. (1) lit. a) C. pen. este definită ca fiind săvârșirea infracțiunii sub stăpânirea unei puternice tulburări sau emoții, determinată de o provocare din partea persoanei vătămate, produsă prin violență, printr-o atingere gravă a demnității persoanei sau printr-o altă acțiune ilicită gravă.

Din interpretarea acestor dispoziții legale, se va reține că, ceea ce unifică legitima apărare (art. 19 alin. (2) C. pen., excesul neimputabil (art. 26 c. pen.) și depășirea limitelor legitimei apărări (art. 75 alin. 1 lit. b) C. pen. este împrejurarea că făptuitorul acționează pentru a respinge un atac material, direct, imediat și injust, care pune în pericol persona sa, a altuia, drepturile acestora sau un interes general.

În toate aceste situații, pentru a se reține vreuna dintre cauzele enumerate (legitima apărare, excesul neimputabil sau depășirea limitelor legitimei apărări) trebuie să existe un atac material, direct, imediat și injust iar riposta să se facă față de un astfel de atac.

Atacul material și direct trebuie să fie imediat. Imediat presupune o determinare în timp. Atacul imediat este un atac început, iminent sau existent. Atacul imediat trebuie să fie un atac actual. Dacă atacul nu este actual, a trecut, riposta la un astfel de atac trecut nu îndeplinește condițiile legitimei apărări.

Ceea ce delimitează legitima apărare, excesul neimputabil și depășirea limitelor legitimei apărări de starea de provocare este momentul în care acționează făptuitorul; în cazul provocării, făptuitorul acționează după ce atacul s-a consumat.

Provocarea este incompatibilă cu cauza de neimputabilitate a excesului neimputabil săvârșit în condițiile legitimei apărări, adică înainte ca atacul să se fi consumat, deoarece starea de puternică tulburare sau emoție în cazul provocării este totdeauna consecința unui atac care s-a consumat.

Considerăm că prezentarea unor cauze cu care a fost sesizat Tribunalul Buzău sunt elocvente pentru analiza pe care o facem cu privire la excesul neimputabil de legitimă apărare, legitima apărare și circumstanța atenuantă a provocării.

Cu privire la prima sentință, considerăm că se impune prezentarea mai detaliată atât a situației de fapt, cât și a mijloacelor de probă administrate, motivat și de faptul că soluția de achitare a inculpatului pentru infracțiunea de omor pentru existența unei cauze justificative –excesul neimputabil - a rămas definitivă prin respingerea apelului parchetului.

Astfel, într-o primă cauză soluționată de către Tribunalul Buzău, Secția penală, ca instanță de fond⁷, inculpatul T.I. a fost trimis în pentru săvârșirea infracțiunii de omor asupra unui membru de familie în stare de provocare, faptă prev. de art. 188 alin. (1) C. pen., rap. la art. 199 alin. (1) C. pen., cu aplic. art. 75 alin. (1) lit. a) C. pen.

În actul de sesizare s-a reținut în fapt că, în seara de 31.12.2014, în jurul orei 17,00, în timp ce se afla împreună cu fiul său T. G. la domiciliul comun din satul C., com. P., jud. Buzău, pe fondul acțiunii provocatoare a fiului său, constând în adresarea de injurii și exercitarea de acte de agresiune, iscându-se astfel un conflict, în timpul căruia cei doi și-au adresat reciproc cuvinte injurioase și și-au aplicat mai multe lovituri în zona feței, încercând fiecare să îl imobilizeze pe celălalt, la un moment dat, când fiul său a încercat să îl acopere cu corpul, inculpatul, cu intenție, a exercitat presiuni cu mâinile asupra gâtului și feței acestuia, obturându-i căile respiratorii superioare și provocându-i astfel decesul prin asfixie mecanică.

Pe baza probatoriului administrat în cursul urmăririi penale și al cercetării judecătorești, instanța de fond a dispus achitarea inculpatului T. I. pentru infracțiunea de omor asupra unui membru de familie în baza art. 396 alin. (5), cu referire la art. 16 alin. (1) lit. d), teza a II-a C. pr. pen. și art. 26 alin. (1) C. pen. de art. 188 alin. (1) C. pen., raportat la art. 199 alin. (1) C. pen., cu aplicarea art. 75 alin. (1) lit. a) C. pen., **întrucât există o cauză de neimputabilitate, respectiv excesul neimputabil.**

Instanța de fond a reținut, motivat, că inculpatul s-a aflat în fața unui atac material, direct, imediat și injust, care a pus în pericol persoana sa, atac exercitat de către victima T. G.

Cu privire la acțiunea inculpatului, s-a reținut că aceasta a depășit limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului din cauza tulburării și temerii față de atac.

În considerentele sentinței se face o analiză a stării de tulburare și temere, reținându-se că, la stabilirea acestor stări sufletești, doctrina a apreciat că trebuie să se țină seama de împrejurările de fapt și de condițiile subiective ale celui ce a reacționat.⁸

Starea de tulburare și temere trebuie înțeleasă astfel cum este definită în limbajul comun, atâta timp cât în legea penală nu se prevede un sens anume pentru aceste noțiuni.

În acest sens, dicționarul explicativ al limbii române prevede că tulburarea înseamnă neliniște sufletească, îngrijorare, emoție; a-și pierde judecata limpede, normală. De asemenea, teama este definită ca fiind o stare de neliniște și de tulburare provocată de un pericol care amenință, de un rău care i se poate întâmpla unei persoane.

⁷ Sentința penală nr. 42 din 29 martie 2016, pronunțată în dosarul nr. 1886/114/2015 al Tribunalului Buzău, definitivă prin decizia penală nr. 1458 din 13 decembrie 2016 a Curții de Apel Ploiești prin care s-a respins ca nefondat apelul Parchetului de pe lângă Tribunalul Buzău, nepublicată.

⁸ În acest sens, Dongoroz, V., *Drept penal (reeditarea ediției din 1939)*, Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 367.

Instanța de fond a reținut, din conținutul mijloacelor de probă administrate în cursul procesului penal, că inculpatul era în mod frecvent lovit, supus violențelor de către victimă, fiind văzut de către fiicele sale, de martori, prezentând în mod frecvent urme de agresiune pe față, gât sau pe cap.

Potrivit raportului medico-legal de expertiză psihiatrică efectuat în cursul urmăririi penale, inculpatul, aflat la vârsta a treia, a prezentat la examinare modificări psihologice caracteristice, respectiv deteriorare cognitivă, progresivă și ireversibilă, labilitate afectivă. S-a apreciat de către comisia medico-legală că deteriorarea cognitivă determină scăderea forței volitive și, implicit, un dezechilibru între controlul voluntar și tendințele impulsive. În același sens, în conținutul raportului medico-legal s-a arătat că, reacția comportamentală agresivă a inculpatului a fost indusă de teamă, pe fondul irascibilității.

Având în vedere conținutul raportului medico-legal de necropsie, precum și datele ce au rezultat din examinarea medico-legală psihiatrică a inculpatului, instanța a solicitat S.M.L. Buzău precizări suplimentare cu privire la cele două acte medico-legale. Astfel, s-a solicitat, avându-se în vedere leziunile și natura acestora constatate la examinarea externă a cadavrului, dacă se poate preciza în sensul că au existat mai multe acțiuni sau acte repetate de exercitare a manevrelor de asfixie mecanică, durata acestora, precum și durata în care a intervenit decesul victimei datorat acestor acțiuni.

Conform precizărilor realizate de către S.M.L. Buzău, echimozele și escoriațiile s-au produs într-un interval scurt de timp, aspectul similar al acestora nu permite stabilirea unei succesiuni în timp a producerii lor și nici existența unor manevre repetate de sufocare. Asfixiile mecanice evoluează în patru faze; în funcție de particularitățile fiecărui individ, aceste faze pot fi mai lungi sau mai scurte, după cum rezistența organismului la oxigen este mai mare sau mai mică; în cazul de față, decesul victimei a fost potențat și de intoxicația etanolică acută a victimei, la un organism pluritarat, cu un traumatism vechi; s-a mai susținut că neuronii rezistă cca. 5-6 minute.

Cât privește mențiunile din raportul medico-legal de expertiză psihiatrică privind pe inculpat, instanța a solicitat S.M.L. Buzău să precizeze dacă se poate detalia, sub aspect cognitiv, cum a perceput inculpatul teama ce a determinat răspunsul agresiv la atacul exercitat de către fiul său, respectiv care a fost starea psihică generală a inculpatului în momentul respectiv, dacă se poate interpreta această stare ca o „**traumă psihică de relație**”.

Potrivit precizărilor S.M.L. BUZĂU, starea psihică generală a inculpatului în momentul comiterii faptei a fost de teamă, frică intensă în fața unui pericol real. Sintagma „**traumă psihică de relație**” este definită ca fiind o experiență vitală de discrepanță între factori situaționali amenințători și capacitățile individuale de stăpânire, care este însoțită de sentimente de neajutorare și abandonare, lipsă de apărare și care duce la o zdruncinare de durată a înțelegerii de sine și de lume. Trauma este de durată, diminuând capacitatea de a gestiona problemele și provocând rupturi la nivelul psihicului.

Comisia medico-legală a apreciat că relația conflictuală, tensionată pe care inculpatul o avea cu fiul său a dus la o **traumă psihică de relație**, această stare contribuind, alături de modificările psihologice și psihopatologice legate de vârstă, la declanșarea mecanismelor care au condus la comiterea faptei.

Doctrina a apreciat că depășirea limitelor atacului poate avea caracterul unui exces neimputabil în cazul în care depășirea a fost determinată de o tulburare sau temere față de atac, ceea ce, în termeni științifici, s-ar putea încadra în „trauma psihică de relație”.⁹ În acest sens, s-a susținut că, sub aspect cognitiv, subiectul percepe deformat atacul, evaluează dificil situația agresivă datorită stărilor confuzionale generate care, deseori, produc o stare de derealizare a situației create, cu anularea, prin aceasta a unor posibilități alternative de răspuns.

De asemenea, în raportul medico-legal de expertiză psihiatrică s-a reținut că inculpatul a avut scăzută capacitatea psihică de apreciere critică asupra faptei, față de care discernământul a fost diminuat.

Analizând starea de teamă și tulburare în care s-a aflat inculpatul, dar și datele personale ale acestuia legate de deteriorarea cognitivă reținută în raportul medico-legal de expertiză psihiatrică, discernământul diminuat, instanța a reținut că **inculpatul nu și-a dat seama de depășirea proporționalității acțiunii sale față de atac**. În acest sens, inculpatul a declarat că știe că o persoană poate muri când este strânsă de gât însă, acționând el însuși astfel, nu s-a gândit că fiul său va muri, sperând că se cumințește și îl lasă în pace.

Prin apelul declarat, parchetul a solicitat să se rețină că inculpatul a acționat în condițiile stării de provocare, motivare ce a fost respinsă prin decizia definitivă a Curții de Apel Ploiești care a reținut că sentința pronunțată de către instanța de fond este temeinică și legală.

În motivarea cererii prin care a solicitat să se rețină **starea de provocare și nu cauza justificativă**, parchetul a invocat faptul că „legat de momentul ripostei, în timp ce provocarea presupune un atac început, legitima apărare se produce mai înainte ca atacul să fi fost început și totdeauna mai înainte ca atacul să se fi consumat. Atât în cazul legitimei apărări, cel care se apără împotriva unui act material, cât și în cazul provocării, cel care ripostează, o fac ca urmare a exercitării asupra lor a unor acțiuni violente injuste.”

⁹ Scripcaru Gh., ș.a, *Excesul justificat. Probațiunea medico-legală*, în Revista de drept penal, nr. 3/2003, p. 39-40.

Considerăm că, esențial, pentru a se reține starea de legitimă apărare sau cea de provocare, atunci când se analizează dacă s-a produs un atac asupra persoanei care a comis o faptă prevăzută de legea penală, este să se facă atât o analiză asupra condițiilor atacului cât și asupra apărării.

Atunci când, se constată că apărarea nu s-a produs față de un atac imediat, ci față de un atac care s-a consumat, nu mai sunt incidente dispozițiile cu privire la legitima apărare, putându-se reține, eventual, starea de provocare, dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții, prev. de art. 75 alin. (1) lit. a) C. pen., printre care și cele ce vizează săvârșirea faptei „sub stăpânirea unei puternice tulburării sau emoții determinate de fapta persoanei vătămate”.

Sub acest aspect, relevantă este o altă sentință pronunțată de către Tribunalul Buzău¹⁰ prin care inculpații au fost condamnați pentru tentativă la infracțiunea de omor calificat reținându-se că au comis infracțiunile în stare de provocare comisă de către persoanele vătămate, că inculpații au lovit persoanele vătămate după ce atacul asupra lor se terminase, astfel încât, apărarea nu mai apărea ca necesară pentru înlăturarea unui atac material, imediat și injust, nefiind îndeplinite condițiile legitimei apărări.¹¹

Propuneri de lege ferenda

Definirea infracțiunii prin cele patru trăsături esențiale, în art. 15 alin. (1) C. pen., a determinat păreri critice din partea doctrinei. Astfel, s-a susținut că menținerea caracterului imputabil al faptei, deși a fost prevăzută și vinovăția ca trăsătură esențială „apare ca o tautologie, vinovăția exprimă ceea ce se semnifică și prin imputabilitate”.¹² De asemenea, doctrina a criticat și trecerea excesului justificat în categoria cauzelor de neimputabilitate, în condițiile în care se apropie mai mult de legitima apărare improprie, decât de vinovăție.¹³

Considerăm, *de lege ferenda*, că se impune definirea de către legiuitor, în conținutul legii penale generale, a conceptului de **imputabilitate** întrucât în definiția infracțiunii a fost menținută și vinovăția ca trăsătură esențială.

Doctrina a definit imputabilitatea ca fiind situația juridică în care se află o persoană care a comis o faptă prevăzută de legea penală, faptă care îi aparține fizic și psihic.¹⁴

Apreciem că se impune această definiție, motivat de faptul că ar putea apărea dificultăți în practică atunci când se impune analiza existenței unei cauze de neimputabilitate.

Pe de o parte, doctrina a susținut că au fost incluse în categoria cauzelor de neimputabilitate numai acelea care afectează vinovăția.¹⁵

În alt sens, s-a susținut că verificarea imputabilității unei fapte se face după ce s-a constatat că este prevăzută de legea penală, a fost comisă cu vinovăție și este nejustificată.¹⁶

În această din urmă opinie se reține că fapta revăzută de legea penală se poate comite, de pildă, în cazul excesului neimputabil de legitimă apărare cu intenție eventuală și, niciodată, cu intenție directă.¹⁷

Pentru autorii citați, verificarea imputabilității presupune constatarea mai multor elemente, așa – numitele subcondiții ale imputabilității: responsabilitatea, cunoașterea antijuridicității faptei și exigibilitatea unei conduite conforme normei juridice.¹⁸

Pentru confuzia care s-ar putea crea în practică atunci când se analizează existența trăsăturilor infracțiunii, apreciem că legiuitorul ar trebui să definească conceptul de **imputabilitate**.

Aspecte de drept comparat

Din analiza altor Coduri penale europene se poate reține că nu toate legislațiile reglementează în mod expres excesul neimputabil.

Astfel, **Codul penal german** prevede în paragraful 33 „depășirea limitelor legitimei apărări” datorită „tulburării, spaimei sau temerii”.

Codul penal italian reglementează în art. 55 excesul nepremeditat de legitimă apărare sau de stare de necesitate, situație în care făptuitorul răspunde pentru o infracțiune din culpă.

Codul penal francez nu prevede în mod expres excesul de legitimă apărare, stabilind prin art. 122-5 că „există legitimă apărare în condițiile arătate de lege, în afară de cazul disproporției dintre mijloacele de apărare folosite și gravitatea atacului.”

¹⁰ Sentința penală nr. 84 din 19.09.2017, pronunțată în dosarul nr. 3063/114/2015, definitivă prin decizia penală nr. 1385 din 8.12.2017, pronunțată de către Curtea de Apel Ploiești, prin care au fost respinse ca nefondate apelurile declarate de către inculpați, nepublicată.

¹¹ În cea de-a treia cauză (sentința penală nr. 47/24.04.2017, pronunțată de Tribunalul Buzău în dosarul nr. 2219/114/2016, definitivă prin decizia penală nr. 1092/16.10.2017, pronunțată de către Curtea de Apel Ploiești, prin care au fost respinse ca nefondate apelurile inculpaților, hotărâri nepublicate), s-a reținut că inculpații nu au săvârșit tentativa la infracțiunea de omor sub stăpânirea unei puternice tulburări sau emoții, determinată de o provocare din partea persoanei vătămate, aceștia fiind cei care au pornit în urmărirea mașinii în care se afla persoana vătămată, după ce s-au întâlnit întâmplător pe strada Industriilor din Buzău și au coborât, concomitent cu celelalte persoane din autovehicule, pregătiți cu obiectele contondente pe care le aveau asupra lor.

¹² Pascu I., *op.cit.*, p. 111.

¹³ Antoniu, G., *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, în R.D.P. nr. 4/2007, p. 14.

¹⁴ Pascu, I., *op. cit.*, p. 110.

¹⁵ Pascu, I., *idem*, p. 182.

¹⁶ Pentru detalii, a se vedea Streteanu, F., Nițu, D., *op. cit.*, p. 411 și urm.

¹⁷ *Idem*, p. 458.

¹⁸ *Ibidem*, p. 411.

PRINCIPIILE CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI ÎN CAZURILE DE MALPRACTIS MEDICAL DIN ROMÂNIA

Lorena ZIDARU*

Abstract : *Legal and judicial shortcomings of the domestic justice system are undeniable given that in recent years the European Court of Human Rights has repeatedly found the Romanian state guilty for violating several articles of the European Convention. Numerous convictions have been given in medical malpractice cases developed in sanitary facilities that have resulted in injuries of body integrity or death of the patients concerned. Even though the Romanian state has solved most of the problems it faced at the time of the facts and which have, in fact, led to violations of citizens' rights, as found by the Court, there are still issues for which no solutions have been identified.*

Key words: medical negligence; health-care services; effective investigation; shortcomings of domestic law; European Court of Human Rights case-law

De-a lungul timpului Curtea Europeană a Drepturilor Omului a condamnat statul român în repetate rânduri în cauze în care s-au cercetat prezumtive culpe medicale care au produs vătămarea corporală sau chiar decesul pacienților. În analiza acestor cauze Curtea a reținut încălcarea mai multor articole din Convenție care garantează o serie de drepturi cetățenilor din țările europene și a subliniat existența unor deficiențe la nivelul legislației din România aplicabile la data faptelor, dar și la nivelul instrumentării cauzelor de către organele judiciare. Hotărârile prezentate relevă atât principiile generale pe care Curtea le-a stabilit pentru acest tip de cauze, cât mai ales modalitatea concretă de aplicare a principiilor, prin raportare la particularitățile fiecărui caz. Cunoașterea, înțelegerea și însușirea acestor reguli este esențială pentru evitarea unor erori similare care ar putea conduce în viitor la noi încălcări ale drepturilor cetățenilor și implicit la pronunțarea unor alte condamnări ale statului român de către Curtea Europeană.

1. În cauza Codarcea vs. României, ca situație de fapt reținută, reclamanta a suferit în anul 1996 mai multe intervenții chirurgicale estetice la față în urma cărora a prezentat o pareză facială pe partea dreaptă și alte câteva sechele care au necesitat administrarea de medicamente, fizioterapie și alte intervenții chirurgicale la unități sanitare private și de stat până în 2006. Reclamanta s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art. 6 care garantează dreptul la judecarea cauzei într-un termen rezonabil și art. 8 care garantează dreptul la viață privată. Reclamanta a susținut că articolele menționate au fost încălcate ca urmare a duratei excesive și ineficienței procedurii care viza angajarea răspunderii medicului care a supus-o unei intervenții de chirurgie plastică la pleoape fără a-i solicita în mod valabil consimțământul și fără a o informa cu privire la posibilele consecințe.

În analiza art. 6, Curtea Europeană a stabilit că începutul perioadei care este luată în considerare pentru a aprecia termenul rezonabil al procedurilor se situează la momentul la care reclamanta s-a prevalat de dreptul său cu caracter civil, adică de la constituirea ca parte civilă care a coincis cu formularea plângerii penale față de medic. Potrivit Curții, momentul de final al aceleiași perioade corespunde hotărârii definitive a curții de apel care confirmă în materie civilă dreptul reclamantei de a fi despăgubită de medicul care i-a cauzat un prejudiciu neputând fi luat în considerare momentul la care s-a finalizat procedura penală pentru că aceasta nu a avut niciun rezultat în sensul ca s-a încetat urmărirea penală pentru că a intervenit prescripția răspunderii penale a medicului, iar acțiunea civilă a trebuit să fie continuată în fața instanțelor civile. Aplicând acest raționament în calculul perioadei de timp, Curtea a constatat că durata procedurii în cauză a fost de 9 ani, 6 luni și 23 zile.

În aprecierea caracterului rezonabil al duratei unei proceduri Curtea are în vedere circumstanțele cauzei și criteriile consacrate de jurisprudența acesteia, în special complexitatea cauzei, comportamentul reclamantului și cel al autorităților competente și miza litigiului pentru persoanele în cauză. În ceea ce privește o acțiune în răspundere civilă delictuală pentru prejudiciul cauzat integrității fizice a reclamantei, Curtea a considerat că miza cauzei impunea o diligență deosebită din partea autorităților, având în vedere că reclamanta avea 65 ani la momentul constituirii ca parte civilă. În plus, a mai reținut că deși întrebările medicale puse în cauză aveau o anumită complexitate, o durată de peste 9 ani nu se justifică, mai ales că acțiunea penală s-a încheiat prin intervenția prescripției răspunderii penale după mai mult de 6 ani de la introducerea plângerii penale și constituirea ca parte civilă. Pe de altă parte, deși întârzieri semnificative determinate de comportamentul reclamantei nu s-au reliefat, în ceea ce privește comportamentul autorităților, deși Parchetul de pe lângă Curtea Supremă de Justiție s-a pronunțat în sensul că parchetul competent trebuie să desfășoare cu promptitudine urmărirea penală pentru soluționarea cauzei, nu au existat măsuri concrete care să accelereze procedura, iar cauza a fost casată cu trimitere spre rejudecare ca urmare a lipsei de competență a instanței. Aceste elemente au determinat Curtea să conchidă că în cazul reclamantei nu s-a respectat termenul rezonabil, ceea ce a condus la încălcarea art. 6 alin.1 din Convenție.

* Doctorand, Universitatea București; e-mail: lorena_lacyk@yahoo.com

În analiza art. 8 CEDO Curtea amintește că intră sub incidența acestui articol întrebările legate de integritatea morală și fizică a indivizilor, participarea acestora la alegerea actelor medicale care le sunt aplicate, consimțământul lor în această privință și accesul la informații care să le permită evaluarea riscurilor sanitare la care sunt expuși. Se mai reține totodată că dacă încălcarea dreptului la viață sau integritate fizică nu este voluntară, obligația statelor de a implementa un sistem judiciar eficient nu impune în mod necesar în toate cazurile un mecanism de natură penală deoarece în contextul specific al neglijențelor medicale o astfel de obligație poate fi îndeplinită și dacă sunt luate măsuri disciplinare împotriva cadrelor medicale vinovate și dacă sistemul juridic național le oferă persoanelor în cauză posibilitatea formulării unor cereri în fața instanțelor civile, singure sau împreună cu cereri în fața instanțelor penale în scopul de a stabili răspunderea medicilor în cauză și dacă este cazul, de a obține aplicarea oricărei sancțiuni civile corespunzătoare. În orice caz, Curtea stabilește în sarcina statelor părți obligația de a implementa un cadru de reglementare care să impună spitalelor, publice sau private, adoptarea unor măsuri care să asigure protecția vieții pacienților lor.

În ceea ce privește efectuarea unui tratament medical fără consimțământul pacientului în cazul în care acesta este adult și în deplinătatea facultăților mintale se consideră atingere adusă integrității fizice a persoanei, iar statele sunt obligate să ia măsuri de reglementare necesare pentru ca medicii să își pună întrebări cu privire la consecințele previzibile pe care intervenția medicală planificată le poate avea asupra integrității fizice a pacienților lor și să îi informeze în prealabil pe aceștia astfel încât să își dea acordul în cunoștință de cauză.

Aplicând aceste principii la cauza de față, Curtea a constatat că reclamanta nu a primit suma care i-a fost acordată cu titlu de prejudiciu moral din cauza insolvenței medicului, împrejurare agravată de absența în dreptul român la data faptei a unui mecanism de asigurare de răspundere profesională a medicilor care alături de refuzul instanțelor de a angaja răspunderea spitalului ca parte responsabilă civilmente au condus la lipsirea reclamantei de o protecție juridică eficientă. În consecință, fiind evident că reclamanta nu avea la dispoziție niciun mijloc legal care să îi permită să facă efectivă reparația, s-a încălcat art. 8 din Convenție.

2. În cauza *Eugenia Lazăr vs. României*, ca situație de fapt reținută, în noaptea de 10/11 iulie 2000 reclamanta l-a dus pe fiul său în vârstă de 22 ani care prezenta simptome de sufocare la spitalul județean, acesta a fost introdus la 2:30 în unitatea de primiri urgențe, unde a fost examinat și transferat la Serviciul ORL (Otorinolaringologie), iar la 2:45 a fost chemat un alt medic de la domiciliu care a decis efectuarea unei traheotomii începute în jurul orei 03:15, în cursul căreia pacientul a făcut un stop respiratoriu și a decedat.

Reclamanta s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art.6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului care garantează dreptul la un proces echitabil. Reclamanta a susținut că acest articol a fost încălcat deoarece decesul fiului său a fost provocat de disfuncționalitățile secțiilor medicale ale spitalului, iar ancheta inițiată în urma plângerii sale penale a fost condusă defectuos de autorități.

Curtea Europeană a considerat că aspectele semnalate se circumscriu sferei de aplicabilitate a articolului 2 din Convenție și le-a examinat din această perspectivă. Astfel, Curtea a reținut că actele sau omisiunile autorităților în cadrul politicilor de sănătate publică pot în anumite circumstanțe să angajeze răspunderea lor din perspectiva art.2, reținând totodată că atunci când un stat contractant a făcut ce trebuia să facă pentru a asigura un nivel înalt de competență în ceea ce privește cadrele medicale și pentru a garanta protejarea vieții pacienților, aspecte precum o eroare de judecată din partea unui cadru medical sau o coordonare necorespunzătoare a cadrelor medicale în tratamentul unui pacient în particular nu sunt suficiente în sine pentru ca statul să răspundă în baza art.2.

În aprecierea Curții, art.2 impune statului să instituie un sistem judiciar eficient și independent care să permită stabilirea cauzei decesului unei persoane care se află sub răspunderea personalului medical -fie în sectorul public, fie privat- și dacă este cazul obligarea acestuia să răspundă pentru faptele sale. Pentru cauzele de neglijență medicală o cerință de promptitudine și diligență rezonabilă este necesară întrucât cunoașterea faptelor și a erorilor eventual comise în acordarea de îngrijiri medicale este esențială pentru a permite instituțiilor în cauză și personalului medical să remedieze potențialele deficiențe, să prevină erori similare, pentru siguranța beneficiarilor de servicii de sănătate, pentru păstrarea încrederii publicului și prevenirea oricărei aparențe de tolerare a actelor ilegale.

Existența în legislația națională a dispozițiilor care autorizează instituțiile de medicină legală competente să emită avize care să eludeze cererile autorităților judecătorești și să refuze să coopereze cu ele de fiecare dată când nevoile anchetei impun acest lucru nu este conformă cu principala datorie a statului de a garanta dreptul la viață prin instituirea unui cadru juridic și administrativ eficient care să permită stabilirea cauzei decesului unui individ care se află sub răspunderea personalului medical.

Curtea a constatat cu privire la cazul prezentat în fața sa că respingerea de către comisia superioară a Institutului Național de Medicină Legală a concluziilor instituțiilor subordonate potrivit cărora au existat disfuncționalități în protocolul de asistență medicală de urgență s-a limitat la descrierea protocolului medical aplicabil și exonerarea de răspundere a medicilor implicați, or Curtea a considerat că e necesar un raport fundamentat științific care să includă o soluție motivată în raport cu eventualele contradicții între avizele institutelor de rang inferior, obligația de motivare fiind cu atât mai importantă cu cât potrivit legislației interne, formularea unui aviz de autoritatea națională supremă în

domeniu împiedica institutele de rang inferior să efectueze noi expertize sau să le completeze pe cele efectuate, iar ca elemente de probă nu se utilizau avize științifice emise de alte instituții independente. În consecință, imposibilitatea instanțelor de a se pronunța în deplină cunoștință de cauză cu privire la motivele decesului fiului reclamantei și răspunderea eventuală a medicilor care l-au îngrijit în noaptea decesului a determinat încălcarea art 2.

3. În cauza *Baldovin vs. României*, ca situație de fapt reținută, în anul 2002 s-a produs decesul copilului reclamantei prin asfixie la două zile după ce a fost născut pe cale naturală, asfixie produsă în momentul nașterii de cordonul ombilical. Nașterea naturală a fost provocată ca urmare a deciziei medicului de gardă deși medicul ginecolog care monitorizase sarcina de-a lungul timpului stabilise că este indispensabilă efectuarea operației cezariană din cauza poziției fătului.

Reclamanta s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art. 2, 6 și 13 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului deoarece în urma decesului fiicei sale nu s-a realizat o anchetă efectivă. Curtea Europeană a considerat că aspectele semnalate se circumscriu sferei de aplicabilitate a articolului 2 din Convenție și le-a examinat din această perspectivă. Curtea a reluat toate principiile stabilite anterior în cauza *Eugenia Lazăr contra României*, concluzionând încă o dată că legislația la nivel național care reglementa activitatea de medicină legală nu prezenta suficiente garanții împotriva arbitrariului.

4. În cauza *Florin Istrățoiu vs. României*, ca situație de fapt reținută, în 2005, fiului reclamantului i s-a efectuat o amigdalectomie, iar la scurt timp după intervenție a suferit o hemoragie, a fost transportat la spital și dus la unitatea de urgențe, dar nu a primit ajutor medical aici deoarece un cadru medical l-a direcționat către secția de pediatrie unde a decedat în scurt timp. Reclamantul s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art. 2 și 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului deoarece decesul fiului său a fost cauzat de neglijența personalului medical, iar ancheta condusă de autorități nu a fost efectivă și promptă, răspunderea celor vinovați nefiind stabilită în vreo formă.

În analiza art. 2 din Convenție, Curtea a reținut că activitatea corpului medical era reglementată, fiecare persoană care își desfășura activitatea la departamentul de urgențe avea atribuțiile stabilite în fișa postului, iar o încălcare a regulilor ar fi condus la aplicarea unor sancțiuni. Totodată, Curtea a observat că raportul medico-legal statuase că tratamentul pre și post operator au fost corespunzătoare și pacientul nu a fost tratat neglijent, așa încât statul nu răspunde în temeiul art. 2 CEDO deoarece obligațiile care revin statului în temeiul art. 2 impun un sistem judiciar independent și efectiv care să determine cauza decesului pacienților și pe cei responsabili în sfera profesiilor medicale, indiferent că e vorba despre sectorul public sau privat fără a fi obligatoriu să existe un remediu de drept penal pentru fiecare caz atât timp cât e vorba de culpă.

Din punct de vedere al duratei anchetei derulate, Curtea a reținut că perioada de 4 ani și 11 luni e considerată rezonabilă atât timp cât au fost audiate toate cadrele medicale implicate și alte persoane care aveau informații despre operație, au fost audiați părinții și li s-au comunicat copii de pe rapoartele de expertiză medico-legală și soluțiile organelor de urmărire penală, în fața instanței au avut acces la dosar și au putut să își susțină punctul de vedere în scris și oral, au existat mai multe rapoarte de expertiză medico-legală și nu s-au identificat perioade de inactivitate a organelor judiciare.

Deși reclamantul a invocat că nu a putut obține un nou raport de expertiză medico-legală, Curtea a observat că față de cauza *Eugenia Lazăr*, rapoartele de expertiză medico-legală erau concordante sub aspectul cauzelor decesului și a corectitudinii tratamentului acordat, iar solicitările reclamantului de realizare a unui nou raport au fost respinse pentru că acesta nu era necesar, ceea ce înseamnă că instanțele aveau suficiente elemente la dispoziție pentru a pronunța o soluție.

În consecință, în absența oricărui element de arbitrar care să fie imputat autorităților în activitatea lor de cercetare a cauzelor morții, faptul că rezultatul cercetărilor a fost unul nefavorabil pentru reclamant nu este suficient pentru a reține că statul ar fi răspunzător în baza art. 2 CEDO, mai ales în condițiile în care art. 2 nu garantează dreptul de a obține o condamnare penală a unei persoane. Mai mult, ca urmare a neepuizării căilor interne (civile și disciplinare), Curtea a declarat cererea inadmisibilă.

5. În cauza *Dorina Stihii Boos vs. României*, ca situație de fapt s-a reținut că în anul 2001, sora reclamantei, care prezenta o tumoră abdominală și o patologie cardio-vasculară, internată fiind în spital, a urmat tratament, însă în final a decedat. Reclamanta s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului deoarece decesul surorii sale a fost cauzat de lipsa de îngrijiri adecvate în timpul spitalizării, iar ancheta autorităților cu privire la aspectele sesizate a fost condusă defectuos. Curtea Europeană a considerat că aspectele semnalate se circumscriu sferei de aplicabilitate a articolului 2 din Convenție și le-a examinat din această perspectivă.

Astfel, Curtea a constatat că în cursul anchetei au fost audiați toți medicii care îngrijiseră pacienta, se realizase un raport de expertiză pentru a fi stabilite cauzele decesului, în cursul etapei judiciare reclamanta a avut acces la dosar și

a participat la dezbateri, iar durata de 4 ani și 2 luni nu pune în sine o problemă din perspectiva art. 2. Curtea reține, la fel ca și în cauza *Eugenia Lazăr* că potrivit legislației naționale, după ce s-a pronunțat comisia superioară din cadrul Institutului Național de Medicină Legală era imposibilă solicitarea unui nou aviz, însă față de cauza menționată, în prezenta speță rapoartele de expertiză medico-legală erau în concordanță, iar instanțele au considerat că au suficiente elemente pentru a determina circumstanțele morții sorei reclamantei.

Curtea a mai subliniat că reclamanta avea posibilitatea să sesizeze autoritățile administrative cu o plângere disciplinară împotriva medicilor și să introducă o acțiune în răspundere civilă delictuală aceasta din urmă neavând doar o finalitate pecuniară, ci având ca scop în primul rând constatarea greșelii, în condițiile în care art. 2 nu implică dreptul de a obține condamnarea penală a unui terț. Față de faptul că deși căile de atac puse la dispoziția reclamantei erau suficiente pentru a îndeplini obligațiile procedurale ale statului, reclamanta nu le-a utilizat, cererea sa este inadmisibilă.

6. În cauza *Csoma vs. României*, ca situație de fapt reținută, reclamanta, de profesie asistentă medicală, a rămas însărcinată și a fost urmărită în evoluția sarcinii de un medic ginecolog de la spitalul orășenesc. În săptămâna 16 de sarcină s-a descoperit că fătul avea hidrocefalie, reclamantei i s-au administrat substanțe pentru provocarea avortului, iar după expulzarea fătului s-a declanșat o hemoragie și a fost transportată la spitalul județean unde i s-a efectuat o histerectomie totală pentru a-i salva viața, determinând incapacitatea sa de a avea copii.

Reclamanta s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art. 2, 6 și 13 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului deoarece nu a fost informată despre natura și posibilele consecințe ale procedurii, iar cercetarea cauzei de către autorități a fost superficială. Curtea Europeană a considerat că aspectele semnalate se circumscriu sferei de aplicabilitate a articolului 8 din Convenție și le-a examinat din această perspectivă.

Curtea a subliniat că este important pentru persoanele care întâmpină riscuri pentru sănătatea lor să aibă acces la informații care să le permită evaluarea riscurilor respective așa încât statele trebuie să adopte măsurile normative necesare pentru a garanta că medicii iau în considerare consecințele previzibile ale unei proceduri medicale planificate asupra integrității corporale a pacienților și îi informează din timp pe pacienții respectivi despre consecințe astfel încât aceștia să fie în măsură să ia o decizie informată deoarece dacă un risc previzibil de acest tip se concretizează fără ca pacientul să fi fost informat corespunzător și în prealabil de către medici, statul contractant poate fi direct răspunzător pentru omiterea acestor informații.

În cauza prezentată, Curtea a reținut că în urma procedurilor medicale într-un spital public viața reclamantei a fost pusă în pericol și aceasta a ajuns în incapacitate permanentă de a avea copii, deci art. 8 e aplicabil. În plus, a observat că rapoartele sunt concordante în sensul că medicul a omis înainte de efectuarea procedurii să obțină în scris consimțământul informat al reclamantei cu toate că legislația internă prevede expres dreptul pacientului de a primi informații suficiente care să ofere pacientului posibilitatea de a-și da în prealabil consimțământul informat față de o procedură riscantă, medicul având obligația de a obține acest consimțământ.

Curtea a considerat că faptul că reclamanta era asistentă medicală de profesie nu îl scutea pe medic de urmarea procedurilor stabilite și de informarea acesteia despre riscurile inerente procedurii, mai ales că din fapte reiese că deși avortarea fătului era o necesitate, nu era un caz de urgență extremă pentru efectuarea procedurii, deci medicul nu se confrunta cu constrângeri de timp care să justifice faptul că nu a efectuat analizele preliminare efectuării procedurii și nu a evaluat dacă spitalul orășenesc era dotat corespunzător pentru a rezolva posibilele complicații. Concluzia Curții a fost că reclamantei i-a fost încălcat dreptul la viață privată garantat de art. 8 CEDO prin faptul că nu a fost implicată în alegerea tratamentului medical și nu a fost informată corespunzător cu privire la riscurile inerente procedurii medicale, fiind în același timp în imposibilitate de a obține o reparație pentru încălcarea dreptului său.

Sub aspect procedural al anchetei, Curtea a constatat că procurorul nu a luat în considerare rapoartele medicale care relevau deficiențe procedurale și nici nu a răspuns întrebărilor reclamantei deși acestea erau relevante și importante pentru clarificarea evenimentelor și a considerat inadmisibil că a fost posibilă efectuarea unei operații fără respectarea normelor și mecanismelor de protecție instituite chiar de sistemul intern.

7. În cauza *Elena Cojocaru vs. României*, ca situație de fapt reținută, în 2001 fiicei reclamantei, însărcinată în luna a 7-a la momentul respectiv i s-a administrat de medic un tratament în urma căruia i-a apărut o echimoză întinsă pe picioare și abdomen cauzată de crăparea vaselor sanguine, starea sa de sănătate înrăutățindu-se treptat și ducând în final la decesul acesteia și al copilului nou-născut imediat după operația de cezariană. Reclamanta s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art. 2, 6 și 13 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului deoarece decesul fiicei și nepoatei sale au fost cauzate de neglijența medicilor, iar ancheta condusă de autorități nu a fost efectivă și promptă. Curtea Europeană a considerat că aspectele semnalate se circumscriu sferei de aplicabilitate a articolului 2 din Convenție și le-a examinat din această perspectivă.

Curtea a reținut că probele disponibile la dosar relevă anumite probleme în coordonarea părților implicate în tratarea pacientei, precum și o întârziere în acordarea tratamentului de urgență adecvat stării sale de sănătate, fapt ce indică o disfuncționalitate a serviciilor de sănătate oferite de spitalele de stat. În privința anchetei derulate, Curtea a

constat că autoritățile nu au dispus efectuarea unui raport de expertiză medico-legală cu privire la circumstanțele producerii deceselor rudelor reclamantei deși acesta reprezintă o probă esențială în cauzele în care se cercetează o posibilă infracțiune de ucidere din culpă și este totodată necesar să fie solicitat atunci când se analizează posibilitatea ca malpraxisul medical să fie cauza morții. Curtea a reținut în plus că autoritățile nu au lămurit aspecte esențiale precum cauza morții, dacă medicul a administrat sau nu tratamentul în conformitate cu obligațiile sale profesionale, dacă acest tratament a fost sau nu adecvat și motivul pentru care fiica reclamantei nu a fost însoțită pe parcursul transferului între unitățile sanitare de către un medic în ciuda stării sale grave de sănătate. Cu privire la durata anchetei, Curtea a constatat că aceasta s-a întins pe o perioadă de aproximativ 10 ani, ceea ce dovedește lipsa de diligență a autorităților. În consecință, pentru motivele reținute, Curtea a conchis că a fost încălcat art. 2 din Convenție.

8. În cauza *Mihu vs. României*, ca situație de fapt reținută, în august 2005 reclamantul și-a dus fiul de 42 de ani la Spitalul Județean de Urgență Sibiu, unde a fost examinat de medicul de gardă și i s-a pus diagnosticul de sindrom icteric, diagnostic schimbat ulterior în ciroză hepatică cu hemoragie gastrointestinală. Deși medicul a decis ca pacientul să fie internat în secția de gastroenterologie, **cum aceasta se afla în altă clădire și nu avea lift, pacientul a rămas în unitatea de primiri urgențe**. Când starea acestuia s-a înrăutățit, a fost consultat de un medic de la terapie intensivă, care a recomandat continuarea tratamentului prescris și **a decis să i se facă transfuzii de sânge, acestea fiind sistate însă în timpul nopții**. În condițiile în care starea pacientului continua să se deterioreze, s-a decis efectuarea unei endoscopii digestive superioare, procedură ce a eșuat din cauza sângerării masive gastro-intestinale, pacientul fiind declarat decedat din cauza unui stop cardio-respirator.

Reclamantul s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art. 2 și 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului date fiind circumstanțele decesului fiului său și lipsa unei anchete efective conduse de autorități. Curtea Europeană a considerat că aspectele semnalate se circumscriu sferei de aplicabilitate a art. 2 din Convenție și le-a examinat din această perspectivă. Deși Curtea nu a reținut încălcarea art. 2 din Convenție din punct de vedere substanțial, fiind imposibil ca pe baza probelor existente să stabilească dacă deficiențele în organizarea spitalului au avut sau nu un rol în decesul persoanei, din punct de vedere procedural, ancheta nu a respectat standardele impuse la nivel european.

Astfel, Curtea a observat că **în afara solicitării unui examen medico-legal obișnuit pentru acest tip de caz și a audierii a doi medici și a reclamantului, niciun alt act de urmărire penală nu a fost efectuat timp de aproape 12 luni** în prima parte a anchetei, iar argumentele reclamantului nu au fost analizate și avute în vedere de organele de urmărire penală în această perioadă. Curtea a observat că soluțiile organelor de urmărire penală au fost desființate de trei ori de instanțele judecătorești pe motiv că circumstanțele decesului nu au fost clarificate, astfel încât ancheta penală a fost redeschisă de trei ori. La a treia redeschidere majoritatea martorilor noi care au fost identificați și audiați nu au mai putut furniza vreo lămurire având în vedere că trecuseră deja 7 ani de la deces. În consecință, Curtea a conchis că sistemul național în ansamblul său, confruntat cu prezenta cauză de presupusă culpă medicală care a condus la decesul fiului reclamantului nu a fost capabil să desfășoare o anchetă care să corespundă standardelor impuse de art. 2 din Convenție din punct de vedere al eficienței și celerității.

9. În cauza *Ioniță vs. României*, ca situație de fapt reținută, în anul 2005, fiul reclamantilor, în vârstă de 4 ani și 9 luni, a fost internat la Spitalul Județean de Urgență pentru a fi supus unei intervenții chirurgicale de extirpare a polipilor. Acesta a fost anesteziat și operat, însă după ce a fost scos din sala de operații starea sa de sănătate s-a înrăutățit. Deși s-a încercat resuscitarea, acesta a decedat din cauza insuficienței cardio-respiratorii acute, produsă în urma blocării căilor aeriene și aspirării în plămâni a unei cantități de sânge.

Reclamantii s-au adresat Curții Europene a Drepturilor Omului invocând încălcarea art.6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului invocând lipsa unei anchete efective condusă de autorități cu privire la decesul fiului lor. Curtea Europeană a considerat că aspectele semnalate se circumscriu sferei de aplicabilitate a articolului 2 din Convenție și le-a examinat din această perspectivă. Curtea a reținut că, la fel ca în cauza *Eugenia Lazăr contra României*, nu a existat posibilitatea obținerii de către instanțe de la Institutul Național de Medicină Legală a unui nou raport de expertiză care să clarifice cauzele producerii decesului. Mai mult, Curtea a constatat că autoritățile nu au depus niciun efort pentru a identifica noul domiciliu de pe teritoriul Italiei în vederea audierii unui martor considerat esențial pentru aflarea adevărului, respectiv asistenta care supraveghease pe fiul reclamantilor post-operatoriu. Curtea a mai subliniat că instanțele de judecată naționale nu au identificat existența unui caz de malpraxis în cauză, deși organele disciplinare au constatat că atât medicul chirurg, cât și medicul anestezist nu solicitaseră pre-operatoriu consimțământul scris al reclamantilor pentru procedura chirurgicală, deși era obligatoriu potrivit dispozițiilor legale din dreptul român. Totodată, Curtea reține că ancheta a durat mai mult de 6 ani și jumătate, durată care nu se justifică prin circumstanțele cauzei, iar posibilele erori intervenite în cursul acordării de îngrijiri medicale trebuie să fie stabilite cu promptitudine astfel încât să fie aduse la cunoștința personalului medical în scopul prevenirii de erori similare și

garantării siguranței beneficiarilor de servicii medicale. În consecință, Curtea a conchis că a fost încălcat art.2 din Convenție.

Analizând cauzele prezentate, se poate constata că o parte dintre aspectele semnalate de Curtea Europeană ca fiind neconforme cu standardele impuse de Convenție au fost remediate. Avem în vedere în mod special carențele existente la nivel legislativ care au fost înlăturate odată cu modificarea și ulterior abrogarea vechilor acte normative, urmată de intrarea în vigoare a unei noi legislații în materie. Totodată, în legislație au fost introduse remedii și pentru cealaltă categorie de deficiențe majore, respectiv cele referitoare la derularea de către organele judiciare a unor anchete lipsite de efectivitate și promptitudine. Astfel, în prezent, este reglementată posibilitatea formulării de către persoanele interesate a unei contestații privind durata proceselor penale, astfel încât instanța să stabilească un termen rezonabil pentru finalizarea fazei de urmărire penală sau a judecății. Cu toate acestea, remediul menționat este aplicabil exclusiv proceselor penale începute după 1 februarie 2014, ceea ce lasă în afara sferei de aplicare și implicit, în afara protecției conferite de dispozițiile legale procesele penale începute anterior. Prin urmare, în cazul acestora, părțile nu au nicio posibilitate să determine accelerarea efectuării anchetei de către organele judiciare, lipsa promptitudinii acestora putând genera noi condamnări ale statului român de către instanța europeană.

EVOLUȚIA MĂSURILOR DE PROTECȚIE A TINERILOR ÎN CONTEXTUL GARANTĂRII DREPTULUI FUNDAMENTAL LA INFORMAȚIE

Alina V. POPESCU*

Abstract: *The foundation of any knowledge-based society are the individual's right to information and the freedom of expression, both of which stand as the basis of a democratic society and of the other rights and freedoms. When it comes to the right to information, one must bear in mind that everyone has the right to access information, which is imperative for their social development. At both European and national level, the right to information is guaranteed, but it is a right likely to be limited.*

Within the study I will analyse the manner in which the limitation of the right to information is made in order to provide measures for the protection of young people. In a society with a rapidly evolving information technology, accessible to a growing number of people (including minors), it is necessary to adopt technical and legislative measures meant to ensure a harmonious development of young people without affecting them physically, mentally or even economically.

On the other hand, as with any approach to the guarantees and limitations of a fundamental right, a balance must be maintained between the two measures, so that the right itself should not be emptied of content and the measures be circumscribed to the objective pursued, the protection of young people. The challenges in this area are even greater as we are already talking about instantaneous, immediate communication, which does not comply with well-defined rules, especially in the on-line environment.

Keywords: *the right to information; freedom of expression; measures to protect young people*

I. CONSIDERAȚII GENERALE

Dreptul la informație este un drept fundamental al omului, recunoscut ca atare la nivel național și internațional. Deși este recunoscut ca fiind „piatra de temelie” a tuturor celorlalte drepturi, legat indisolubil de libertatea de exprimare, acest drept este recunoscut ca fiind unul relativ, care poate fi supus unor restrângeri, în condițiile în care aceste restrângeri sunt necesare și sunt menționate în lege. Una dintre limitările dreptului la informație este aceea de a nu afecta măsurile de protecție a tinerilor.

Atunci când vorbim despre măsurile de protecție a tinerilor, avem în vedere perioada de la naștere până la majorat, interval în care aceste mijloace au ca obiectiv eliminarea factorilor de risc la adresa dezvoltării acestei categorii sociale.

La nivel internațional, au existat preocupări constante privind drepturile copilului, în corelație cu evoluția drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, în ansamblu. Declarația de la Geneva, a Ligii Națiunilor Unite, din anul 1924¹, a proclamat necesitatea de a oferi copilului „mijloacele necesare dezvoltării sale normale, atât material, cât și spiritual”, iar Declarația Drepturilor Copilului², a reafirmat, în preambulul său, „nevoia de măsuri speciale de protecție și îngrijire, inclusiv de protecție juridică adecvată”. Toate aceste preocupări au drept temei faptul că, până la vârsta majoratului, persoanele nu au încă o dezvoltare fizică și mintală suficientă pentru a adopta decizii corecte. Declarația a enunțat mai multe principii, pe care le consideră necesar a fi aplicate, pentru a asigura copiilor o dezvoltare armonioasă. De interes, în contextul studiului, este cel de-al doilea principiu al Declarației: „Copilul se va bucura de o protecție specială, și va primi oportunități și facilități, prin lege sau prin alte metode, pentru a-l ajuta să se dezvolte fizic, mental, moral, spiritual și social într-o manieră sănătoasă și normală și în condiții de libertate și demnitate. La promulgarea legilor ce vin să îndeplinească acest scop, cele mai bune interese ale copilului vor avea prioritate.” Principiul nr. 7 al Declarației stabilește că „cele mai bune interese ale copilului vor fi principiul călăuzitor pentru cei responsabili de educarea și formarea sa”, iar principiul nr. 8 statuează: „copilul se va număra printre primii care vor primi protecție și ajutor”.

Astfel, identificăm originea preocupării legiuitorilor de a stabili un tratament diferențiat, din punct de vedere juridic, pentru tineri, de a le asigura protecție suplimentară, interesul copilului devenind prioritar.

Convenția cu privire la drepturile copilului³, garantează, în art. 13, dreptul la informație al copilului care „cuprinde libertatea de a căuta, de a primi și de a difuza informații și idei de orice natură, indiferent de frontiere, sub

* Doctorand, Academia de Studii Economice, București, avpalina_16@yahoo.com

¹ Geneva Declaration of the Rights of the Child, adopted 26 September, 1924, League of Nations

https://www.unicef.org/vietnam/01_-_Declaration_of_Geneva_1924.PDF

² Declaration of the Rights of the Child, rezoluție a Adunării Generale a ONU din 2 noiembrie 1959 (Rezoluția 1386) proclamată în a XIV-a sesiune a ONU.

https://www.unicef.org/lac/spbarbados/Legal/global/General/declaration_child1959.pdf

³ Convenția Organizației Națiunilor Unite nr. (r1) din 20/11/1989 cu privire la drepturile copilului, republicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 314 din 13/06/2001

<http://www.unicef.ro/wp-content/uploads/Conventia-cu-privire-la-Drepturile-Copilului.pdf>

forma orală, scrisă, tipărită sau artistică ori prin orice alte mijloace, la alegerea copilului.” Totodată, cu respectarea principiilor legalității și necesității, Convenția recunoaște posibilitatea de a limita acest drept la informație pentru: „respectarea drepturilor sau a reputației altora” sau „protejarea securității naționale, a ordinii publice, a sănătății publice și a bunelor moravuri.”

Așa cum se poate observa, abordarea convenției este similară cu prevederea art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁴, care garantează libertatea de exprimare și dreptul la informație și stabilește cadrul general în care acestea pot fi limitate.

Este interesant faptul că statele membre ale O.N.U. au considerat necesar să consfințească distinct, în art. 17, importanța mass mediei și „accesul copilului la informație”. În același articol, se stabilește obligația statelor părți de a elabora „principii călăuzitoare adecvate, destinate protejării copilului împotriva informațiilor și materialelor care dăunează bunăstării sale”.

Dacă plecăm de la realitatea de necontestat că internetul generează, din punct de vedere tehnic și social, o dezvoltare rapidă, o circulație fără frontiere a informației, achiesăm la opinia conform căreia „revoluția digitală ... a bulversat timpul, distanța și modurile de a produce și de a comunica”⁵.

În prezent, internetul îndeplinește o multitudine de funcții sociale: canal de comunicare, mijloc de derulare a activităților comerciale și administrative, sursă de informații etc., toate aceste roluri conducând la dezvoltarea economico – socială și la integrarea individului în societate. Totuși, extinderea comunicării on line a început să genereze anumite preocupări cu privire la respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor în general și cu privire la protecția minorilor, în particular. De exemplu, o preocupare constantă o reprezintă modul de protecție a datelor cu caracter personal colectate, a vieții private, precum și faptul că un număr tot mai mare de tineri au acces la aceste servicii on line, iar minorii nu au suficient „discernământ înainte de a expune pe web aspecte personale ale vieții private”⁶.

Unii autori⁷ au evidențiat necesitatea asigurării accesului tinerilor la materialele on line în scopuri educaționale, acestea reprezentând modalități moderne de învățare. Desigur, este necesar să facem distincție între utilizarea formală și cea informală a informațiilor on line. În cazul documentării pentru activitatea educațională ne aflăm în situația utilizării formale (învățarea/instruirea asistată de calculator, inclusă și în curriculumul școlar). O altă categorie de informații o reprezintă cele obținute ca urmare a navigării de plăcere, pentru petrecerea timpului liber și aici intervin, de cele mai multe ori, riscurile la adresa dezvoltării tinerilor.

Cu ani în urmă, preocuparea pentru protecția tinerilor era, în principal, cu privire la informațiile difuzate prin intermediul cinematografului sau al televiziunii, ceea ce a condus la stabilirea unor reguli, prin intermediul organismelor naționale de monitorizare a audiovizualului. În ceea ce privește mediul on line, reglementarea este mai dificilă, acesta fiind prin excelență un mediu liber, în care informațiile circulă fără bariere.

Nici în ceea ce privește clasificarea filmelor, pe anumite categorii de vârstă, nu sunt criterii bine definite, fiind dificil să stabilești, a priori, cărei categorii de vârstă se adresează și cărui grup îi este nerecomandată vizionarea. În literatura franceză de specialitate⁸ se apreciază că minorilor de până la 12 ani le poate fi afectată sensibilitatea de: scene de violență, coșmaruri, sexualitate, prezentarea relațiilor deranjante dintre părinți și copii, scene care implică un protagonist copil, în care tinerii spectatori s-ar putea proiecta prin situații traumatice. Dezvoltarea minorilor de până la 16 ani ar putea fi lezată de îndemnuri sau justificări pentru „sinucidere, droguri, violență gratuită” etc., iar filmele din categoria X (sau 18+) sunt cele „pornografice și filmele care fac apologia violenței”. Măsurile de protecție a tinerilor diferă de la o țară la alta, în funcție de propria abordare morală. Dacă analizăm, spre exemplu, filmul „The Usual Suspects – Suspecți de serviciu”, în Franța vizionarea este permisă pentru tot publicul, în Quebec este interzis minorilor sub 13 ani, în Germania este interzis minorilor sub 16 ani, în Olanda este interzis minorilor sub 12 ani, în Anglia este interzis minorilor sub 18 ani, iar în S.U.A. este interzis minorilor sub 17 ani, neînsoțiți⁹.

⁴ Articolul 10 – Libertatea de exprimare

„1. Orice persoană are dreptul la libertate de exprimare. Acest drept include libertatea de opinie și de a primi sau a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere. Prezentul articol nu împiedică Statele să impună societăților de radiodifuziune, cinematografie sau televiziune un regim de autorizare.

2. Exercițarea acestor libertăți ce comportă îndatoriri și responsabilități poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății, a moralei, a reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea informațiilor confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești.”

⁵ Emmanuelle Lachaud – „Un monde sous surveillance? Internet, l'individu dans la toile.”, p. 227-241, <http://books.openedition.org/pupvd/3980>

⁶ Emmanuelle Lachaud, *op.cit.*, p. 11-31, <http://books.openedition.org/pupvd/3957>

⁷ Klaus Rummmler, Karsten D. Wolf, „Lernen mit geteilten Videos: aktuelle Ergebnisse zur Nutzung, Produktion und Publikation von Onlinevideos durch Jugendliche”. In Media, Knowledge and Education: Cultures and Ethics of Sharing, p. 253-266, <http://books.openedition.org/iup/1492>

⁸ Paris Daniel, „Cinéma, violence et protection des mineurs”. In: Agora débats/jeunesses, 7, 1997. Les jeunes et les fêtes, pp. 109-121; doi: 10.3406/agora.1997.1536, http://www.persee.fr/doc/agora_1268-5666_1997_num_7_1_1536

⁹ Paris Daniel, *op.cit.*

II. ABORDAREA EUROPEANĂ PRIVIND MĂSURILE DE PROTECȚIE A MINORILOR

Așa cum arătam, preocuparea pentru protecția minorilor se manifestă atât în ceea ce privește informațiile diseminate în mediul audiovizual clasic, cât și on line. Totuși aceste preocupări trebuie să vizeze un echilibru între dreptul la informație și libertatea de exprimare și limitarea acestora, în vederea protejării, iar tinerii trebuie încurajați să își cunoască aceste drepturi, pentru că „exercitarea cetățeniei tinerilor se manifestă în primul rând în ceea ce privește cunoașterea drepturilor omului”¹⁰.

Riscurile care pândesc în mediul virtual minorii sunt pornografia, pedofilia, apologia unor ideologii, jocuri de noroc, violența, hărțuirea, instigarea la achiziții nesecurizate ori la prețuri incorecte, difuzarea unor date personale, fără acceptul lor etc. Toți acești factori pot afecta dezvoltarea normală a minorilor. De exemplu, violența are un impact considerabil asupra sănătății celor care sunt afectați de ea, iar psihiatrul Muriel Salmona arată că cele mai des întâlnite forme de violență sunt: lovituri, insulte, cuvinte umilitoare, acte sexuale forțate, hărțuire, fiind materializată în diferite forme: poate fi fizică, verbală, sexuală, dar și materială (privarea de hrană, distrugerea proprietății ...) ¹¹.

Un studiu despre cyber – violență, publicat în anul 2016, „Cybersexismul la adolescenți (12-15 ani)”, a reliefat că 17% dintre fete și 11% dintre băieți se confruntă cu cyber violența sexuală prin intermediul videoclipurilor, fotografiilor sau mesajelor text (intimate selfies luate sub presiune, fotografii difuzate fără consimțământul persoanei, insulte pe rețelele sociale ...) ¹².

Organismele europene au manifestat, constant, preocupări pentru reglementarea protecției minorilor și pentru identificarea unor soluții complementare celor legislative, care să conducă la realizarea acestui obiectiv.

În preambulul Directivei SMA ¹³, se reiterează faptul că „prezența conținutului dăunător în serviciile mass-media audiovizuale este o preocupare a legiuitorilor, a industriei media și a părinților” și noile platforme tehnologice și produse reprezintă noi provocări, ceea ce conduce la necesitatea adoptării unor „norme pentru protecția dezvoltării fizice, mentale și morale a minorilor, precum și a demnității umane în toate serviciile mass-media audiovizuale, inclusiv în comunicațiile audiovizuale comerciale.” Totodată, Directiva recunoaște că orice măsură adoptată trebuie să fie „atent corelată cu dreptul fundamental la libertatea de expresie”, iar scopul măsurilor trebuie să fie acela de protecție a minorilor, în beneficiul acestora.

Măsurile adoptate nu trebuie să reprezinte o „verificare prealabilă a serviciilor mass-media audiovizuale de către organisme publice”, iar obiectivul directivei rămâne „instituirea unui spațiu fără frontiere interne pentru serviciile mass-media audiovizuale”, concomitent cu protecția drepturilor și libertăților cetățenești.

Interdicția privind diseminarea pornografiei infantile a fost deja anterior reglementată ¹⁴, iar conform art. 3 al Directivei, la alin. 4, se stabilesc și alte măsuri derogatorii de la libera recepționare și retransmisie, printre care măsurile necesare din motive de „ordine publică, în special prevenirea, investigarea, depistarea și urmărirea infracțiunilor, inclusiv protecția minorilor...”, cu condiția ca serviciul limitat să aducă atingere obiectivului sau să prezinte un risc serios și grav de a-l leza, iar limitarea să fie proporțională cu obiectivele apărute de normă.

Directiva stabilește, prin art. 12, obligația statelor membre de a garanta că serviciile audiovizuale la cerere, „care ar putea afecta dezvoltarea fizică, mentală sau morală a minorilor”, sunt difuzate astfel încât nu sunt accesibile acestora.

În ceea ce privește transmisiile de televiziune, Directiva decide că statele trebuie să garanteze că dezvoltarea fizică, mentală sau morală a minorilor nu este afectată de emisiunile tv (cu referire, în principal la pornografie sau violență nejustificată). Garanțiile trebuie să se materializeze în codarea acestor programe, difuzarea lor la anumite ore (când în mod normal nu sunt accesibile minorilor) și inserarea unui avertisment acustic sau a unui simbol vizual prezent pe toată durata acestora.

Agenda UE pentru drepturile copilului ¹⁵, pleacă de la premisa că „promovarea și protecția drepturilor copilului reprezintă unul dintre obiectivele UE”, iar tehnologia oferă minorilor „acces la cunoaștere, permițându-le să beneficieze de învățarea digitală și să participe la dezbaterile publice”. Totuși, în acest context, se apreciază că: „copiii sunt deosebit de vulnerabili atunci când se confruntă cu un conținut și un comportament dăunătoare în mass-media audiovizuală și pe internet, cum ar fi hărțuirea pe internet și acostarea pe internet în scopuri sexuale.” Pentru a preveni vulnerabilizarea minorilor, se propune ca direcție de acțiune (acțiunea nr. 9): „sprijinirea statelor membre și a altor

¹⁰ Bousquet Katy. Répondre aux problèmes des jeunes par internet. L'expérience de réponses en ligne du site des droits des jeunes. In: Agora débats/jeunesses, 26, 2001. Les jeunes dans la société de l'information. pp. 69-78; doi: 10.3406/agora.2001.1918, http://www.persee.fr/doc/agora_1268-5666_2001_num_26_1_1918

¹¹ „Violence, viol, harcèlement : ne pas rester seul” <https://www.cidj.com/vie-quotidienne/psycho-sante/violence-viol-harcelement-ne-pas-rester-seul>

¹² Studiul Centrului Hubertine-Auclert, realizat în Ile-de-France și publicat în septembrie 2016, <https://www.centre-hubertine-auclert.fr/sites/default/files/fichiers/synthese-etude-cybersexisme-cha-web.pdf>

¹³ Directiva 2010/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 10 martie 2010 privind coordonarea anumitor dispoziții stabilite prin acte cu putere de lege sau acte administrative în cadrul statelor membre cu privire la furnizarea de servicii mass-media audiovizuale (Directiva serviciilor mass-media audiovizuale) JO L 95, 15.4.2010, pp. 1-24.

¹⁴ Decizia-cadru 2004/68/JAI a Consiliului din 22 decembrie 2003 privind combaterea exploatării sexuale a copiilor și a pornografiei infantile, publicată în JO L 13, 20.1.2004, p. 44.

¹⁵ Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor – O agendă a UE pentru drepturile copilului, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0060&from=RO>

părți interesate în consolidarea prevenirii, responsabilizării și participării copiilor astfel încât să se valorifice la maximum potențialul tehnologiilor online și să se combată hărțuirea pe internet, expunerea la conținut dăunător, precum și alte riscuri din mediul online prin intermediul programului „Safer internet” și prin cooperarea cu reprezentanții sectorului prin inițiativele de autoreglementare (2009-2014).”

Preocuparea Comisiei Europene pentru o lume audiovizuală total convergentă se manifestă și în ceea ce privește protecția minorilor¹⁶, punând în discuție dacă prevederile Directivei SMA acoperă măsurile de protecție a minorilor, cum pot fi părinții conștientizați cu privire măsurile pe care le pot adopta, din punct de vedere tehnic, pentru a restricționa accesul minorilor la anumite conținuturi, inadecvate, ce măsuri se impun, pentru verificarea vârstei utilizatorilor de conținut audiovizual online, dacă utilizatorii au suficiente informații cu privire la posibilitatea depunerii unor reclamații referitoare la conținuturi inadecvate sau ofensatoare și dacă mecanismele existente sunt eficiente.

În anul 2012, a fost elaborată Strategia europeană pentru un internet mai bun pentru copii¹⁷. Aceasta pleacă de la constatarea că piața audiovizualului nu are capacitatea să ofere „măsuri de protecție și conținut de calitate la nivelul întregii Europe”, întrucât aceste măsuri sunt costisitoare, iar furnizorii nu sunt dispuși să aloce fonduri, fără garanția recuperării investiției. O altă concluzie a studiilor este că instrumentele destinate controlului parental sunt, în majoritatea cazurilor, eficiente pentru limba engleză și nu sunt compatibile cu toate dispozitivele pe care minorii ar putea avea acces la internet. De asemenea, clasificarea conținutului unor aplicații nu este adaptată standardelor europene.

Pentru obținerea unor rezultate mai bune, în ceea ce privește protecția minorilor, Strategia propune ca măsurile să vizeze atât latura legislativă, cât și latura financiară, iar un rol important trebuie să îl joace auto reglementarea, convinși fiind că doar unele dintre măsuri nu pot asigura protecția necesară.

Un rol important revine autoprotecției, precum și conștientizării asupra riscurilor la care se expun minorii atunci când accesează un anumit conținut. În acest sens, Strategia pledează pentru dezvoltarea educației minorilor, în sensul dobândirii de competențe în domeniul media și cel digital, „pentru a fi în măsură să contribuie în mod activ la o societate participativă”. În ceea ce îi privește pe părinți și profesori sau educatori, aceștia trebuie să fie familiarizați cu instrumentele pe care le au la îndemână și să aloce timpul necesar pentru a-i instrui pe minori cum să folosească această resursă importantă, internetul, în siguranță.

Strategia propune realizarea unor programe educaționale privind siguranța online, includerea de către furnizorii de servicii a unor instrumente de raportare a conținutului ușor de utilizat și a unor parametri de confidențialitate, utilizarea unor unelte de control parental și a clasificării, pe categorii de vârstă și în funcție de conținut, similar mediului off – line. O atenție deosebită este acordată prevenirii și combaterii abuzului sexual și a exploatării sexuale a copiilor, punând accent pe cooperarea internațională în acest domeniu, precum și pe măsuri care să conducă la identificarea rapidă a materialelor cu asemenea conținut, notificarea furnizorilor și retragerea lor din mediul virtual.

În avizul Comitetului Economic și Social European privind Strategia europeană pentru un internet mai bun pentru copii¹⁸ se apreciază totuși că Strategia nu a definit „un cadru coerent”, pentru protecția și garanțiile adresate tinerilor și că ar fi necesare „linii directe care să le fie propuse tuturor actorilor implicați” pentru realizarea obiectivului. În aviz, se propune „alfabetizarea digitală” a celor care se ocupă de creșterea și educarea minorilor, astfel încât adulții să fie în măsură să îi orienteze pe minori în alegerea informațiilor din mediul online și pentru a se evita ca tinerii să devină „orfani digitali”.

III. PROTECȚIA MINORILOR ÎN VIZIUNEA LEGIUTORULUI ROMÂN

Și în legislația română au fost incluse prevederi care să conducă la protecția și dezvoltarea armonioasă a tinerilor, aceasta fiind corelată cu prevederile internaționale în materie.

Plecând de la reglementarea constituțională¹⁹ a dreptului la informație, în art. 31, alin. 3 este prevăzută o limitare a acestui drept, în sensul că acesta „nu trebuie să prejudicieze măsurile de protecție a tinerilor sau securitatea națională”.

Subsecvent acestor prevederi, Legea nr.544/2001²⁰, la art.12, alin.1, lit.g, stipulează că cetățenilor nu le este permis accesul liber la „informațiile a căror publicare prejudiciază măsurile de protecție a tinerilor”.

Prin Legea audiovizualului²¹, a fost reglementată organizarea autorității naționale de reglementare în domeniul serviciilor media audiovizuale, respectiv Consiliul Național al Audiovizualului²². Acesta este o autoritate publică,

¹⁶ Commission Européenne – „*Livre Vert. Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent: croissance, création et valeurs*”, Bruxelles, le 24.4.2013, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0231:FIN:FR:PDF>

¹⁷ „Strategia europeană pentru un internet mai bun pentru copii” <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0196&from=RO>

¹⁸ Avizul Comitetului Economic și Social European privind „Strategia europeană pentru un internet mai bun pentru copii”, <http://www.eesc.europa.eu/fr/our-work/opinions-information-reports/opinions/strategie-europeenne-pour-un-internet-mieux-adapte-aux-enfants>

¹⁹ Constituția României, Republicată, în Monitorul Oficial nr. 767 din 31 octombrie 2003.

²⁰ Legea nr. 544 din 12 octombrie 2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, publicată în: Monitorul Oficial nr. 663 din 23 octombrie 2001, cu modificările și completările ulterioare.

aflată sub control parlamentar și este considerat „garantul interesului public în domeniul comunicării audiovizuale”. CNA nu exercită un control ante factum (care ar putea fi considerat o formă de cenzură), ci post factum și poate aplica sancțiuni, în situația în care se încalcă regulile stabilite.

Pentru îndeplinirea rolului său de garant, în această materie, CNA trebuie să asigure „protejarea demnității umane, a dreptului la propria imagine și protejarea minorilor” și este autorizat, în aplicarea dispozițiilor legii audiovizualului, să emită decizii, inclusiv pentru „protecția minorilor”.

Urmare a transpunerii în legislația română a directivelor europene din domeniul audiovizualului, Legea audiovizualului a fost modificată și completată cu prevederi referitoare la protecția minorilor în ceea ce privește publicitatea audiovizuală. Astfel, comunicările comerciale „trebuie să nu provoace nicio daună morală, fizică sau mentală minorilor”, cu referire la interdicția de a exploata lipsa de experiență și credulitatea minorilor, dar și de a nu prezenta minori în situații primejdioase, iar publicitatea pentru băuturile alcoolice trebuie să nu se adreseze minorilor sau să prezinte minori consumând astfel de produse.

De asemenea, a fost introdus un nou capitol, Capitolul III² – Protecția minorilor, în care preocuparea principală a legiuitorului este „dezvoltarea fizică, mentală sau morală a minorilor”, respectiv protecția față de programele audiovizuale care o pot afecta grav („pornografie sau violență nejustificată”) și include măsurile care se impun a fi luate: codare, control al accesului, atenționare acustică sau grafică, alegerea unui anumit interval orar de difuzare, pentru ca aceste programe să nu fie accesibile minorilor.

Pentru serviciile media audiovizuale la cerere, create într-un stat membru al Uniunii Europene, poate fi limitată libera retransmisie pentru protecția minorilor (art. 75¹ din Legea audiovizualului), cu condiția ca aceste programe să pună în pericol obiectivul protejat, să fie o măsură proporțională, limitată în timp, să nu fi fost adoptate măsuri adecvate în țara de origine și să fie notificată de către CNA, în scris, Comisia Europeană.

În preambulul Codului de reglementare a conținutului audiovizual²³, CNA reamintește că orice măsură care se adoptă în vederea protecției minorilor, trebuie să respecte dreptul la informație și libertatea de exprimare, dar obiectivul trebuie să rămână asigurarea unui „nivel adecvat de protecție a dezvoltării fizice, mentale și morale a minorilor”. Principiul care guvernează acest obiectiv este „principiul interesului superior al minorului”, iar decizia cuprinde în Titlul II (art. 2 – 29¹) măsurile concrete care trebuie să conducă la îndeplinirea obiectivului.

IV. CONCLUZII

În ultimă instanță, măsurile adoptate sunt o formă de cenzură, însă scopul acestora este protecția minorilor. Totuși nu este o formă clasică de cenzură, evitându-se față de alte epoci, tăierea materialelor, trunchierea informațiilor etc. și limitându-se la clasificarea lor în funcție de vârsta la care este permis accesul²⁴.

Putem concluziona că, în ciuda măsurilor adoptate, la nivel internațional și național, încă nu au fost identificate modalitățile cele mai eficiente, iar preocuparea pentru a asigura protecția tinerilor trebuie menținută și adaptată evoluției tehnologiei.

Așa cum am arătat, tinerii trebuie să fie feriți de accesul la anumite informații care ar putea afecta dezvoltarea lor, ținând cont și de faptul că ei nu au încă discernământul necesar pentru a alege anumite servicii audiovizuale, atât în mediul on-line, cât și în cel off-line. Un rol important îl are responsabilizarea și conștientizarea părinților și profesorilor sau educatorilor cu privire la rolul lor în protecția minorilor.

Internetul este o sursă importantă de informații, o cale de comunicare și socializare, necesară dezvoltării tinerilor, de aceea măsurile de protecție și limitare a accesului la informație trebuie să fie proporționale cu riscul pe care îl implică însușirea acelei informații de către minori.

O cenzură a internetului ar fi ilegală și excesivă, însă îmbucurătoare sunt inițiativele furnizorilor de servicii în domeniul auto reglementării²⁵, precum și implicarea organizațiilor neguvernamentale, pentru „educarea și informarea guvernelor, autorităților de reglementare, industriei și mass-media din întreaga lume cu privire la o abordare echilibrată a siguranței online”²⁶.

Este important ca toate aceste măsuri să fie aplicate complementar, să existe o preocupare a tuturor celor implicați în siguranța minorilor (autorități, furnizori de servicii audiovizuale, părinți, profesori etc.), pentru că doar în acest mod se poate realiza cu adevărat o protecție eficientă a minorilor, concomitent cu respectarea dreptului lor la informație și a libertății de exprimare.

²¹ Legea nr. 504 din 11 iulie 2002 – Legea audiovizualului, publicată în: Monitorul Oficial nr. 534 din 22 iulie 2002, cu modificările și completările ulterioare.

²² La care voi face referire în continuare ca fiind CNA.

²³ Decizia nr. 220 din 24 februarie 2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual, publicată în: Monitorul Oficial nr. 174 din 11 martie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

²⁴ Paris Daniel, „Colloque européen des organismes de classification des oeuvres cinématographiques”. In: Agora débats/jeunesses, 7, 1997. Les jeunes et les fêtes, pp. 140-141; http://www.persee.fr/doc/agora_1268-5666_1997_num_7_1_1538_t14_0140_0000_1

²⁵ A se vedea cele șapte principii enunțate de facebook, <https://www.facebook.com/about/basics/privacy-principles>, Charta Vivendi Universal, privind protecția datelor, https://www.vivendi.com/wp-content/uploads/2012/05/20080725_Charte_sur_la_protection_des_donnees_et_des_contenus-3.pdf

²⁶ Family Online Safety Institut, <https://www.fosi.org/#>

EFECTELE DECIZIEI NR.1/2016 A ÎCCJ - COMPLETUL PENTRU DEZLEGAREA UNOR CHESTIUNI DE DREPT ÎN MATERIE PENALĂ ASUPRA UNOR SUBIECȚI DE DREPT ÎN MATERIE CONTRAVENȚIONALĂ

Carmen Adriana DOMOCOȘ*

Abstract: *Owing to the fact that the Supreme Court decided that individual enterprise, a bussiness managed by an individual person under the Law no. 44/2008, is not a legal person and it is not responsible under the criminal law, the issue arises whether an individual enterprise could be the offender under the civil law as a legal person. In our opinion, under the current legislation, the individual enterprise cannot be an offender if the law penalizes the legal person, due to the fact that this enterprise is not a legal person, neither under the civil law, nor under the penal law.*

Key-words: *legal person; legal personality; individual enterprise; defendant; offender*

Prin Decizia nr.1/2016, Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală¹ a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel București - Secția I Penală în dosarul nr. 4039/1/2015, prin care s-a solicitat pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea următoarei chestiuni de drept: ”dacă întreprinderea individuală, persoană juridică fără personalitate juridică, poate fi subiect activ al unei infracțiuni săvârșite în realizarea obiectului de activitate” și a stabilit că întreprinderea individuală, formă de activitate economică organizată de întreprinzătorul persoană fizică în temeiul dispozițiilor O.U.G nr. 44/2008, nu are calitatea de persoană juridică și, prin urmare, nu poate răspunde penal în condițiile prevăzute de art. 135 Cod penal.

Necesitatea pronunțării unei hotărâri prealabile în această materie a pornit de la practica neunitară a instanțelor judecătorești cu privire la condamnarea sau achitarea pentru săvârșirea unei infracțiuni a unei întreprinderi individuale, pe temeiul art. 135 alin. 1 din Codul penal, în ipoteza comiterii de către aceasta a unei fapte săvârșite în realizarea obiectului său de activitate în calitate de persoană juridică².

Astfel, într-o primă opinie, s-a apreciat că întreprinderea individuală, persoană juridică fără personalitate juridică, poate fi subiect activ al unei infracțiuni săvârșite în realizarea obiectului de activitate.

În susținerea acestui punct de vedere s-a argumentat, în esență, că, potrivit dispozițiilor art. 135 alin. (1) din Codul penal³, art. 188 și art. 209 din Codul civil⁴ și Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale⁵, întreprinderea individuală are capacitate de exercițiu, drepturi și obligații, inclusiv răspundere cu privire la faptele săvârșite în realizarea obiectului de activitate.

Conform prevederilor art. 135 alin. (1) din Codul penal referitoare la condițiile răspunderii penale a persoanei juridice, ”persoana juridică, cu excepția statului și a autorităților publice, răspunde penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice”. Legea penală nu face nicio distincție, textul referindu-se generic la răspunderea penală a persoanei juridice, fără a exclude persoana juridică fără personalitate juridică.

În același sens, s-a argumentat că întreprinderea individuală, persoană juridică fără personalitate juridică, poate fi subiect activ al unei infracțiuni săvârșite în realizarea obiectului de activitate, având în vedere că, potrivit art. 188 și art. 209 din Codul civil raportat la art. 2 lit. g) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare, întreprinderea are calitatea de persoană juridică fără personalitate juridică, având însă capacitate de exercițiu exercitată prin organul său de administrare, respectiv întreprinzătorul persoană fizică.

Prin urmare, întreprinderea individuală ar răspunde penal potrivit art.135 alin. (1) din Codul penal, întrucât „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”.

În opinia contrară, s-a apreciat că întreprinderea individuală nu poate fi subiect activ al unei infracțiuni săvârșite în realizarea obiectului de activitate, întrucât nu are personalitate juridică.

Argumentele în sprijinul acestei concluzii rezultă din modul de reglementare a întreprinderii individuale, așa cum se regăsește în cuprinsul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare

* Lect. univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea din Oradea; Judecător, Tribunalul Bihor; e-mail: carmendomocos@gmail.com

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 138 din 23 februarie 2016

² Pentru detalii, a se vedea <https://legeaz.net/monitorul-oficial-138-2016/decizie-iccj-1-2016-interpretare-individuala-raspundere-penala-135-ncp>

³ Legea nr. 286/2009, publicată în M.Of. al României, Partea I, nr. 510/24.07.2009, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare începând cu data de 1 februarie 2014

⁴ Legea nr. 287/2009, publicată în M.Of. al României, Partea I, nr.505/25.07.2011, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare începând cu data de 1 octombrie 2011

⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 328 din 25.04.2008, cu modificările și completările ulterioare

care în art.22 prevede că întreprinderea individuală nu dobândește personalitate juridică prin înregistrarea în registrul comerțului. *O atare întreprindere este, practic, una dintre cele trei modalități legale prin care persoanele fizice pot desfășura activități economice individuale și independente ca: persoane fizice autorizate, întreprinzători individuali ai unei întreprinderi individuale, membri ai unei întreprinderi familiale.*

Mai mult, art. 26 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare precizează că persoana fizică titulară a întreprinderii individuale răspunde pentru obligațiile sale cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul, iar în caz de insolvență, va fi supusă procedurii simplificate prevăzute de Legea nr. 85/2006, cu modificările ulterioare⁶.

În sprijinul aceleiași concluzii au fost invocate și dispozițiile art. 27 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare care reglementează cazurile de încetare a activității întreprinzătorului persoană fizică titular al unei întreprinderi individuale, cu consecința radierii din registrul comerțului. Spre deosebire de persoana juridică, în cazul întreprinderii, aceste cazuri sunt decesul, voința întreprinzătorului sau condițiile prevăzute de art. 25 din Legea nr. 26/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Existența personalității juridice a unei entități persoană juridică este o condiție sine qua non pentru a se angaja răspunderea sa penală, condiție care, deși nu este prevăzută expres de art. 135 din Codul penal, se deduce indubitabil, pe de o parte, din utilizarea expresiei „persoană juridică”, iar nu a expresiei „entitate colectivă” sau „persoană colectivă”. Pe de altă parte, o entitate colectivă de drept, pentru a putea răspunde penal, trebuie să aibă capacitate juridică penală, adică să își poată executa obligația de a suporta sancțiunea impusă de instanță ca urmare a derulării unui proces penal.

Or, interpretând coroborat dispozițiile art.22-23 și art. 26 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare rezultă că întreprinderea individuală este o formă de organizare a unei activități economice de către un subiect de drept civil determinat de lege - persoana fizică, dar și o masă de bunuri constituită de persoana fizică prin dezmembrarea patrimoniului său, constituind un patrimoniu de afecțiune, căreia i se refuză în mod expres personalitatea juridică, **subiectul răspunderii fiind anume determinat: persoana fizică-titular al întreprinderii individuale.**

Calitatea de persoană juridică se stabilește conform normelor Codului civil, care, în cuprinsul art. 188, prevede că sunt persoane juridice „entitățile prevăzute de lege, precum și alte organizații legal înființate care, deși nu sunt declarate de lege persoane juridice, întrunesc toate condițiile prevăzute la art.187” (respectiv o organizare de sine stătătoare, patrimoniu propriu, scop licit și moral, în acord cu interesul general).

Delimitând, astfel, sfera subiectelor de drept care pot avea calitatea de persoană juridică, sub un prim aspect, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că, în ceea ce privește raportul dintre noțiunea de „persoană juridică” și aceea de „personalitate juridică”, deși, terminologic, cele două concepte nu se suprapun, se află însă într-o relație de condiționare reciprocă.

Dacă **persoana juridică** este acea formă de organizare înființată conform legii, titulară de drepturi și obligații proprii, **personalitatea juridică** semnifică, în schimb, rezultatul procedurii tehnico-juridice prin care o persoană juridică este înființată și recunoscută ca veritabil subiect de drept, distinct de persoanele fizice ce o compun.

Data dobândirii personalității juridice nu este, în mod necesar, data înființării persoanei juridice. Regula este că o entitate dobândește personalitate juridică și, implicit, capacitatea deplină de a avea drepturi și obligații, ulterior înființării, fie prin înregistrare (în cazul persoanelor juridice supuse înregistrării), fie ca efect al autorizării constituirii lor ori al îndeplinirii altei cerințe prevăzute de lege. Numai prin excepție, legiuitorul recunoaște entităților nesupuse înregistrării capacitate civilă de la data înființării lor, în condițiile generale prevăzute de art. 205 alin. (2) din Codul civil și cu respectarea cerințelor particulare, prevăzute de actul normativ în temeiul căruia acestea iau ființă.

Unei entități nu i se poate recunoaște, așadar, calitatea de persoană juridică dacă ea nu are, în condițiile legii, și personalitate juridică, după cum nu se poate vorbi de personalitate juridică în cazul unei forme de organizare care *ab initio* nu poate avea calitatea de persoană juridică, fie potrivit legilor speciale, fie Codului civil.

În acest context se poate conchide, contrar unei teze avansate, că o persoană juridică este, prin ipoteză, o entitate dotată întotdeauna cu personalitate juridică.

În planul răspunderii penale, concluzia astfel enunțată are semnificația imposibilității de antrenare a răspunderii unor entități/organizații fără personalitate juridică, indiferent dacă ele sunt înființate și organizate în strictă conformitate cu normele unor legi speciale și independent de forma concretă de organizare.

Având ca efect inexistența capacității sale juridice, absența personalității juridice a subiectului de drept semnifică, în materie penală, inaptitudinea acestuia de a se implica *ab initio*, în nume propriu, în raporturile penale de conformare, de a-și asuma *proprio nomine* obligațiile ce îi revin în acest tip de raporturi și, implicit, de a suporta, în caz de încălcare a acelor obligații, toate consecințele penale ale faptelor sale.

⁶ De lege lata, procedura insolvenței este reglementată de Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cu modificările și completările ulterioare

Cerința existenței personalității juridice ca premisă pentru angajarea răspunderii penale a entităților colective în condițiile art. 135 din Codul penal a fost subliniată, de altfel, *expressis verbis* în chiar expunerea de motive la Legea nr. 286/2009, unde s-a precizat că „*în reglementarea răspunderii penale a persoanei juridice au fost păstrate principiile pe care se fundamentează această răspundere în concepția Codului penal în vigoare, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 278/2006*”, afirmându-se explicit că „*a fost menținută cerința existenței personalității juridice ca premisă pentru angajarea răspunderii penale a entităților colective*”.

Din interpretarea coroborată a dispozițiilor integrate în cuprinsul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare rezultă că nu sunt întrunite, în cazul întreprinderii individuale, cele trei elemente constitutive ale persoanei juridice prevăzute de art. 187 din Codul civil.

Concordant conținutului art. 2 lit. f) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare, întreprinderea individuală constituie o formă de organizare a unei activități economice, desfășurată de și pe riscul întreprinzătorului titular. Întreprinderea individuală nu este o entitate cu o organizare proprie, de sine stătătoare, întrucât nu se decelează, în cazul său, elementele inerente acestei organizări, respectiv posibilitatea unei subcompartimentări a activităților ce ar putea fi desfășurate ori cea a desemnării unor „organe” proprii sau a unui reprezentant legal.

Astfel, regimul acestui tip de întreprindere este consacrat normativ în cuprinsul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare.

Ordonanța definește explicit termenii și expresiile pe care le utilizează în cuprinsul său, rezultând *inter alia*, potrivit art. 2 lit. g), că întreprinderea individuală semnifică „*întreprinderea economică, fără personalitate juridică, organizată de un întreprinzător persoană fizică*”.

Prin „*întreprindere economică*” se înțelege, potrivit art. 2 lit. f) din aceeași ordonanță de urgență, „*activitatea economică desfășurată în mod organizat, permanent și sistematic, combinând resurse financiare, forță de muncă atrasă, materii prime, mijloace logistice și informație, pe riscul întreprinzătorului, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege*”, iar noțiunea de „*întreprinzător*” semnifică, conform art. 2 lit. e), „*persoana fizică care organizează o întreprindere economică*”.

Afirmând explicit că întreprinderea individuală este o formă de activitate economică, lipsită de personalitate juridică, legiuitorul a exclus, așadar, o posibilă includere a acestui tip de activitate în sfera persoanelor juridice. Impunerea unor condiții de înregistrare în registrul comerțului și de autorizare a funcționării întreprinzătorilor persoane fizice, titulari ai întreprinderii individuale, nu este de natură a conduce la o concluzie contrară.

În acest context normativ rezultă că întreprinderea individuală constituie o formă de activitate economică organizată în condițiile legii de persoana fizică titulară, iar nu o entitate de sine stătătoare, capabilă a dobândi drepturi și obligații proprii în condițiile prevăzute de art. 188 din Codul civil. Nefiind o persoană juridică, acest tip de întreprindere nu poate răspunde penal în condițiile prevăzute de art. 135 din Codul penal.

Plecând de la această interpretare dată de Înalta Curte de Casație și Justiție, obligatorie pentru toate instanțele de la momentul publicării deciziei în Monitorul Oficial, Partea I, conform art. 521 alin. 3 Cod proc.civ., se pune **problema răspunderii contravenționale a întreprinderii individuale, atunci când aceasta este sancționată pentru săvârșirea unei contravenții săvârșite în realizarea obiectului său de activitate în calitate de persoană juridică.**

Într-o soluție recentă de speță⁷, prima instanță a respins ca neîntemeiată, plângerea contravențională formulată de petentul D.F., în calitate de reprezentant al Î.I. D.C.F., în contradictoriu cu intimata Agenția Națională de Administrare Fiscală, împotriva procesului-verbal de constatare și sancționare a contravențiilor seria DGAF nr. 0124555/26.03.2017. Pentru a pronunța această hotărâre, prima instanță a reținut următoarele: prin procesul verbal cu seria DGAF nr. 0124555/26.03.2017, întocmit de către un agent constatat din cadrul intimei, petenta Întreprinderea Individuală D.C.F. a fost sancționată cu amendă contravențională în cuantum de 5.000 lei, pentru săvârșirea contravenției prevăzute de art.1 lit. a din Legea nr.122/1990 republicată, privind protejarea populației împotriva unor activități comerciale ilicite, cu modificările și completările ulterioare. De asemenea, s-a dispus confiscarea sumei de 905 euro, contravaloarea transportului pentru care nu s-au eliberat documente justificative.

Prin același proces-verbal, la secțiunea corespunzătoare menționării persoanei responsabile de săvârșirea contravenției a fost trecut și titularul întreprinderii, numitul D.F., cu toate datele de identificare ale acestuia.

În sarcina petentei s-a reținut, în esență, că în data de 26.03.2017, în apropierea P.T.F. Borș, a fost depistată în timp ce transporta aproximativ 21 de colete și un autoturism din Italia, pentru care a încasat 905 euro, sumă pentru care nu s-au prezentat documente justificative.

Analizând procesul-verbal de constatare a contravenției sub aspectul legalității sale, în conformitate cu dispozițiile art.34 alin.1 din O.G. nr.2/2001, instanța de fond a constatat că acesta cuprinde toate mențiunile obligatorii prevăzute de dispozițiile art. 16 din O.G. nr. 2/2001, a căror nerespectare se sancționează cu nulitatea absolută, conform art. 17 din același act normativ. De asemenea, instanța a reținut că, chiar dacă întreprinderea

⁷ Decizia nr. 2526/A/CA/28.11.2017, definitivă, pronunțată de Tribunalul B., Secția III-a de contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr.5291/271/2017, nepublicată.

individuală nu are personalitate juridică conform art. 2 lit. g și art. 22 din O.U.G. nr. 44/2008, menționarea acesteia ca persoană responsabilă de săvârșirea faptei contravenționale este consecința unei inadvertențe juridice, iar la secțiunea corespunzătoare a procesului-verbal a fost menționat și titularul întreprinderii, persoana fizică D. F.

Astfel, potrivit art. 26 din O.U.G. nr. 44/2008, “persoana fizică titulară a întreprinderii individuale răspunde pentru obligațiile asumate în exploatarea întreprinderii economice cu bunurile din patrimoniul de afecțiune. Dacă acestea nu sunt suficiente pentru satisfacerea creanțelor, pot fi urmărite și celelalte bunuri ale debitorului.”

Prin urmare, instanța de fond a constatat că răspunderea contravențională pentru fapta reținută în procesul-verbal atacat îi revine persoanei fizice, titular al întreprinderii individuale, pentru fapta contravențională săvârșită în exercitarea activității economice sub această formă de organizare.

Sub aspectul temeiniciei, instanța a constatat că procesul-verbal de constatare a contravenției a fost întocmit de către un agent din cadrul intimei, săvârșirea faptei de către petentă fiind constatată direct de către acesta.

Conform art. 1 lit. a din Legea nr. 12/1990, cu modificările și completările ulterioare, “constituie activități comerciale ilicite și atrag răspunderea contravențională sau penală, după caz, față de cei care le-au săvârșit, următoarele fapte: a) efectuarea de acte sau fapte de comerț de natura celor prevăzute în Codul comercial sau în alte legi, fără îndeplinirea condițiilor stabilite prin lege.”

Sub acest aspect, instanța a reținut că, înscrisurile care au stat la baza încheierii procesului-verbal susțin temeinicia acestuia, iar, pe de altă parte, petenta nici nu a contestat temeinicia procesului-verbal, solicitând anularea acestuia pentru nerespectarea prevederilor art. 17 din O.G. nr. 2/2001. Prin urmare, din analiza coroborată a înscrisurilor aflate la dosar, instanța a constatat că cele menționate în cuprinsul procesului verbal sunt conforme cu adevărul.

Pe de altă parte, instanța, în temeiul art. 34 alin. 1 din O.G. nr. 2/2001, poate să hotărască și asupra individualizării sancțiunii aplicate de agentul constator prin procesul verbal. Instanța a reținut, însă, că sancțiunea aplicată a respectat principiul proporționalității prevăzut de art. 5 alin. 5 și 6 din OG nr. 2/2001, raportat la cuantumul prejudiciului constatat.

Astfel, instanța a constatat că, **chiar dacă sancțiunea a fost aplicată persoanei juridice, cuantumul acesteia de 5.000 lei, se încadrează în limitele de sancțiune prevăzute pentru persoanele fizice (500 – 5000 lei).**

În aceste condiții, întrucât procesul-verbal contestat a fost susținut de actele în baza cărora a fost întocmit, neexistând îndoială asupra veridicității celor consemnate în acesta, iar petenta, deși avea posibilitatea, nu a făcut dovada unei situații contrare actului de sancționare, în temeiul dispozițiilor art. 34 alin. 1 din O.G. nr. 2/2001, instanța a respins plângerea acesteia ca neîntemeiată.

Împotriva acestei hotărâri în termen legal a formulat apel petenta ÎNTEPRINDERE INDIVIDUALĂ D.C.F. solicitând admiterea apelului, modificarea în tot a sentinței, în sensul admiterii plângerii contravenționale și anulării procesului-verbal de contravenție contestat. Reiterând situația de fapt, apelanta a arătat că procesul-verbal de contravenție întocmit pe seama sa este nelegal, neîndeplinind exigențele impuse de art. 17 din O.G. nr. 2/2001, în condițiile în care în cuprinsul actului constator nu este menționat numele contravenientului.

Apelant a susținut că, potrivit art. 3 din O.G. nr. 2/2001, contravenient poate fi doar o persoană fizică sau o persoană juridică, or, conform O.U.G. nr. 44/2008, întreprinderea individuală este o întreprindere economică fără personalitate juridică.

Totodată, apelanta a invocat dispozițiile art. 22 din O.U.G. nr. 44/2008, potrivit cărora întreprinderea individuală nu este persoană juridică prin înregistrarea în registrul comerțului, **ci întreprinzătorul persoană fizică titular al întreprinderii individuale este, conform art. 23, comerciant persoană fizică de la data înregistrării sale în registrul comerțului.**

Intimata AGENȚIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE FISCALĂ, legal citată, a depus la dosarul cauzei **întâmpinare prin care a solicitat respingerea apelului ca nefondat.**

Analizând sentința apelată prin prisma motivelor de apel invocate, cât și din oficiu, în conformitate cu prevederile art. 480 alin. (1) coroborat cu art. 479 alin. (1) C.proc.civ., Tribunalul a apreciat că apelul este nefondat, fiind respins, pentru următoarele considerente:

Prin procesul-verbal de contravenție seria DGAF nr. 0124555/26.03.2017, petenta Î.I. D. C. F. a fost sancționată contravențional în temeiul art. 2 alin. 1 din Legea nr. 12/1990, cu sancțiunea amenzii contravenționale în cuantum de 5000 lei, pentru săvârșirea contravenției prevăzute de art. 1 lit. a din același act normativ, precum și cu sancțiunea complementară constând în confiscarea bunurilor care au servit la săvârșirea faptei.

S-a reținut în sarcina petentei faptul că, în data de 26.03.2017, ora 16¹⁰, ca urmare a monitorizării traficului în Punctul de Trecere a Frontierei Borș, s-a constatat că transporta aproximativ 21 de colete și un autoturism din Italia, pentru care a încasat 905 euro, sumă pentru care nu s-au prezentat documente justificative. Instanța de control judiciar a constatat că singurul motiv de apel invocat de parte este reprezentat de nelegalitatea procesului-verbal de contravenție întocmit pe seama sa, ca urmare a nerespectării prevederilor art. 17 din O.G. nr. 2/2001.

În acest context, apelanta a reiterat **motivul de nelegalitate invocat prin plângerea contravențională, potrivit căruia întreprinderea individuală nu are calitatea de subiect activ al contravenției, ca urmare a faptului că aceasta nu este persoană juridică.**

Sub aspectul legalității actului sancționator, în acord cu aprecierile instanței de fond, tribunalul a constatat că procesul-verbal de constatare a contravenției cuprinde o descriere corespunzătoare și suficientă a faptei reținută în sarcina petentei Î.I.D.C.F., care i-a permis acesteia să evalueze temeiul angajării răspunderii contravenționale și să exercite calea de atac prevăzută de lege împotriva acestuia.

Cu referire la susținerile apelantei conform cărora nu are calitatea de subiect activ al contravenției, o astfel de calitate având-o titularul întreprinderii individuale, instanța de control judiciar a apreciat, din interpretarea prevederilor O.G. nr. 2/2001, că pot avea calitatea de contravenienți persoanele fizice și persoanele juridice, sancțiunea amenzii contravenționale putând fi aplicată atât persoanelor fizice, cât și celor juridice (art. 6 alin.(2)).

Tribunalul a considerat că, **în măsura în care o entitate juridică precum întreprinderea individuală poate să figureze în mod legal ca proprietar al unor bunuri, este necesar să se recunoască și posibilitatea acesteia de a răspunde, inclusiv contravențional, pentru modul în care gestionează respectivele bunuri.** S-a apreciat că, în caz contrar, s-ar ajunge la concluzia inacceptabilă ca bunurile intrate în patrimoniul unei astfel de entități juridice să poată fi utilizate în orice mod, entitatea urmând a dispune după bunul plac de prerogativele pe care dreptul de proprietate i le conferă, fără a răspunde însă contravențional pentru eventualele fapte contravenționale săvârșite în legătură cu bunurile din propriul patrimoniu, ceea ce în mod evident nu poate fi acceptat.

În ceea ce privește temeinicia procesului-verbal de contravenție seria DGAF nr. 0124555/26.03.2017, s-a reținut că petenta nu a formulat apărări în ceea ce privește netemeinicia sancționării sale contravenționale, nici prin plângerea contravențională formulată, nici prin motivele de apel.

Analizând sancțiunile aplicate, **Tribunalul a apreciat că amenda în cuantumul de 5.000 lei și sancțiunea confiscării bunurilor au fost corect individualizate de organul constatat, în raport cu dispozițiile art. 21 alin. 3 din OG nr. 2/2001, art. 2 alin.1 și art. 3 din Legea nr. 12/1990, fiind proporționale cu gravitatea faptei și împrejurările în care a fost săvârșită, în speță neexistând elemente care să justifice reindividualizarea sau înlăturarea lor.**

Prin urmare, reținând că motivele de apel sunt neîntemeiate, hotărârea instanței de fond fiind legală și temeinică, instanța de control judiciar, în temeiul prevederilor art.479 alin. (1) C.proc.civ. coroborat cu art. 480 alin. (1) C.proc.civ., a respins ca nefondat apelul.

În ce ne privește, considerăm că **soluția instanței nu este la adăpost de critici, din dublă perspectivă: pe de o parte, constatarea conform căreia chiar dacă sancțiunea a fost aplicată persoanei juridice, cuantumul acesteia de 5000 lei, se încadrează în limitele de sancțiune prevăzute pentru persoanele fizice (500 – 5000 lei) apare ca încălcând principiul răspunderii juridice subiective, întemeiată pe intenție sau pe culpă, după caz, precum și principiul răspunderii contravenționale personale.** De asemenea, este unanim aplicată în jurisprudența națională aprecierea statuată cu caracter de principiu de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului conform căreia acuzația în materie contravențională este asimilată unei acuzații în materie penală, astfel încât sarcina probei existenței faptei contravenționale și a vinovăției autorului ei revine organului constatat, contravenientul nefiind obligat să își probeze nevinovăția⁸, având doar posibilitatea de a produce contraprobe față de cele reținute prin actul contestat.

Apreciem că nu poate rămâne neobservată și omisiunea instanței de a face aplicarea deciziei pronunțată de instanța supremă chemată să dezlege o chestiune de drept aflată pe rolul instanțelor, astfel cum aceasta a interpretat existența răspunderii penale a întreprinderii individuale ca persoană juridică, rațiunile reținute de Înalta Curte de Casație și Justiție în considerentele Deciziei nr.1/2016 - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală fiind pe deplin aplicabile, în opinia noastră, și în cazul răspunderii contravenționale a întreprinderii individuale sancționată ca persoană juridică, mutatis mutandis.

Astfel, răspunderea persoanelor juridice privește entitățile cărora dreptul intern le conferă acest statut, nu și cele cărora legea internă le refuză, în mod expres, statutul de persoană juridică, cum este cazul întreprinderii individuale. Or, dacă s-a apreciat cu caracter obligatoriu, în interpretarea legii, așa cum am arătat, că nefiind o persoană juridică, acest tip de întreprindere nu poate răspunde penal în condițiile prevăzute de art. 135 din Codul penal, este cert că o astfel de entitate nu poate răspunde nici contravențional ca persoană juridică. Altfel spus, ori de câte ori legea contravențională sancționează persoana juridică pentru comiterea unei contravenții **săvârșite în realizarea obiectului său de activitate în calitate de persoană juridică**, această sancțiune nu poate fi aplicată întreprinderii individuale, întrucât aceasta nu este persoană juridică în accepțiunea legii, concluzie care se desprinde din argumentele expuse, fiind statuată de instanța supremă cu caracter obligatoriu.

Consecințele unei astfel de concluzii se răsfrâng, desigur, pe tărâmul răspunderii contravenționale al acestor entități juridice și al necesității adaptării legislației actuale în materie acestei interpretări, neputând fi lăsate în afara

⁸ Mircea Ursuța, *Procedura contravențională*, Editura Universul Juridic, București, 2008, Tomul 2, pag. 279.

ilicitudinii contravențional o serie de fapte comise de întreprinderea individuală, ca subiect distinct de drept de persoana fizică care o conduce și/sau reprezintă, pentru singura rațiune că legiuitorul a omis să menționeze printre potențialii subiecți activi ai contravenției și întreprinderea individuală.

Pentru a îndrepta acest neajuns, considerăm că, **de lege ferenda**, ori de câte ori legiuitorul apreciază că se impune sancționarea unor fapte săvârșite de o astfel de entitate juridică, având în vedere că **subiectul de drept angajat în relațiile cu terții este întotdeauna întreprinzătorul persoană fizică, el, iar nu întreprinderea**, fiind cel căruia legiuitorul îi recunoaște calitatea de comerciant, **să prevadă că pentru astfel de fapte răspunde persoana fizică, titularul întreprinderii individuale**, în această calitate, întrucât, așa cum rezultă din analiza dispozițiilor art. 24 și 26 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare, **subiectul de drept angajat în relațiile cu terții este întotdeauna întreprinzătorul persoană fizică, el, iar nu întreprinderea**, fiind cel căruia legiuitorul îi recunoaște calitatea de comerciant. Întreprinderea individuală nu este nici titulara unui patrimoniu propriu, afectat ființării sale ca entitate distinctă de întreprinzătorul titular. Sub acest aspect, prevederile art. 26 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare statuează expres că persoana răspunzătoare patrimonial este întreprinzătorul, persoană fizică titular, care poate răspunde cu patrimoniul de afectățune „dacă acesta a fost constituit”.

Pe de o parte, observând că exprimarea legiuitorului relevă caracterul facultativ al constituirii patrimoniului de afectățune, în contrast cu obligativitatea constituirii unui patrimoniu propriu de către orice entitate susceptibilă a fi calificată persoană juridică, este necesară o intervenție legislativă și sub acest aspect, întrucât o sancțiune pecuniară aplicată unei persoane fizice care să se poate sustrage executării ei pe temeiul inexistenței unui patrimoniu de afectățune constituit în mod obligatoriu fiind lipsită de finalitate și de rațiunea instituirii ei.

Pe de altă parte, se impune observația de principiu că patrimoniul persoanei juridice, ca element constitutiv al acesteia, nu se confundă cu patrimoniul de afectățune, primul constituind totalitatea drepturilor și obligațiilor patrimoniale care au ca titular însăși persoana juridică, pe când cel de-al doilea, doar o formă de divizare a patrimoniului unic, o masă în cadrul acestuia din urmă, cu o anumită afectățune.

Mai mult, reglementând răspunderea întreprinzătorului titular cu patrimoniul de afectățune, rezultă că legiuitorul a înțeles, o dată în plus, **să reconfirme persoană fizică, întreprinzător** în înțelesul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare, drept unic subiect de drept implicat în raporturile disciplinate de acest act normativ, doar ea având capacitatea de a-și asuma obligații patrimoniale și a răspunde, prin urmare, fie cu masa de afectățune, fie cu propriul patrimoniu.

Din analiza sistematică a prevederilor art. 7-15 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare **rezultă că titularul obligației de înregistrare/autorizare este întreprinzătorul persoană fizică, subiect de drept distinct, nicidecum întreprinderea individuală**. În acest sens, art.7 alin. (1) prevede că „*Persoanele fizice prevăzute la art. 4 (...) lit. b) au obligația să solicite înregistrarea în registrul comerțului și autorizarea funcționării, înainte de începerea activității economice, ca (...) întreprinzători persoane fizice titulari ai unei întreprinderi individuale*”.

Intenția legiuitorului de a exclude o posibilă asimilare a întreprinderii individuale unei persoane juridice rezultă și din analiza prevederilor inserate în cap. III secțiunea a 2-a a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare relative la „*regimul juridic al întreprinzătorului persoană fizică titular al întreprinderii individuale*”.

Sub un prim aspect, denumirea legală a acestei secțiuni pune în lumină, fără echivoc, subiectul de drept destinat, titular al ansamblului de drepturi și obligații pe care legea le instituie, acesta fiind întreprinzătorul persoană fizică.

În al doilea rând, pentru clarificarea efectelor pe care înregistrarea în registrul comerțului le are asupra întreprinderii individuale, legiuitorul a prevăzut în mod expres că, de la data înregistrării sale, „*întreprinzătorul titular al întreprinderii individuale este comerciant persoană fizică*” (art. 23). **Acesta, iar nu întreprinderea individuală, dobândește, așadar, ca efect al înregistrării în registrul comerțului, drepturile și obligațiile ce derivă din calitatea de comerciant.**

Dimpotrivă, intenția neechivocă a legiuitorului în raport cu acest tip de întreprindere [afirmată în cuprinsul art. 2 lit. g)] este reiterată în conținutul art. 22, potrivit căruia „*întreprinderea individuală nu dobândește personalitate juridică prin înregistrarea în registrul comerțului*” și, drept urmare, nu are aptitudinea de a-și asuma drepturi și obligații specifice unui comerciant.

Prevederile art. 24-26 constituie argumente normative suplimentare în susținerea aceleiași concluzii, ele statuând în sensul că întreprinzătorul persoană fizică - titular al întreprinderii individuale - este cel care, în calitate de „angajator persoană fizică”, poate angaja terțe persoane, are dreptul de a fi asigurat în sistemul public de pensii ori în sistemul asigurărilor sociale de sănătate și tot el răspunde pentru „obligațiile sale” cu patrimoniul de afectățune, dacă acesta a fost constituit și, în completare, cu întreg patrimoniul, iar în caz de insolvență, va fi supus procedurii simplificate prevăzute de Legea nr. 85/2006.

Prin urmare, analiza normelor legale invocate legitimează **concluzia că întreprinderea individuală nu constituie o persoană juridică recunoscută de lege, în înțelesul art. 188 teza I din Codul civil,**⁹ instanța supremă evaluând și dacă, în pofida exprimării legiuitorului, o atare formă de organizare ar putea fi considerată, totuși, o persoană juridică în sensul tezei a II-a a normei civile¹⁰.

În contextul interpretării sistematice a normelor legale incidente **rezultă că, în principiu, calitatea de persoană juridică nu se confundă cu noțiunea de „persoană juridică”,** cea dintâi având semnificația unei recunoașteri, prin legi speciale ori în condițiile Codului civil, a statutului de subiect de drept anumitor entități, recunoaștere necondiționată însă de îndeplinirea, în fiecare caz, a elementelor constitutive cerute de lege pentru existența „persoanei juridice”¹¹.

Altfel spus, pot avea calitatea de persoană juridică atât acele forme de organizare care, deși nu îndeplinesc condițiile prevăzute de art. 187 din Codul civil, sunt recunoscute în mod expres de legiuitor ca persoane juridice, după cum pot avea o astfel de calitate și entități legal înființate, care îndeplinesc toate elementele constitutive ale unei persoane juridice, fără a li se recunoaște însă în mod explicit, neechivoc, acest statut, prin acte normative (altele decât Codul civil).

În schimb, interpretarea logică a acelorași dispoziții legale conduce la concluzia că **nu poate avea calitatea de persoană juridică o entitate căreia, și în ipoteza întrunirii cumulative a elementelor constitutive prevăzute de art. 187 din Codul civil, legiuitorul îi refuză expres, în termeni neechivoci, recunoașterea calității de persoană juridică.**

Prin urmare, câtă vreme instanța supremă a apreciat că întreprinderea individuală nu este implicată ca subiect de drept în raporturile juridice reglementate de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008, cu modificările și completările ulterioare, deoarece **nu are calitatea de persoană juridică în înțelesul normelor Codului civil și nu poate fi, în sine, nici destinatar al actelor normative civile ori al dispozițiilor legislației penale, apreciem că aceasta nu poate răspunde nici contravențional.**

Credem că o atare concluzie conduce fără echivoc la o alta, susținută de aceleași argumente, concluzie conform căreia, *de lege lata*, întreprinderea individuală nu poate fi subiect activ al unei contravenții în cazul în care prin aceasta se sancționează nerespectarea unor prevederi legale de către persoana juridică. Aceeași soluție credem că se impune a fi pronunțată, pe temeiul lipsei calității de subiect activ al contravenției, în toate cazurile *pendinte* pe rolul instanțelor judecătorești în care a fost sancționată întreprinderea individuală în calitate de persoană juridică, cu consecința anulării ca nelegal a procesului-verbal de contravenție contestat și a exonerării de sancțiuni aplicate, făcându-se aplicarea deciziei amintite.

⁹ Pentru detalii, a se vedea <http://www.legal-land.ro/codul-civil-adnotat/art-188-calitatea-de-persoana-juridica/>

¹⁰ Pentru detalii, a se vedea <http://www.legal-land.ro/contravenitii-intreprinderea-individuala-nu-este-persoana-juridica/>

¹¹ Ioana Maria Costea, *PFA ori ÎI – este sau nu o persoană juridică?*, disponibil pe <https://ioanacostea.ro/2016/03/17/pfa-ori-ii-este-sau-nu-o-persoana-juridica/>

RĂSPUNDEREA PENALĂ A FUNCȚIONARILOR PUBLICI

Mihnea Alexandru CERCHEZ*

Abstract : *The public administration is established on the legality principle, enforcing the law as it is, the infringement of the law, as the commitment of some facts that defy the protected laws , this supposes the juridical responsibility in its numerous forms. The judicial institution stated that the responsibility of the civil servant can be consisted in: disciplinary responsibility on the basis of the infringement of the disciplinary norms mentioned in the service report; contraventional liability for the assumption of committing some antisocial facts considered as minor offences by the law; patrimonial responsibility on the basis of the provisions of Law no. 52 from the Constitution of Romania and the Law no.554/2004 of the contentious administrative; civil responsibility as a consequence of the personal facts of the civil servants, by causing some damages to the third, independently by the responsibilities of the public position; penal responsibility when the civil servant commits facts that are considered offences in the Penal Code or by the special laws. As far as the provisions are concerned, the Status of the civil servants, the guilty infringement of the service duties by the civil servants leads to disciplinary responsibility, contraventional liability, civil and penal responsibility and the responsibility of the civil servant for the offences committed during the service or that are in connection with the responsibilities of the position that he occupies, is related to the penal law.*

Key words: *public administration; penal responsibility; civil servant; offence; the functions of the public position.*

1. Considerații introductive

Constituția României cuprinde dispoziții care reprezintă cadrul principal de reglementare a răspunderii juridice a funcționarilor publici. În accepțiunea dispozițiilor legii fundamentale, respectiv art. 16 alin. (3) : „Funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condițiile legii, de persoane care au cetățenia română și domiciliul în țară, statul român garantând egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea funcțiilor și demnităților publice”, iar raportat la dispozițiile art. 73 alin. (3) lit. j): „Reglementarea Statutului funcționarilor publici se face numai prin lege organică”.

Statutul funcționarilor publici a fost adoptat prin Legea nr. 188/ 1991, lege care a suferit numeroase modificări și completări, cele mai importante fiind cele aduse prin Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției și, ulterior, prin Legea nr. 251/2006 pentru modificarea și completarea Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici.¹

Statutul funcționarilor publici definește funcționarul public prin dispozițiile art. 2 alin. (2) ca fiind „persoana numită, în condițiile legii, într-o funcție publică”. Potrivit dispozițiilor statutare, persoana care a fost eliberată din funcția publică și se află în corpul de rezervă al funcționarilor publici își păstrează calitatea de funcționar public. Funcția publică reprezintă, potrivit dispozițiilor art 2 alin. (1) din Statut ansamblul atribuțiilor și responsabilităților, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor de putere publică de către administrația publică centrală, administrația publică locală și autoritățile administrative autonome.

Dispozițiile Constituției cuprinse la art. 16 ale alin. (3) coroborate cu dispozițiile art. 73 alin. (3), lit j), dar și dispozițiile Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici constituie temeiul constituțional, dar și cadrul legal pentru regimul juridic general al funcției publice².

Dispozițiile Statutului nu se aplică tuturor celor numiți într-o funcție publică. Astfel, nu intră sub incidența Statutului personalul contractual salariat din aparatul propriu al autorităților și instituțiilor publice, care desfășoară activități de secretariat, administrative, protocol, gospodărire, întreținere-reparații și de deservire, paza, precum și altor categorii de personal care nu exercită prerogative de putere publică; personalului salariat încadrat, pe baza încrederii personale, la cabinetul demnitarului, corpului magistratilor, cadrelor didactice, persoanelor numite sau alese în funcții de demnitate publică³.

În Codul penal al României noțiunea de funcționar public are o accepțiune mult mai largă, spre deosebire de accepțiunea consacrată în Statutul funcționarilor publici. Din perspectiva dreptului penal, este lipsit de relevanță titlul însărcinării și modalitatea investirii (alegere, numire, repartizare), pentru existența calității de funcționar public, fiind suficient ca subiectul activ al infracțiunii să îndeplinească o însărcinare în serviciul unei autorități publice, instituții publice sau altei persoane juridice de interes public⁴.

* Mediator, SCPM „Cerchez & Asociații”; e-mail: cerchezalex@yahoo.com

¹ Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicat în Monitorul Oficial, al României, nr. 365 din 29.05.2007

² Mihăilescu M. E., *Drept administrativ. Parte generală*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 404.

³ Mastacan O., *Răspunderea penală a funcționarului public, ediția a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2010*, <https://www.ujmag.ro/drept/drept-penal/raspunderea-penala-a-funcionarului-public-editia-a-iv-a>

⁴ Codul penal al României - Legea nr. 286 din 17 iulie 2009, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 510 din 24.07.2009.

Raportat la aceste considerente, este esențial să primeze, în comportamentul funcționarilor publici responsabilitatea, „îndeplinirea funcției cu o convingere ce derivă din înțelegerea fenomenelor și a sarcinilor sale, convins fiind că slujirea cu credință a interesului public este baza comportamentului său profesional și moral”⁵.

Administrația publică se întemeiază pe principiul legalității, aplicarea legii în litera și spiritul ei, abaterea de la lege urmarea săvârșirii unor fapte de natură să aducă atingere valorilor ocrotite angajează răspunderea juridică, în multiplele ei forme. Doctrina a statuat în sensul că, răspunderea funcționarului public poate fi angajată sub următoarele forme: răspunderea disciplinară, întemeiată pe încălcarea normelor disciplinare, specifice raportului de serviciu, răspunderea contravențională, pentru ipoteza săvârșirii unor fapte antisociale consacrate de lege drept contravenții, răspunderea patrimonială, întemeiată pe dispozițiile art. 52 din Constituția României⁶ și Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, răspunderea civilă, urmarea faptele personale ale funcționarilor publici, cauzatoare de prejudicii terților, independent de exercițiul funcției publice, răspunderea penală, care se angajează atunci când funcționarul public săvârșeste fapte incriminate ca infracțiuni de Codul penal sau de legile speciale.

Raportat la dispozițiile art. 75 coroborate cu dispozițiile art. 86 Statutul funcționarilor publici, încălcarea de către funcționarii publici, cu vinovăție, a îndatoririlor de serviciu atrage răspunderea disciplinară, contravențională, civilă sau penală, după caz, iar răspunderea funcționarului public pentru infracțiunile săvârșite în timpul serviciului sau în legătură cu atribuțiile funcției publice pe care o ocupă, se angajează potrivit legii penale.

Pe cale de consecință, angajarea răspunderii penale a funcționarului public, are loc în condițiile reglementate de Codul Penal și Codul de Procedură Penală ale României.

Codul Penal reglementează, prin dispozițiile sale, infracțiuni a căror săvârșire angajează răspunderea penală a funcționarilor publici, respectiv infracțiunile de corupție și infracțiunile de serviciu, infracțiunile de fals sau infracțiunile la regimul stabilit pentru anumite activități economice, precum: luarea de mită, darea de mită, traficul de influență, cumpărarea de influență, delapidarea, purtarea abuzivă, abuzul în serviciu, neglijența în serviciu, folosirea abuzivă a funcției în scop sexual, uzurparea funcției, conflictul de interese, folosirea de informații privilegiate, divulgarea informațiilor secrete de stat, divulgarea informațiilor secrete de serviciu sau nepublice, neglijența în păstrarea informațiilor, obținerea ilegală de fonduri, deturnarea de fonduri, falsificarea de monede, timbre și alte valori, falsul material în înscrisuri oficiale și falsul intelectual, deturnarea de fonduri, divulgarea secretului economic etc.⁷

Noul Cod penal definește infracțiunea, singurul temei al răspunderii penale, ca fiind fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o. Analizând dispozițiile art 15 din noul Cod penal care trasează definiția infracțiunii, pot fi identificate trăsăturile esențiale ale infracțiunii și anume: fapta să fie prevăzută de legea penală (tipicitatea), fapta să fie ilicită (antijuridicitatea) și fapta să fie imputabilă (imputabilitatea). În ipoteza în care se constată lipsa unei trăsături esențiale a infracțiunii, soluțiile instituite de legea penală sunt clasarea, dispusă de procuror și achitarea inculpatului dispusă de către instanța de judecată.

Cod penal actual, spre deosebire de Codul penal anterior nu reglementează pericolul social al faptei, ca trăsătură esențială a infracțiunii și, pe cale de consecință, pentru infracțiunile care prezintă un grad redus de pericol social, pentru care nu se legitimizează declanșarea sau continuarea procesului penal, procurorul sau instanța de judecată, aplicând principiul oportunității, pot dispune renunțarea la urmărire penală, potrivit dispozițiilor art. 318 Cod procedură penală sau renunțarea la aplicarea pedepsei, potrivit dispozițiilor art. 80 din Noul Cod penal.

În acord cu prevederile noului Cod penal, vinovăția este subsumată conceptului de imputabilitate. Vinovăția, deși reglementată de legiuitor printre trăsăturile esențiale ale infracțiunii, nu constituie, de facto, o trăsătură esențială a infracțiunii, ci doar un element de ordin subiectiv din cuprinsul normei de incriminare - intenție, culpă, praeterintenție - analizat în cadrul tipicității infracțiunii.

Angajarea răspunderii penale, în general, a funcționarului public, în special, este posibilă doar în măsura în care dispozițiile procesual penale permit exercitarea acțiunii penale în vederea tragerii la răspundere penală a persoanei vinovate. Există și situații în care legea penală înlătură sau exclude această aptitudine funcțională, în sensul că acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, iar dacă a fost pusă în mișcare nu mai poate fi exercitată în cazurile expres consacrate prin dispozițiile art. 16 Cod procedură penală⁸. Cazurile reglementate prin dispozițiile art. 16 pot fi clasificate în două categorii de impedimente relative la punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale: impedimente rezultând din lipsa de temei a acțiunii penale și impedimente rezultând din lipsa de obiect a acțiunii penale⁹.

⁵ Slăniceanu I. P., *Teoria Funcției Publice*, Editura Evrika, Brăila, 1999, p. 389.

⁶ Constituția României revizuită în anul 2003, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 767 din 31.10. 2003.

⁷ Codul penal al României - Legea nr. 286 din 17 iulie 2009, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 510 din 24.07.2009.

⁸ Neagu I, Damaschin M, *Tratat de procedură penală*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 270.

⁹ Codul de procedură penală al României – Legea nr. 135 din 1 iulie 2010, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 486 din 15.07.2010.

Cauzele sau impedimentele care reuzultă din lipsa de temei a acțiunii penale, instituite prin dispozițiile art. 16 lit. a-d Cod procedură penală sunt: fapta nu există, fapta nu este prevăzută de legea penală, fapta nu a fost săvârșită cu vinovăția prevăzută de lege, nu există probe că o persoană a săvârșit infracțiunea, există o cauză justificativă sau de neimputabilitate. În ceea ce privește cauzele care rezultă din lipsa de obiect a acțiunii penale, consacrate prin dispozițiile art. 16 lit. e-j Cod procedură penală sunt: lipsește plângerea prealabilă, autorizarea sau sesizarea organului competent ori o altă condiție prevăzută de lege, necesară pentru punerea în mișcare a acțiunii penale; a intervenit amnistia sau prescripția, decesul suspectului ori a inculpatului persoană fizică sau s-a dispus radierea suspectului sau inculpatului persoană juridică; a fost retrasă plângerea prealabilă, în acele cazuri în care retragerea plângerii prelabile înlătură răspunderea penală, a intervenit împăcarea sau a fost încheiat un acord de mediere în condițiile legii; există o cauză de nepedepsire prevăzută de lege; există autoritate de lucru judecat; a intervenit un transfer de proceduri cu un alt stat, potrivit legii.

Răspunderea penală poate fi definită ca fiind un raport juridic penal, de constrângere, născut urmarea săvârșirii unei infracțiuni, raport ce se stabilește între stat și infractor, al cărui conținut constă, pe de o parte, în dreptul statului de a trage la răspundere pe infractor, de a-i aplica pedeapsa prevăzută de legea penală și de a-l constrânge să o execute, iar, pe de altă parte, în obligația infractorului de a răspunde pentru fapta sa și de a se supune sancțiunii aplicate în vederea restabilirii ordinii de drept¹⁰.

Analizând dispozițiile art. 15 noul Cod penal, pot fi trasate următoarele condiții ale angajării răspunderii penale:

Săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală (tipicitatea). Conform dispozițiilor art. 15 alin. 2 din noul Cod penal, infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale. Se reclamă astfel, preexistența normei juridice, în temeiul căreia fapta este incriminată ca infracțiune – fapt abstract și săvârșirea unei acțiuni sau inacțiuni care aduce atingere preceptului normei de incriminare, infracțiunea prefigurându-se astfel ca un fapt perturbator al ordinii sociale și care impune reacția socială în vederea restabilirii ordinii sociale astfel încălcate. În acord cu dispozițiile art. 16 lit. a) și lit. b) Cod procedură penală, acțiunea penală nu poate fi exercitată dacă fapta nu există sau dacă aceasta nu este prevăzută de legea penală și, prin urmare, răspunderii penale nu poate fi angajată.

Fapta săvârșită să fie imputabilă și să nu fie justificată. Imputabilitatea este acea situație juridică în care se află persoana care a săvârșit cu vinovăție o faptă prevăzută de legea penală¹¹. Făptuitorul trebuie să fie responsabil, ceea ce presupune aptitudinea psiho-fizică de a înțelege semnificația și consecințele faptelor sale (factorul intelectual) și de a fi stăpân pe faptele sale (factorul volitiv). Imputabilitatea reclamă îndeplinirea unei condiții negative, aceea de a nu exista o cauză de neimputabilitate dintre cele instituite prin dispozițiile art. 24-31 Cod penal: constrângerea morală, constrângerea fizică, excesul neimputabil, minoritatea făptuitorului, iresponsabilitatea, intoxicația, eroarea și cazul fortuit. Caracterul nejustificat al faptei prevăzute de legea penală reprezintă o altă condiție necesară pentru exercitarea acțiunii penale în vederea tragerii la răspundere penală. Calificarea unei fapte ca fiind nejustificată implică îndeplinirea unei alte condiții negative, aceea de a nu exista o cauză justificativă dintre cele consacrate prin dispozițiile art. 19-22 Cod penal, respectiv: legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații și consimțământul persoanei vătămate.

Inculpatul să fi participat la săvârșirea infracțiunii în calitate de autor, coautor, instigator sau complice și să aibă capacitate juridică penală. Aceasta cerință este consacrată prin dispozițiile art. 16 lit. c) Cod procedură penală care instituie un impediment rezultând din lipsa de temei a acțiunii penale, care împiedică astfel exercitarea acțiunii penale în acele situații în care fapta nu a fost săvârșită de inculpat, răspunderea penală fiind o răspundere pentru fapta proprie.

Prin sintagma „săvârșirea unei infracțiuni” se înțelege săvârșirea uneia dintre faptele sancționate de legea penală ca infracțiune consumată sau în stare de tentativă, precum și participarea la săvârșirea acestora în calitate de autor, instigator sau complice. Capacitatea juridică penală implică aptitudinea unei persoane de a răspunde din punct de vedere penal pentru fapta săvârșită. Capacitatea juridică se prefigurează ca fiind aptitudinea psiho-fizică a infractorului de a săvârși o infracțiune, asumându-și consecințele acesteia, respectiv restrângerea sau privarea sa de drepturi și libertăți, urmarea pedepselor aplicate.

Să nu fi intervenit o cauză care înlătură răspunderea penală, condiție negativă consacrată prin dispozițiile art. 16 lit. e-j, Cod procedură penală, care reglementează impedimentele rezultând din lipsa de obiect a acțiunii penale, respectiv: lipsește plângerea prealabilă, autorizarea sau sesizarea organului competent ori o altă condiție prevăzută de lege, necesară pentru punerea în mișcare a acțiunii penale; a intervenit amnistia sau prescripția, decesul suspectului ori a inculpatului persoană fizică sau s-a dispus radierea suspectului sau inculpatului persoană juridică; a fost retrasă plângerea prealabilă, în acele cazuri în care retragerea plângerii prelabile înlătură răspunderea penală, a intervenit împăcarea sau a fost încheiat un acord de mediere în condițiile legii; există o cauză de nepedepsire prevăzută de lege; există autoritate de lucru judecat; a intervenit un transfer de proceduri cu un alt stat, potrivit legii.

¹⁰ Bulai C., *Manual de drept penal. Parte generală*, Editura All Beck, București, 1997, p. 308.

¹¹ Antoniu G., Bulai C., *Dicționar de drept penal și procedură penală*, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 425.

În ceea ce privește consecințele răspunderii penale asupra raporturilor de serviciu ale funcționarilor publici, învederăm faptul că, potrivit dispozițiilor art. 86 alin. (2) din Statutul funcționarilor publici, în cazul în care funcționarul public este trimis în judecată pentru săvârșirea uneia dintre următoarele infracțiuni, respectiv infracțiuni contra umanității, contra statului sau contra autorității, infracțiuni de corupție și de serviciu, infracțiuni care împiedică înfăptuirea justiției, infracțiuni de fals ori a unei infracțiuni săvârșite cu intenție care ar face-o incompatibilă cu exercitarea funcției publice, persoana care are competența legală de numire în funcția publică va dispune suspendarea funcționarului public din funcția publică pe care acesta o deține. Astfel, conform dispozițiilor art. 94 alin. (1) din Statut, raportul de serviciu se suspenda de drept atunci când funcționarul public se află în una dintre următoarele situații: este arestat preventiv sau se află în arest la domiciliu și în cazul în care s-a dispus trimiterea în judecată pentru săvârșirea de infracțiuni contra umanității, contra statului sau contra autorității, infracțiuni de corupție și de serviciu, infracțiuni care împiedică înfăptuirea justiției, infracțiuni de fals ori a unei infracțiuni săvârșite cu intenție care ar face-o incompatibilă cu exercitarea funcției publice.¹² Raportat la dispozițiile art. 86 alin. (5) din Statut, din momentul punerii în mișcare a acțiunii penale, în situația în care funcționarul public poate influența cercetarea, persoana care are competența numirii în funcția publică are obligația să dispună mutarea temporară a funcționarului public în cadrul altui compartiment sau altei structuri fără personalitate juridică a autorității ori instituției publice¹³.

În cazul în care s-a dispus clasarea sau renunțarea la urmărirea penală ori achitarea sau renunțarea la aplicarea pedepsei ori amânarea aplicării pedepsei, precum și în cazul încetării procesului penal, suspendarea din funcția publică încetează, iar funcționarul public respectiv își va relua activitatea în funcția publică deținută anterior și îi vor fi achitate drepturile salariale aferente perioadei de suspendare, potrivit art. 86 alin. (3) din Statut. În situația în care nu sunt întrunite condițiile pentru angajarea răspunderii penale, iar fapta funcționarului public poate fi considerată abatere disciplinară, va fi sesizată comisia de disciplină competentă.

Raportat la dispozițiile art. 94 alin. (2) din Statut, în termen de 15 zile calendaristice înainte de data încetării motivului de suspendare de drept, dar nu mai târziu de data luării la cunoștință de motivul încetării suspendării de drept, funcționarul public este obligat să informeze în scris persoana care are competența legală de numire în funcția publică despre acest fapt. Neinformarea persoanei care are competența legală de numire în funcția publică atrage încetarea de drept a raportului de serviciu al funcționarului public, cu excepția cazului în care funcționarul public a fost arestat preventiv sau se află în arest la domiciliu. Persoana care are competența legală de numire în funcția publică are obligația să asigure, în termen de 5 zile de la expirarea termenului prevăzut sus menționat, condițiile necesare reluării activității de către funcționarul public¹⁴.

În acord cu dispozițiile art. 95 alin. (4) din Statut, suspendarea raportului de serviciu se constată în cazurile de suspendare de drept și în alte cazuri reglementate prin legi speciale, prin act administrativ al persoanei care are competența numirii în funcția publică. Potrivit dispozițiilor statutare, reluarea activității se dispune prin act administrativ al persoanei care are competența legală de numire în funcția publică. Actul administrativ prin care se constată precum și cel prin care se dispune reluarea activității de către funcționarul public se comunică Agenției Naționale a Funcționarilor Publici, în termen de 10 zile lucrătoare de la data emiterii.

Pe perioada suspendării raportului de serviciu autoritățile și instituțiile publice au obligația să rezerve postul aferent funcției publice. Ocuparea acestuia se face, pe o perioadă determinată, în condițiile legii. Pe perioada suspendării, raporturile de serviciu ale funcționarilor publici nu pot înceta și nu pot fi modificate decât din inițiativa sau cu acordul funcționarului public în cauză. Perioada suspendării raporturilor de serviciu în cazurile în care funcționarul public este arestat preventiv sau se află în arest la domiciliu și în cazul în care s-a dispus trimiterea în judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni nu se consideră vechime în funcția publică.

În conformitate cu prevederile articolului 98 din Statut, raportul de serviciu existent încetează de drept: când prin hotărâre judecătorească definitivă s-a dispus condamnarea pentru săvârșirea infracțiunilor contra umanității, contra statului sau contra autorității, infracțiunilor de corupție și de serviciu, infracțiuni care împiedică înfăptuirea justiției, infracțiuni de fals ori a unei infracțiuni săvârșite cu intenție care ar face-o incompatibilă cu exercitarea funcției publice, ori s-a dispus aplicarea unei pedepse privative de libertate, la data rămânării definitive a hotărârii, dar și ca urmare a interzicerii exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică sau de a exercita profesia ori activitatea în executarea căreia a săvârșit fapta, ca pedepse complementare, sau ca urmare a interzicerii ocupării unei funcții sau a exercitării unei profesii, ca măsură de siguranță, de la data rămânării definitive a hotărârii judecătorești prin care s-a dispus interdicții¹⁵.

¹² Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicat în Monitorul Oficial, al României, nr. 365 din 29.05.2007.

¹³ Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicat în Monitorul Oficial, al României, nr. 365 din 29.05.2007.

¹⁴ Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicat în Monitorul Oficial, al României, nr. 365 din 29.05.2007.

¹⁵ Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicat în Monitorul Oficial, al României, nr. 365 din 29.05.2007.

Potrivit dispozițiilor statutare, constatarea cazului de încetare de drept a raportului de serviciu se face, în termen de 5 zile lucrătoare de la intervenirea lui, prin act administrativ al persoanei care are competența legală de numire în funcția publică. Actul administrativ prin care s-a constatat încetarea de drept a raporturilor de serviciu se comunică Agenției Naționale a Funcționarilor Publici, în termen de 10 zile lucrătoare de la emiterea lui.

Raportat la dispozițiile statutare, funcționarul public are obligația să predea lucrările și bunurile care i-au fost încredințate în vederea exercitării atribuțiilor de serviciu, la modificarea, suspendarea și la încetarea raportului de serviciu. Totodată, la încetarea raportului de serviciu funcționarul public nu își păstrează drepturile dobândite în cadrul carierei, dacă raportul de serviciu a încetat din motive imputabile acestuia. Funcționarii publici nu beneficiază de drepturi din bugetul asigurărilor pentru somaj, în ipoteza în care raporturile de serviciu le-au încetat din motive imputabile acestuia.

Analiza actelor normative incidente în diferite ramuri ale răspunderii juridice, ne permite să concluzionăm în sensul că instituția răspunderii penale a funcționarului public este supusă unei continue evoluții, din perspectiva reconfigurării realității sociale, sub imperiul modificărilor legislative.

LEGEA PENALĂ CA INSTRUMENT AL POLITICII PENALE ÎN ULTIMUL SECOL (1918-2018)

Oana Roxana IFRIM*

Abstract: *In the present communication, it is stated that in every social order (1918-2018), criminal policy, criminal law and punishment, expressing the will and the legal conscience of the ruling class in that order, aim at defending against crimes, essential social relations for the existence of that society, relations that ensure the dominant position of the class holding the economic and political power.*

Key words: *criminal law; short history; criminal policy; purpose.*

1. În doctrina dreptului, se admite că politica penală¹ este definită ca ansamblul de procedee susceptibile să fie propuse legiuitorului sau care sunt efectiv folosite de acesta la un moment dat, într-o țară determinată, pentru combaterea fenomenului infracțional sau totalitatea măsurilor și mijloacelor de prevenire și combatere a fenomenului infracțional, precum și a principiilor de elaborare și aplicare a acestor mijloace și măsuri, care exprimă o anumită concepție cu privire la acest fenomen și urmăresc o anumită finalitate².

Într-o altă accepțiune³, politica penală este în egală măsură o știință și o artă⁴, ce constă în a descoperi și folosi în mod rațional cele mai bune soluții posibile pentru diferitele probleme de fond și de formă pe care le ridică fenomenul criminalității.

2. Politica penală este o parte componentă, un domeniu mai restrâns al politicii generale de construire a statului, între scopurile, principiile fundamentale, metodele și mijloacele de înfăptuire, ale politicii generale a statului, pe de o parte și cele ale politicii sale penale pe de altă parte existând o strânsă legătură.

Politica penală are drept scop apărarea împotriva infracțiunilor a relațiilor sociale și a valorilor sociale în jurul și datorită cărora s-au format aceste relații⁵, asigurarea climatului de securitate necesar activității de edificare a noii societăți și de perfecționare continuă a relațiilor sociale, reeducarea elementelor antisociale în vederea transformării lor în membri conștienți ai societății, desființarea cauzelor sociale și individuale ale infracțiunilor și înlăturarea treptată a fenomenului infracțional din viața societății.

3. Politica penală folosește aceleași metode și mijloace, adaptate însă la specificul domeniului luptei cu criminalitatea. În această privință, în doctrina juridică, unii autori⁶ recunosc că problematica prevenirii infracțiunilor este strâns legată de existența criminalității. În orice societate există pe lângă o criminalitate reală fie că este ascunsă sau relevantă o criminalitate latentă cuprinzând ansamblul persoanelor care sub înrâurirea factorilor criminogeni sunt în pericol să alunece pe panta infracțiunilor, lupta contra infracționalismului implică, prin urmare, nu numai măsuri ca persoanele care au săvârșit infracțiuni să nu mai repete fapte dar și luarea de măsuri pentru a împiedica pe cei care sunt pe punctul să comită fapte penale să pășească pe un asemenea drum. De aceea, dreptul penal își aduce așadar contribuția specifică la lupta contra infracționalismului; prin aplicarea pedepselor realizează influențarea infractorului spre a-l determina să nu mai repete infracțiunea (prevenție specială); totodată sancțiunea concretă este de natură să influențeze (prin intimidare) și pe celelalte persoane să se abțină de la comiterea de fapte penale (prevenție generală).

Se evidențiază, astfel, că reacția juridică contra criminalității nu poate să fie îndreptată decât contra criminalității reale, nu latente, deoarece dreptul penal nu poate interveni decât dacă ordinea juridică a fost tulburată prin săvârșirea unei infracțiuni (post factum).

4. Cu privire la istoria dreptului penal, remarcăm că în orice orânduire socială scopul legii penale a fost și este apărarea ordinii sociale respective împotriva crimei ca formă de luptă a „individului izolat împotriva relațiilor

* Conf.univ.dr., Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, Universitatea „Spiru Haret”, București ; e_mail: email: rionescu_2007@yahoo.com

¹ Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, *Drept penal român, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, 2014, p. 31. C.Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, 1997, p.17; Gheorghe Alecu, *Corelația dintre ordinea constituțională, politica penală și legea penală*, RDP. nr. 3 din 2010, p. 41.

² C.Bulai, *Știința politicii penale*, SCJ nr.1 din 1972, pp.71-78; C.Bulai, *Despre fenomenul criminalității și despre politica penală a statului*. RRD, nr.5 din 1970, pp.50-60.

³ R.Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Ed. Cujas, 1967, p.96 citat în Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, *Drept penal român, Partea generală*, p. 31; Gheorghe Alecu, *Corelația dintre ordinea constituțională, politica penală și legea penală*, RDP. nr. 3 din 2010, p. 41.

⁴ Viorel Pașca, *Drept penal, partea generală*, Ed. Universul Juridic, 2014, p. 9

⁵ Vintilă Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale Codului penal roman, vol. III, Editura Academiei Române, București, 1971, p. 7.*

⁶ Rodica Mihaela Stănoiu, *Introducere în criminologie*, Ed. Academiei Române, 1989, p. 28.

dominante”. Amintim, în acest sens, că au fost elaborate de-a lungul timpului numeroase teorii pentru a explica fundamental așa-numitul drept de a pedepsi și pentru a determina scopul pedepsei și funcțiile prin care acest scop poate fi realist cel mai bine⁷. Astfel, observăm că, în literatura de drept penal numeroasele teorii privitoare la fundamental dreptului de a pedepsi au fost sistematizate în 3 grupe și anume: a) teorii absolute, care văd scopul și fundamental pedepsei în însăși natura acesteia. Pedepsa servește sieși drept scop și este consecința juridică, necesară și ineluctabilă a infracțiunii; b) teorii relative, care atribuie pedepsei un fundament și scop în afara pedepsei însăși și anume un scop politic și de utilitate, prevenirea infracțiunii și repararea răului cauzat prin săvârșirea acesteia; c) teorii mixte care tind să asocieze într-un mod convenabil cele două teorii anterior expuse. În doctrina școlii pozitivistice, care a marcat un progress evident în gândirea juridică, dreptul de a pedepsi era o necesitate naturală ineluctabilă, un mijloc de apărare a intereselor sociale legitime⁸.

Din acest punct de vedere, s-a afirmat că, toate aceste teorii pornesc însă de la concepția că dreptul penal, legea penală sunt așezate deasupra claselor, că ele apără interesele întregii societăți. Chiar atunci când nu se constată caracterul de clasă al societății, se atribuie dreptului penal rolul de apărător imparțial al intereselor tuturor claselor sociale. În acest context, s-a afirmat⁹ că teama de dezvăluire a scopului îngust, de clasă, al legii penale împiedica prevederea în lege a acestui scop.

Referindu-ne la sistemul dreptului penal anterior (burghez), se poate observa, că marchează un progres considerabil și în ce privește politica penală și mijloacele de luptă împotriva acestuia. Vechile practici feudale, concepțiile înapoiate cu privire la fenomenul criminalității și la mijloacele de luptă împotriva acestuia au rămas în general de domeniul trecutului. Expresie a voinței noii clase dominante, dreptul penal a consacrat principiile ale politicii penale ca principiu legalității încriminării și a pedepsei, egalitatea în fața legii penale, umanizarea pedepselor ș.a. Dar tocmai pentru că exprimă voința unei minorități exploatoare dreptul penal nu poate înfăptui în realitate aceste principii capitaliste, apărarea proprietății private asupra mijloacelor de producție care consacră dominația capitalului asupra muncii. Firește, acest scop real al pedepsei nu era recunoscut în știința dreptului penal și în legislația anterioară, însă el rezulta limpede din conținutul legislației și din practica aplicării acesteia. Se recunoaștea ca scop al pedepsei „apărarea socială” împotriva infracțiunilor, însă se ignorează faptul că fenomenul infracțional era generat, în ultimă analiză, de înseși contradicțiile societății capitaliste și că „apărarea societății” înseamna de fapt apărarea cauzelor criminalității. De aceea, în sistemul dreptului penal anterior (burghez), pedeapsa apare ca nedreaptă, fiindcă reprimă o faptă la a cărei săvârșire persoana n-a avut posibilitatea de a alege în mod liber între conduita cerută de lege și conduita antisocială. Din această cauză pedeapsa nu putea influența asupra infractorului. Dar chiar dacă o asemenea influență ar fi posibilă ea nu ar avea rezultate durabile, fiindcă după executarea pedepsei condamnatul cade din nou sub influența factorilor criminogeni. Aceiași poziție obiectivistă, de ignorare a caracterului de clasă, era adoptată și de penaliștii contemporani. Dreptul penal era astfel prezentat ca exprimând interesele „națiunii”, „societății” etc., deși în realitate acesta exprima voința și interesele dominante.

Ulterior, legea penală din 1969, era recunoscută ca mijloc indispensabil de realizare a politicii penale a statului, pe latura reacțiunii împotriva fenomenului infracțional. De pildă, scopul legii penale era formulat, în termeni clari, prin dispoziția din art. 1 al Codului penal, prevedea că „Legea penală apără, împotriva infracțiunilor, România, suveranitatea, independența și unitatea statului, proprietatea socialistă, persoana și drepturile acesteia, precum și întreaga ordine de drept”. Din această formulare rezulta cu claritate atât caracterul de clasă, cât și concordanța dintre scopul legii și scopul politicii penale a statului nostru. În interesul societății, legea noastră penală apără, împotriva infracțiunilor, statul ca principal instrument de realizare a politicii în țara noastră și, deci, și de realizare a politicii penale; proprietatea, ca temelie a noii societăți; persoana, a cărei dezvoltare multilaterală constituia scopul întregii activități a statului și în genere ordinea de drept care constituia, de asemenea, o condiție sine qua non a edificării noii societăți.

Scopul legii noastre penale, astfel formulat, era deci acela de a apăra societatea în întregul ei și în interesul întregului popor, caracterul de clasă al legii și politicii noastre penale decurgând din conținutul relațiilor și valorilor sociale ocrotite. Acest scop al legii corespunde scopurilor politicii penale a statului nostru, pe latura reacțiunii împotriva fenomenului infracțional. Dispoziția legală examinată arată că apărarea societății are loc „împotriva infracțiunilor”, ceea ce înseamnă că reacțiunea efectuată pe baza legii penale se îndreaptă împotriva faptelor pe care această lege le prevede ca infracțiuni și numai împotriva acestora. Rămân deci în afara legii penale atât reacțiunea împotriva faptelor care nu constituiau infracțiuni, ci abateri administrative sau disciplinare, cât și întreaga acțiune de prevenire îndreptată împotriva cauzelor sociale ale criminalității și care constituiau cealaltă latură a politicii noastre penale¹⁰.

⁷ Vintilă Dongoroz, în I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. I, București, p. 30–32; vol. III, p. 197–220.

⁸ George Antoniu, *Tratat de drept penal*, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 89 și urm.

⁹ Vintilă Dongoroz, *Studiu introductiv, Explicații teoretice*, vol. I, p. 5.

¹⁰ Mircea Duțu, coordonator, *Vintilă Dongoroz, (1893-1976), Personalitate complexă a dreptului românesc*, Ed. Academiei Române, 2013, p. 189.

Pe lângă aceasta, subliniem faptul că, în codul penal în vigoare și-au găsit reflectarea atât ideile școlii clasice penale cât și ideile școlii pozitiviste. Nu numai, în codul penal în vigoare sunt exprimate și ideile progresiste legate de executarea sancțiunilor penale, pe cât posibil, în mediu deschis, ca arestul la domiciliu, art.218 c.pr.pen., ceea ce subliniază alinierea codului penal roman la marile curente ale științei dreptului penal european¹¹.

5. Cu privire la această problemă, știința penală¹², se recunoaște, în genere, legii penale o funcție preventivă și o funcție represivă. În ce privește funcția preventivă aceasta se înfățișează sub un dublu aspect: o funcție de prevenție generală și o funcție de prevenție specială¹³.

Astfel, prevenția specială se realizează nemijlocit ca efect al suportării pedepsei de condamnat, reprezentând acea finalitate atribuită pedepsei ca mijloc de reeducare. Această formă de prevenție se realizează mai întâi în momentul aplicării pedepsei obligându-l pe infractor să înțeleagă consecințele inevitabile la care se expune acela care încalcă legea penală. În continuare prevenția specială se realizează în procesul executării sancțiunii penale care urmare a suferințelor legate, inevitabil, de executarea pedepsei, doctrina modernă respinge ideea că pedeapsa ar trebui să fie executată în condiții cât mai severe chiar cu cruzime pentru a avea o eficiență maximă preventivă. Pe o asemenea linie de gândire s-ar putea ajunge la suferințe fizice și psihice adăugate suplimentar celor inerente pedepsei ceea ce legea interzice.

Spre deosebire de prevenția special, remarcăm că, prevenția generală se realizează în momentul edictării normei penale deoarece destinatarii legii iau cunoștință de exigențele societății în raport cu purtarea lor; un al doilea moment este acela al aplicării pedepsei unei persoane care a încălcat legea penală, aceasta evidențiază pentru toți cetățenii că pedeapsa poate deveni o realitate dacă nu se conformează de bună voie prescripțiilor legii.

În sfârșit, executarea pedepsei de condamnat exercită și ea o influență preventivă generală. De regulă, această acțiune preventivă nu se exercită nici asupra persoanelor care prin structura și conștiința lor nu concep să nu respecte legea (aceste persoane n-au nevoie de alte îndemnuri să se comporte corespunzător) nici asupra celor care sunt hotărâți să încalce legea pentru a duce o viață ușoară și de plăceri. Influența preventivă generală se exercită asupra persoanelor care se află între cele două categorii adică asupra acelor șovăielnici care se simt tentați să încalce legea, dar care sunt temători și de consecințele pe care o atare conduită le-ar putea atrage.

Mai mult decât atât, arătăm că, acțiunea preventivă generală este reală și eficientă atunci când legea penală este aplicată cu hotărâre și cu promptitudine. Orice carență a autorităților în această direcție poate avea drept urmare o slăbire a eficienței acestei forme de prevenție¹⁴.

5. Este discutabilă în doctrina modernă și dacă prin pedeapsă s-ar putea urmări, cu adevărat, prevențiunea specială (amendarea infractorului) sau prevențiunea generală (intimidarea infractorului) ca scopuri ale pedepsei într-o viziune utilitaristă. În măsura în care pedeapsa trebuie individualizată în raport cu gravitatea faptei, cu împrejurările în care aceasta s-a comis și cu vinovăția făptuitorului înseamnă că n-ar putea fi aplicată niciodată o pedeapsă atât cât ar fi necesar pentru amendarea infractorului și nici cât ar fi necesar pentru exemplaritate ori intimidarea celorlalte persoane; aceste obiective rămân în afara procesului de individualizare a pedepsei. Tot așa n-ar putea fi aplicată o pedeapsă în măsura în care ar fi necesar pentru a determina pe infractor să nu mai comită o nouă infracțiune.

6. Așa cum se observă necesitățile menționate n-ar putea fi identificate decât teoretic deoarece practic nu pot fi măsurate spre a se putea evalua cantitatea de pedeapsă care ar putea să corespundă acestor necesități (de a amenda pe infractor, de a intimida pe ceilalți, de a determina pe infractor să nu mai repete fapta, etc.); ca urmare, orice evaluare a sancțiunii prin această prismă n-ar putea fi decât arbitrară și contradictorie. Numai situându-ne pe criteriul sigur al gravității faptei și al vinovăției infractorului instanța ar putea individualiza corect sancțiunea. Așa se explică de ce fundamentarea pedepsei pe ideea retribuției înțelegea ca însă nu ca ceva arbitrar, ca o răzbunare a societății, ca o suferință în sine, ci ca o răsplată dreaptă, echitabilă pentru fapta comisă, este tot mai mult agreată de autorii contemporani.

7. Din expunerile precedente s-a putut vedea că, în fiecare orânduire socială, politică penală, legea penală și pedeapsa, exprimând voința și conștiința juridică a clasei dominante în acea orânduire, au drept scop apărarea împotriva infracțiunilor, a relațiilor sociale esențiale pentru existența respectivei societăți, relații care asigură poziția dominantă a clasei deținătoare a puterii economice și politice.

¹¹ Oana Roxana Ionescu, Ion Ifrim, *Dreptul penal român într-o viziune europeană*, Ed.Universul Juridic, 2017, p. 35.

¹² Vintilă Dongoroz, *Principalele transformări ale dreptului penal în lumina concepției marxist-leniniste, în „Studii juridice”, Ed. Academiei Române, 1960, p. 399 și urm.; Sinteze asupra noului Cod penal al României, op. cit., p. 9.*

¹³ Vintilă Dongoroz, *Sinteza asupra noului Cod penal al României, în S.C.J., nr. 1/1969, pp. 4-35.*

¹⁴ Dongoroz, *Tratat, 1939, p. 577-579; Vintilă Dongoroz, Explicații teoretice, vol.II, op.cit. p. 11-13.*

OMORUL PRIN OMISIUNE

Mioara-Ketty GUIU

Abstract: In short, this paper ascertains two aspects: on the one hand, the fact that the crime of omitting to aid one whose life is in peril is a crime against life; on the other hand, the fact that it is important that, within the group of crimes against life, it be introduced a new crime, that of omitting to impede death, which should be stipulated within two normative means.

Key words: guarantee obligation; guarantor; personal prior dangerous activity

1. Scurtă privire istorică asupra omorului prin omisiune

În doctrina penală, este controversat faptul dacă infracțiunea de omor se poate comite și prin omisiune (inacțiune).

Încă din secolul al XVI-lea, Antoine Loysel, un celebru jurisconsult francez, afirma că trebuie să răspundă pentru omor și acela care nu a împiedicat moartea unei persoane, deoarece, spunea el, „Cine poate și nu împiedică păcătuiește” („Qui peut et n'empêche, pêche”)¹. Iar această concepție domină și azi gândirea juridică, așa cum dovedește faptul că, în majoritatea doctrinelor europene (italiană, germană, spaniolă, română etc.), infracțiunea de omor este caracterizată ca o „infracțiune în formă liberă”², care se poate comite atât prin acțiune (comisiune) cât și prin inacțiune (omisiune), în acest din urmă caz fiind denumită și „infracțiune de comisiune prin omisiune”³ sau „infracțiune omisivă improprie”⁴.

Cu toate acestea, jurisprudența franceză nu a urmat niciodată consecvent regula preconizată de Loysel, iar, cu timpul, ea a repudiat-o fățiș, observând că «nu poate să existe „comisiune prin omisiune”»⁵ și că este ilegal să aplice norma privitoare la omor unor acte omisive, căci aceasta înseamnă să procedeze la o extindere, prin analogie, a legii penale, ceea ce contravine principiului legalității, ca și regulii că legea penală este de strictă interpretare⁶.

În consecință, în Franța și în țările francofone s-a impus definitiv teza că infracțiunea de omor se poate realiza numai prin comisiune, prin „acte de natură pozitivă”⁷, niciodată prin omisiune (inacțiune). Chiar și doctrina română a susținut această teză, până la intrarea în vigoare a Codului penal din 1936. În acest sens, comentatorii Codului penal român din 1864 arătau că, pentru a pedepsi omorul prin omisiune, este nevoie de o prevedere expresă a legii, și că, în lipsa unei asemenea prevederi, judecătorii nu pot să pedepsă această faptă, chiar dacă represiunea pare dreaptă ori este cerută de conștiința publică⁸.

Însă, legiuitorul francez nu s-a limitat să incrimineze distinct diversele fapte de omisiune de a împiedica moartea, ci, pe lângă aceasta, el a cuprins aceste fapte într-un capitol separat⁹, intitulat „Punerea în pericol a persoanei” (Capitolul III din Cartea a II-a, Titlul II), în care faptele respective au fost prevăzute atât ca infracțiuni formale (de simplă atitudine), cât și ca infracțiuni de rezultat, condiționate de moartea victimei – de exemplu, art.223-3 C.pen. fr. pedepsește abandonarea, într-un loc oarecare, a unei persoane care nu se poate proteja singură, din cauza vârstei sau stării ei fizice ori psihice, iar art.223-4 pedepsește aceeași faptă mult mai sever, dacă ea a antrenat vătămarea gravă sau moartea victimei; sau, art.227-15 C.pen.fr. pedepsește fapta ascendentului legitim, natural sau adoptiv, sau a altei persoane care exercită autoritatea parentală ori are autoritate asupra unui minor de cel mult 15 ani, de a-l priva pe acesta de alimente sau de îngrijiri, punându-i în pericol sănătatea, iar art.227-16 pedepsește aceeași faptă mult mai sever, dacă ea a antrenat moartea victimei.

Motivul pentru care legiuitorul francez a exclus toate faptele omisive din grupul infracțiunilor contra vieții nu este arătat explicit, dar el poate fi lesne dedus, observând că, în opinia autorilor francezi, asemenea fapte nu aduc atingere dreptului la viață, ci violează o obligație generală de întraajutorare, denumită „obligație de solidaritate”¹⁰. Potrivit

· Doctor în științe juridice; cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice “Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: mioarakettyguiu@yahoo.com

¹Antoine Loysel - document accesibil online la adresa https://fr.wikipedia.org/wiki/Antoine_Loyssel

²Omicidio – document accesibil online la adresa <https://it.wikipedia.org/wiki/Omicidio>

³A se vedea art.17 din noul Cod penal român, text inspirat din art.11 al Codului penal spaniol. În același sens, a se vedea *Unterlassungsdelikt - Lösung* – document accesibil online la adresa <https://tu-dresden.de/gsw/jura/jfstraf4/ressourcen/dateien/folder-2010-12-21-1383414560/unterlassungsdelikt-loesung-fall1.pdf?lang=en>; Antolisei, F., *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, I, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p.45.

⁴Reato omissivo improprio – document accesibil online la adresa https://it.wikipedia.org/wiki/Reato_omissivo_improprio

⁵Le meurtre – document accesibil online la adresa <http://www.cabinetaci.com/droit-penal/droit-penal-special/les-atteintes-volontaires-a-la-vie/le-meurtre/>

⁶Boulloc, B., *Droit pénal général*, 19-e édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 207.

⁷Rassat M.-L. *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, 5-e édition, Dalloz, Paris, 2006, p.304.

⁸Pastion P., Papadopolu M.I., *Codul penal adnotat*, București, Editura Librăriei Socec, 1922, p.380.

⁹capitol separat, anume în Capitolul V din Titlul I al părții speciale, intitulat „Infracțiuni privind obligația de asistență a celor în primejdie”.

¹⁰Desportes F., Le Gunehec Fr., *op.cit.*, p.415.

acestor autori, în epocile anterioare, nu exista o asemenea obligație, iar numărul infracțiunilor omisive era extrem de redus, deoarece dreptul era dominat de o concepție individualistă, în care se considera că datoria de a-l ajuta pe aproapele nostru trebuie să rămână o obligație pur morală, a cărei îndeplinire depinde de conștiința fiecărui individ. Obligația de solidaritate ar fi fost consacrată normativ abia spre sfârșitul secolului al XIX-lea, iar acest fapt a atras după sine creșterea numărului infracțiunilor omisive, concomitent cu afirmarea unei noi concepții, umanitare, în virtutea căreia se impune ca legea să intervină, pentru a reprima toate manifestările grave de egoism, începând cu abandonarea copiilor și până la omisiunea de a acorda ajutor celui aflat în pericol¹¹.

Totuși, ideea că numita „obligație de solidaritate” ar fi o obligație autonomă, fără legătură cu dreptul la viață este neverosimilă. După părerea noastră, o atare idee este consecința modului greșit în care a fost definit dreptul la viață.

2. Omisiunea de a împiedica moartea, infracțiune contra vieții

Pentru a lămuri faptul că omisiunea de a împiedica moartea (de a acorda ajutor celui aflat în pericol) este o infracțiune contra vieții, vom porni de la observația că definiția pe care doctrina franceză o dă dreptului la viață este lacunară, căci ea definește acest drept ca *dreptul de a nu fi ucis*¹², iar, astfel, ea susține, în mod implicit, că există o singură obligație corelativă dreptului la viață, anume obligația generală de a nu uide, de a nu provoca moartea altei persoane – ceea ce este nereal.

Așa cum evidențiază jurisprudența CEDO, departe de a se reduce la o obligație generală negativă, de abținere („să nu ucizi”), dreptul la viață cuprinde numeroase obligații pozitive (de a face), menite să asigure o protecție suplimentară persoanelor vulnerabile (copii, bolnavi, deținuți, persoane aflate în pericol etc). De unde urmează, pe de o parte, că dreptul la viață trebuie definit ca *dreptul la protecția vieții umane*, iar, pe de altă parte, că dreptului la viață îi corespund două obligații fundamentale: o obligație negativă, în virtutea căreia orice om trebuie să se abțină de a provoca moartea altui om, în mod nejustificat; și o obligație pozitivă, în virtutea căreia orice om trebuie să împiedice moartea altui om, dacă acest lucru este omeneste posibil.

Aceste două obligații nu au apărut concomitent. Așa cum au sesizat autorii francezi, obligația negativă, aceea de a nu provoca moartea altui om, a apărut cu mult timp înaintea obligației pozitive, aceea de a împiedica moartea altui om. Cu toate acestea, doctrina franceză greșeste, atunci când afirmă că obligația pozitivă, pe care ea o numește „obligație de solidaritate”, a apărut abia în secolul al XIX-lea și că, în epocile anterioare, ea constituia o obligație pur morală. În realitate, ambele obligații sunt străvechi și au fost consacrate normativ cu multe veacuri în urmă. În acest sens, se impun două observații. Mai întâi, putem observa că ambele obligații își au izvorul în Biblie: obligația negativă își are izvorul în Vechiul Testament (sec. XV-V î. Hr.¹³) și, mai precis, în Decalog (a cincea poruncă: „Să nu ucizi”); obligația pozitivă își are izvorul în Noul Testament (sec. I d. Hr.) și, mai precis, în pilda bunului samaritean, prin care Isus a ilustrat a doua poruncă a Legii («Să-l iubești pe aproapele tău ca pe tine însuși»). Iar apoi, putem observa că obligația pozitivă, aceea de a împiedica moartea, s-a transformat dintr-o obligație morală într-o obligație juridică, din momentul în care judecătorii au început să aplice regula că omorul se poate comite și prin omisiune - căci, atât timp cât judecătorii pedepsesc nerespectarea ei, această obligație trebuie caracterizată ca o obligație juridică, indiferent dacă legea o consacră sau nu.

Ținând seama de asemenea considerente, putem desprinde cinci concluzii: prima concluzie este aceea că omisiunea de a împiedica moartea (de a acorda ajutor celui aflat în pericol) aduce atingere dreptului la viață, astfel că trebuie inclusă în grupul infracțiunilor contra vieții; a doua concluzie este aceea că această omisiune violează o obligație distinctă, care nu se confundă cu obligația de a nu uide, motiv pentru care nu poate fi pedepsită ca infracțiune de omor, ci trebuie prevăzută ca o infracțiune autonomă; a treia concluzie este aceea că infracțiunea de omor, întrucât violează o obligație negativă (aceea de a nu uide), nu se poate săvârși niciodată prin omisiune, ci numai prin comisiune, prin acte pozitive, așa cum susține doctrina franceză; a patra concluzie este aceea că, în raport cu infracțiunea de omor, infracțiunea de omisiune de a împiedica moartea prezintă o gravitate mai redusă, astfel că necesită o pedeapsă mai blândă; a cincea concluzie este aceea că, în cazul omisiunii, autorului nu i se mai reproșează cauzarea rezultatului, ci neîmpiedicarea lui, astfel că devine necesar ca legea să precizeze în ce condiții o persoană poate fi pedepsită pentru omisiunea de a împiedica moartea altei persoane.

Neîndoielnic, asemenea aspecte au fost sesizate și de legiuitorul francez, așa cum dovedește faptul că el a prevăzut pedepse mai blânde pentru actele omisive și, pe lângă aceasta, în unele incriminări (art.223-6, art.223-7 C.pen.), el a stabilit o cerință suplimentară, aceea ca autorul să fi avut posibilitatea de a interveni imediat și fără niciun risc pentru el sau pentru alții.

Însă, din păcate, legiuitorul francez a comis două erori majore.

O primă eroare, deja menționată, este aceea că, bazându-se pe o definiție deficitară a dreptului la viață, el a exclus omisiunea de a împiedica moartea din grupul infracțiunilor contra vieții, atribuindu-i un scop de protecție (obiect juridic) imaginar. Or, procedând astfel, legiuitorul francez a provocat o profundă confuzie în întreaga gândire penală

¹¹Ibidem, p.415.

¹²*Droit à la vie* – document accesibil online la adresa https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_%C3%A0_la_vie.

¹³*Vechiul Testament* – document accesibil online la adresa https://ro.orthodoxwiki.org/Vechiul_Testament.

europenă, așa cum dovedește faptul că, în perioada interbelică, multe legislații au incriminat separat omisiunea de a împiedica moartea, deși, în aceste legislații, spre deosebire de cea franceză, se considera în continuare că infracțiunea de omor se poate comite și prin omisiune – de exemplu, Codul penal italian din 1931 a introdus o nouă infracțiune, denumită „Omisiunea de salvare” (art.593), deși, în Italia, această faptă putea fi pedepsită ca infracțiune de omor, astfel că nu era nevoie de o nouă infracțiune; sau, Codul penal român din 1936 a introdus, în Titlul XIII - „Crime și delictе contra persoanei”, o secțiune intitulată „Alte delictе contra vieții și integrității corporale”, în care erau prevăzute diverse fapte omisive susceptibile să violeze dreptul la viață, deși, odată cu intrarea în vigoare a acestui cod, doctrina română abandonase teza că infracțiunea de omor se poate comite numai prin comisiune, ceea ce însemna că faptele respective puteau fi pedepsite ca infracțiune de omor și că noile incriminări nu se justificau.

A doua eroare comisă de legiuitorul francez este aceea că el a incriminat omisiunea de a împiedica moartea în nenumărate variante, fără a observa că infracțiunile respective se confundă, în total sau în parte – de exemplu, putem observa că, în lipsa art.227-15 C.pen., care incriminează privarea minorului de alimente sau de îngrijiri, aceeași faptă putea fi pedepsită în baza art.223-3 C.pen., respectiv ca infracțiune de abandonare, „într-un loc oarecare” (deci, chiar în propria locuință), a unei persoane care nu se poate proteja singură; iar, în lipsa ambelor texte, aceeași faptă putea fi pedepsită în baza art.223-6, parag.2 C.pen., care incriminează fapta aceluia care se abține voluntar, fără niciun risc pentru el sau pentru alții, să acorde asistență unei persoane aflate în pericol.

Trebuie deci să sesizăm că sunt necesare și suficiente două variante, formulate în termeni foarte generali și având denumiri diferite, după cum urmează: într-o primă variantă, care ar putea fi denumită *omisiunea de a acorda ajutor*, fapta trebuie prevăzută ca infracțiune formală (de simplă atitudine), care impune pedepsirea aceluia care, în mod nejustificat, omite să înștiințeze autoritatea sau să acorde ajutor altei persoane, a cărei integritate sau viață este în pericol; într-o a doua variantă, care ar putea fi denumită *omisiunea de a împiedica moartea*, fapta trebuie prevăzută ca infracțiune de rezultat, care impune pedepsirea aceluia care, având obligația și posibilitatea să salveze o persoană, omite să împiedice moartea acesteia.

Subliniem că legislațiile actuale consacră doar prima variantă (omisiunea de a acorda ajutor) și, din păcate, nici aceasta nu este cuprinsă printre infracțiunile contra vieții; a doua variantă (omisiunea de a împiedica moartea) nu este consacrată legislativ, deoarece puținele legislații care au sesizat necesitatea ei s-au limitat să prevadă diverse cazuri particulare, fără a fi preocupate să instituie o incriminare generală, aplicabilă tuturor cazurilor similare.

3. Omisiunea de a acorda ajutor și omisiunea de a împiedica moartea

Deși infracțiunile de omisiune de a acorda ajutor și omisiune de a împiedica moartea se realizează printr-o identică omisiune, totuși, această omisiune nu ar putea fi prevăzută, în mod exclusiv, ca infracțiune de rezultat. Altfel spus, este necesar ca legea să prevadă ambele infracțiuni – și aceasta, fiindcă omisiunea nu este susceptibilă de tentativă (nu se poate concepe un început de infracțiune), iar, așa fiind, ar urma ca omitentul să fie exonerat de răspundere, ori de câte ori rezultatul nu se produce, respectiv ori de câte ori, în pofida voinței omitentului, victima reușește să supraviețuiască. Or, pentru a evita acest neajuns, singura soluție este aceea de a prevedea fapta atât ca infracțiune formală, cât și ca infracțiune de rezultat, cu consecința că *infracțiunea de omisiune de a acorda ajutor devine o infracțiune subsidiară, care se poate reține numai dacă fapta nu constituie o infracțiune principală, mai gravă, așa cum este și infracțiunea de omisiune de a împiedica moartea*.

Un alt fapt ce trebuie remarcat este acela că, deși au un identic element material, cele două infracțiuni nu se confundă. Trecând peste diferența de conținut care separă o infracțiune formală de o infracțiune de rezultat, mai putem sesiza că *infracțiunea de omisiune de a acorda ajutor se poate comite de orice persoană (autorul este necalificat), în timp ce infracțiunea de omisiune de a împiedica moartea se poate comite numai de persoana care este titulara unei obligații speciale de a proteja viața victimei, numită „obligație de garanție” (autorul este calificat)*.

În acest sens, reamintim că, spre deosebire de infracțiunile omisive formale, numite și „infracțiuni omisive proprii”, infracțiunile omisive de rezultat, numite și „infracțiuni omisive improprii”¹⁴, se subordonează unor condiții speciale, printre care figurează, în primul rând, condiția anterior menționată.

4. Condițiile infracțiunilor omisive improprii

Formularea condițiilor specifice infracțiunilor omisive improprii o datorăm, îndeosebi, doctrinei germane, care a acordat o deosebită atenție acestor infracțiuni.

În concepția acestei doctrine, răspunderea pentru neîmpiedicarea rezultatului (moarte, vătămare, distrugere etc.) poate fi angajată, numai dacă sunt îndeplinite, cumulativ, cinci condiții, și anume: 1) omitentul să aibă calitatea de „garant”, adică să fie titularul unei obligații determinate, numită „obligație de garanție”¹⁵, în virtutea căreia el trebuie să protejeze viața și integritatea victimei; 2) obligația de garanție să fi devenit actuală (de exemplu, dificultatea

¹⁴Reato omissivo improprio – document accesibil online la adresa

https://it.wikipedia.org/wiki/Reato_omissivo_improprio

¹⁵Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1992, p. 193; în același sens, a se vedea Noll P., Trechsel St., *Sweizerisches Strafrecht. Allgemeine Teil*, Zürich, 1990, p.209.

înotătorului activează obligația de garanție a instructorului de înot; sau, boala pacientului activează obligația de garanție a medicului de urgențe); 3) acțiunea omisă de garant să fi fost posibilă (*ad impossibilia nemo tenetur*) și aptă să împiedice rezultatul (de exemplu, dacă starea copilului se agravează și părintele nu cheamă salvarea, el nu se poate apăra, invocând faptul că a tratat copilul cu medicamente din casă); 4) să se probeze că rezultatul survenit coincide cu acela pe care obligația de garanție urmărea să îl împiedice (de exemplu, pompierul care omite să salveze o persoană surprinsă de flăcări nu răspunde pentru moartea acesteia, dacă se stabilește că victima murise deja, din cauza unui cancer preexistent); 5) să se dovedească științific existența unei legături cauzale între omisiune și rezultat (de exemplu, medicul care refuză să opereze un pacient nu răspunde pentru moartea acestuia, dacă expertiza stabilește că viața pacientului nu putea fi salvată, chiar dacă medicul efectua operația).

Există totuși unele controverse, care privesc, îndeosebi, proba raportului de cauzalitate și izvorul obligației de garanție.

Cu privire la proba raportului de cauzalitate, se confruntă două teorii, anume „teoria probabilității” (susținută de Hauser, Rehberg, Schultz ș.a.) și „teoria creșterii riscului” (susținută de Roxin, Stratenwerth ș.a.)¹⁶. Aceste teorii au o bază comună, care cuprinde două teze: prima teză este aceea că, în cazul omisiunii, formula *conditio sine qua non* suferă o modificare, în sensul că nu se mai procedează la eliminarea mentală a unei acțiuni reale, ci a acțiunii omise de garant, punându-se întrebarea dacă, în cazul realizării ei, rezultatul ar fi fost evitat; a doua teză este aceea că, în cazul omisiunii, fiind vorba de o desfășurare cauzală ipotetică, concluziile expertului vor exprima întotdeauna un anumit grad de probabilitate, diferit de la un caz la altul. Însă, cele două teorii se despart, atunci când trebuie să precizeze care este minimul de probabilitate necesar pentru a afirma caracterul cauzal al omisiunii: conform teoriei probabilității, garantului i se poate imputa rezultatul, numai dacă se stabilește că, aproape cu certitudine (cu cea mai mare probabilitate), acțiunea omisă de el ar fi împiedicat rezultatul; conform teoriei creșterii riscului, garantului i se poate imputa rezultatul, chiar dacă se verifică o simplă posibilitate ca acțiunea omisă de el să fi împiedicat rezultatul.

Cu privire la izvorul obligației de garanție, s-au formulat mai multe teorii, dar acestea se reduc, în cele din urmă, la două.

Potrivit unei prime teorii, nu interesează care este izvorul obligației de garanție, fiind suficient ca ea să fie o obligație juridică, iar nu morală. O asemenea obligație poate izvorî din lege, din sentințe și ordine ale autorității judiciare, din contracte sau din acte administrative, din propria activitate precedentă periculoasă ori din asumarea ei voluntară¹⁷. Trebuie subliniat că, potrivit acestei teorii, garantul răspunde pentru omisiunea de a împiedica rezultatul, indiferent dacă pericolul care a antrenat moartea victimei a fost creat de o forță externă sau a fost creat de „propria activitate precedentă periculoasă”¹⁸.

Potrivit unei a doua teorii, obligația de garanție trebuie să fie expres prevăzută de lege¹⁹; ea nu ar putea să decurgă din izvoare subordonate (regulamente, acte administrative etc.), din consuetudine sau din așa-numitele „izvoare materiale”, fiindcă, în caz contrar, s-ar nesocoti principiul legalității. Potrivit acestei teorii, garantul poate fi făcut răspunzător pentru omisiunea de a împiedica rezultatul, numai atunci când pericolul care a antrenat moartea victimei a fost creat de o forță externă (naturală ori umană), iar nu și atunci când pericolul a fost creat de el însuși, prin „propria activitate precedentă periculoasă”, printr-un „delict” (faptă ilicită). În sprijinul ideii că obligația de garanție nu poate izvorî dintr-o faptă ilicită, s-a susținut²⁰ că sintagma „proprie activitate precedentă periculoasă” acoperă, cel mai adesea, situații în care rezultatul a fost provocat nu prin omisiune, ci prin comisiune; și că, în asemenea situații, se face, de fapt, o confuzie între cauzalitatea activă și cea omisivă, cu consecința că se ajunge la transformarea infracțiunilor comise din culpă în infracțiuni omisive intenționate, ca urmare a nesocotirii faptului că, întotdeauna, culpa are o componentă omisivă, constând în neobservarea unor reguli de diligență.

Dar, după părerea noastră, această din urmă teorie trebuie respinsă, ca fiind greșită.

O primă obiecție ce se poate invoca împotriva ei este aceea că, indiferent ce izvor ar avea, o obligație de garanție nu poate să violeze principiul legalității, fiindcă nu există nicio legătură între obligația de a proteja viața și exigențele principiului menționat. În realitate, violarea principiului legalității decurge, exclusiv, din faptul că garantul este pedepsit, fără ca legea să incrimineze fapta lui (omisiunea de a împiedica moartea). Așa cum deja am arătat, în majoritatea legislațiilor, garantul este pedepsit pentru săvârșirea infracțiunii de omor, ceea ce este nereal, căci garantul nu se face vinovat de cauzarea rezultatului, ci de neîmpiedicarea lui, respectiv de săvârșirea unei fapte omisive, pe care legea nu o prevede ca infracțiune.

Alte obiecții decurg din legile civile. Nu se poate nega existența unor obligații de garanție născute din acte administrative sau din delict, din moment ce, pretutindeni, codurile civile prevăd că obligațiile izvorăsc din acte sau

¹⁶Noll P., Trechsel St, *op.cit.*, p.210.

¹⁷*I caratteri della causalità omissiva: gli obblighi di garanzia* – document accesibil online la adresa <http://www.diritto-penale.it/causalita-omissiva-obblighi-di-protezione.htm>

¹⁸Bettiol G., *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 1973, pp.265-267.

¹⁹Pannain R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1962, p.322; Maurach R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeine Teil*, München, 1965, p.235; Mantovani F., *op.cit.*, p.193 ș.a.

²⁰Mantovani F., *op.cit.*, p.197.

fapte juridice, și din moment ce, încă din dreptul roman, funcționează regula că „delictul” (fapta ilicită) constituie izvor de obligații. Este adevărat că, destul de adesea, obligațiile de garanție sunt expres prevăzute de lege, însă trebuie să observăm că, nici în acest caz, subiectul nu dobândește calitatea de „garant” direct din lege, ci doar în virtutea unui act sau fapt juridic - de exemplu, legea prevede obligația poliției sau a jandarmeriei de a apăra viața și integritatea cetățenilor, dar această obligație de garanție nu poate fi stabilită în sarcina unui subiect, decât dacă, în prealabil, acel subiect a dobândit, printr-un act juridic (ordin administrativ, contract), calitatea de polițist sau de jandarm; sau, legea prevede obligația părinților de a proteja viața și integritatea copiilor minori, dar această obligație de garanție nu poate fi stabilită în sarcina unui subiect, decât dacă, în prealabil, acel subiect a dobândit calitatea de părinte, prin faptul juridic al nașterii copilului său.

Tot greșit este și argumentul că, dacă am admite existența unor obligații de garanție născute din fapte ilicite, am provoca o confuzie între infracțiunile comisive din culpă și infracțiunile omisive intenționate. În realitate, o asemenea confuzie este exclusă, dacă ținem seama de ceea ce arăta profesorul Hans Welzel, anume că infracțiunile din culpă diferă de cele intenționate, prin însăși structura lor. De altfel, se știe, în multe state (Germania, Austria, Elveția, Italia etc.), jurisprudența a adoptat „teoria riscului permis”, care pune în evidență două aspecte: pe de o parte, faptul că, în infracțiunile din culpă, se poate identifica întotdeauna o „activitate bază licită”, ca și un risc „nepermis”, „dezavuat juridic”²¹, creat de autorul acțiunii; pe de altă parte, faptul că, prin însăși această structură, infracțiunile din culpă se deosebesc net de infracțiunile intenționate, în care acțiunea este în totalitate (în radice) ilicită și în care, așadar, lipsește acea „activitate bază licită”, acea „sferă a riscului permis”. Or, vedem că, în virtutea teoriei menționate, trebuie exclusă existența unei infracțiuni omisive săvârșită din culpă, având în vedere că nu se poate concepe o omisiune (inacțiune) parțial licită, care să prezinte o „activitate bază licită”; întotdeauna, omisiunea este în totalitate ilicită, așa cum dovedește faptul că o acțiune necorespunzătoare obligației echivalează cu neîndeplinirea obligației (de exemplu, obligația de întreținere se consideră neîndeplinită și debitorul poate fi condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de abandon de familie, chiar dacă el face o plată parțială). Cu alte cuvinte, se impune să sesizăm că infracțiunile omisive se comit exclusiv cu intenție, niciodată din culpă.

5. Variantele infracțiunii de omisiune de a împiedica moartea

Așa cum a reieșit din considerațiile anterioare, infracțiunea de omisiune de a împiedica moartea este o infracțiune omisivă improprie (de rezultat), ceea ce înseamnă că definiția ei trebuie să cuprindă, pe lângă descrierea elementului material și a rezultatului, o serie de referiri la cele cinci condiții specifice infracțiunilor omisive improprii. Mai precis, din definiție, trebuie să rezulte atât faptul că este necesar ca omitentul să fie titularul unei obligații de garanție, cât și faptul că garantul răspunde pentru rezultat, numai dacă se dovedește științific (prin expertize) că rezultatul survenit coincide cu acela pe care el avea obligația să-l împiedice, iar acțiunea omisă de el era posibilă și aptă să împiedice moartea victimei.

Desigur că, pentru a nu afecta accesibilitatea textului, se impune ca diversele noțiuni („garant”, „obligație de garanție” etc.) să fie explicate separat (de exemplu, în titlul consacrat noțiunilor penale), ținând seama și de clasificările în materie. De aceea, în acest context, mai amintim că, în doctrină, există două clasificări ale obligațiilor de garanție, una, în raport cu izvorul acestor obligații și alta, în raport cu obiectul lor²². În raport cu izvorul lor, obligațiile de garanție au fost împărțite în două categorii, și anume: „obligații originale”, care sunt expres prevăzute de lege pentru anumiți subiecți (de exemplu, obligația personalului medical național de a proteja viața și sănătatea individuală și colectivă); și „obligații derivate”, care presupun că obligația a trecut de la garantul original la un terț, în baza unui raport juridic (de exemplu, obligația de a îngriji un copil sau un bătrân a fost transferată, prin contract, în sarcina unui îngrijitor sau a unui cămin). În raport cu obiectul lor, obligațiile de garanție au fost împărțite în alte două categorii, și anume: „obligații de protecție” a unor persoane determinate, împotriva oricărei surse de pericol (de exemplu, obligația angajaților administrației penitenciarelor de a proteja viața și integritatea deținuților); și „obligații de control” al unor surse de pericol determinate, pentru a proteja viața și integritatea persoanelor expuse la acestea (de exemplu, obligația pompierilor de a proteja viața și integritatea persoanelor amenințate de incendiu; obligația proprietarilor de animale sau de mașini periculoase de a proteja viața și integritatea persoanelor amenințate de acestea etc.).

Însă, dacă ținem seama de faptul că aceste clasificări au în vedere, în mod exclusiv, obligațiile de garanție născute din acte licite, putem deduce că doctrina face distincție între situația în care obligația de garanție are un izvor licit și situația în care această obligație are un izvor ilicit.

Iar, reflectând mai profund, putem constata că această distincție este chiar necesară, deoarece există o anumită corespondență între izvorul obligației de garanție și sursa pericolului care amenință viața victimei: o obligație de

²¹Roxin C., *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in Festschrift für Richard M. Honig, 1970, Göttingen, p.133 și urm.; Rudolphi H.J., „Kausalität und objektive Zurechnung”, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch de Rudolphi/Horn/Samson*, Editura Dreher/Tröndle, 1986, p.17.

²²I caratteri della causalità omissiva: gli obblighi di garanzia – document accesibil online la adresa <http://www.diritto-penale.it/causalita-omissiva-obblighi-di-protezione.htm>

garanție născută dintr-un act licit indică faptul că pericolul care amenință viața victimei a fost creat de o forță externă, umană sau naturală; în schimb, o obligație de garanție născută dintr-un act ilicit indică faptul că pericolul care amenință viața victimei a fost creat de omitentul însuși, prin „propria activitate precedentă periculoasă”.

Or, indubitabil, pedeapsa ce se aplică omitentului nu poate fi aceeași, ci trebuie să fie mai severă, atunci când pericolul care a determinat moartea victimei a fost creat de garantul însuși. De altfel, ideea că este necesar ca la stabilirea pedepsei să se țină seama de sursa pericolului care a determinat moartea victimei a fost deja formulată, mai mult sau mai puțin explicit, atât în doctrină, cât și în practică. În doctrină s-a arătat explicit că se impune pedepsirea mai severă a aceluia care a provocat pericolul de moarte și care a abandonat victima în acest pericol²³, iar jurisprudența dominantă împărtășește, și ea, această idee, așa cum evidențiază următoarea distincție: atunci când pericolul a fost creat de o forță externă, instanțele rețin, de regulă, o infracțiune din culpă, care se pedepsește mai blând (de exemplu, instructorul de înot care nu a împiedicat moartea prin înec a elevului său răspunde, de regulă, pentru săvârșirea infracțiunii de ucidere din culpă – ceea ce este însă greșit, fiindcă, așa cum am arătat, infracțiunile omisive nu se pot săvârși niciodată din culpă, ci numai cu intenție); în schimb, atunci când pericolul a fost creat de garantul însuși, prin „propria activitate precedentă periculoasă”, instanțele rețin, de regulă, o infracțiune intenționată, care se pedepsește mai sever (de exemplu, mama care își privează copilul de hrană, lăsându-l să moară, răspunde, de regulă, pentru săvârșirea infracțiunii de omor).

La o primă vedere, asemenea considerente conduc la concluzia că infracțiunea de omisiune de a împiedica moartea trebuie prevăzută în două forme, și anume: o formă tip (de bază), care ar urma să se aplice atunci când pericolul care a antrenat moartea victimei a fost creat de o forță externă (de exemplu, în cazul medicului care refuză să efectueze o operație ce poate salva viața pacientului; sau, în cazul polițistului care refuză să apere o persoană amenințată cu moartea); și o formă agravată, care ar urma să se aplice atunci când pericolul care a antrenat moartea victimei a fost creat de garantul însuși, prin „propria activitate precedentă periculoasă” (de exemplu, în cazul aceluia care, după ce a violat victima, a abandonat-o pe câmp, iarna, în stare de inconștiență, lăsând-o să moară prin îngheț; sau, în cazul aceluia care, după ce a tâlhărit victima, a abandonat-o în stare de inconștiență, iarna, pe o șosea, unde victima a fost lovită mortal de un camion ce circula regulamentar; ori, în cazul aceluia care, după ce a îmbrâncit victima, provocându-i căderea într-un râu, a abandonat-o, lăsând-o să moară înecată).

Însă, la o analiză mai atentă, observăm că, în cea de a doua situație, în care obligația de garanție se naște din „propria activitate precedentă periculoasă”, infracțiunea de omisiune de a împiedica moartea nu mai poate avea același conținut, ci se impune restrângerea drastică a condițiilor ei de existență. Principial, condițiile ei de existență nu pot fi aceleași, din moment ce, în această situație, autorului i se impută două fapte diferite: pe de o parte, faptul că, prin acea „proprie activitate precedentă periculoasă”, a pus în pericol integritatea corporală sau sănătatea victimei, dobândind astfel calitatea de garant; pe de altă parte, faptul că, în pofida obligației sale de garanție, el nu a acordat victimei niciun ajutor, ci, din contră, a expus-o unui nou pericol, iminent și de moarte, creat de un factor extern. Or, în aceste condiții, ar fi un nonsens să se mai verifice îndeplinirea celorlalte condiții de existență a infracțiunii de omisiune de a împiedica moartea, căci existența ei rezultă cu prisosință din însăși împrejurarea că garantul a făcut ceva contrar obligației sale, anume a sporit riscul morții victimei, expunând-o unui nou pericol de moarte.

În consecință, ținând seama că infracțiunea de omisiune de a împiedica moartea prezintă cerințe diferite, după cum pericolul care a determinat moartea victimei a fost creat de un factor extern sau de făptuitorul însuși, se impune ca ea să fie concepută ca o infracțiune binomică, ce se poate realiza în două variante (modalități normative). De unde urmează că această infracțiune trebuie să primească două definiții diferite, corespunzătoare celor două variante de realizare: într-o primă variantă (modalitate normativă), ea ar putea fi definită ca fapta aceluia care, având obligația de a proteja viața unei persoane, se abține să-i acorde ajutor, deși acțiunea omisă de el era posibilă și aptă să împiedice moartea acelei persoane; într-o a doua variantă (modalitate normativă), ea ar putea fi definită ca fapta aceluia care, având obligația de a proteja viața unei persoane, expune acea persoană unui pericol iminent, care îi cauzează moartea.

²³Charlet Fr., *L'omission de prêter secours, ou l'apathie (excusable?) de la population* - document accesibil online la adresa <https://francoischarlet.ch/2014/lomission-de-preter-secours-ou-lapathie-excusable-de-la-population/>

INFRAȚIUNI CUPRINSE ÎN CODURILE SILVICE ROMÂNE DIN 1918 PÂNĂ ÎN 2018

Sorin-Alexandru VERNEA*

Abstract : *The purpose of this paper is to highlight the main criminal regulations found in Romanian Forest Codes, enforced in the last century.*

In order to establish a frame for the content of this article, its structure shall be divided in six parts.

The first part will point out the terminology used in Romanian Criminal Codes of 1864, 1936, 1968 and finally 2009 that were enforced simultaneously with the Romanian Forest Codes of 1910, 1962, 1996 and finally 2008, which shall prove to be necessary for the analysis proposed.

The second, third, fourth and fifth parts will focus on specific criminal provisions found in each of the Romanian Forest Codes from 1910, 1962, 1996 and finally 2008.

The sixth part will consist of a brief conclusion, considering the manner in which forest legislation has evolved in the last century.

Key words: Forest Code; Environmental Crime; History of Law.

1. Prezenta lucrare are menirea de a indica principalele tipuri de infracțiuni incriminate în Codurile Silvice românești, de la Marea Unire până în prezent. Abordarea problematicii se va realiza dintr-o perspectivă istorică, urmând ca în secțiunea finală să fie stabilite elementele de continuitate între tipologiile de incriminări ce vor fi expuse.

Pentru scopul acestui studiu este necesar să stabilim reglementările penale de drept comun aplicabile în ultimul secol, respectiv modul de clasificare al incriminărilor în partea generală a Codurilor penale incidente rationae temporis.

Codul penal din 1864, numit și Codul Penal Cuza a fost publicat în 30 octombrie 1864 și a intrat în vigoare în data de 30 aprilie 1865, fiind republicat la data de 22 octombrie 1912 și abrogat în data de 17 martie 1936, când a fost înlocuit cu Codul penal din 1936. Pentru finalitatea prezentei lucrări aceasta legislație penală este relevantă pentru intervalul 1918-1936, motiv pentru care vom avea în vedere forma republicată la data de 22 octombrie 1912.

Conform art.1 C.pen.1864, infracțiunea ce se pedepsește de lege cu pedepsele: muncă silnică, reclusiunea, detențiunea și degradațiunea civică se numește crimă. Infracțiunea ce se pedepsește cu închisoare corecțională, interdicțiunea unora din drepturile politice, civile ori de familie și amendă dela 26 de lei în sus se numește delict. Infracțiunea pe care legea o pedepsește cu închisoare polițienească și cu amendă se numește contravențiune.

Codul penal din 1936, numit și Codul Penal Carol al II-lea, a intrat în vigoare în data de 18 martie 1936, a fost modificat și republicat la data de 01 februarie 1948, și a fost în vigoare până la data de 31.12.1968. Deși modificarea din 01 februarie 1948 a fost de anvergură, dată fiind schimbarea formei de organizare a statului și a regimului politic, pentru necesitățile prezentului studiu vom avea în vedere clasificarea incriminărilor în crime, delictе și contravenții, astfel cum aceasta rezultă din distincțiile făcute în cuprinsul art.22, 23, 24 și 95 C.pen. 1936, atât în forma intrată în vigoare în 1936 cât și în forma intrată în vigoare în 1948.

Codul penal din 1968, a intrat în vigoare la data de 01 ianuarie 1969, a fost republicat în data de 15 aprilie 1997 și a ieșit din vigoare la data de 31 ianuarie 2014.

Art.17 alin.2 din C.pen.1968, prevede în mod expres că infracțiunea este unicul temei al răspunderii penale. Alineatul precedent definește infracțiunea ca fiind fapta care prezintă pericol social, săvârșită cu vinovăție și prevăzută de legea penală.

Codul penal din 2009, a intrat în vigoare la data de 01 februarie 2014, fiind legea penală aplicabilă și în prezent.

Similar codului anterior, acesta prevede în art.15 alin.2 că infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale, însă definește infracțiunea, în alineatul anterior, ca fiind fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o.

2. Codul silvic al României¹ din 1910 a reprezentat prima legislație silvică aplicabilă pe teritoriul României întregite² după Unirea din anul 1918.

În cuprinsul acestei legislații silvice pot fi identificate atât infracțiuni grupate în capitolul 7, intitulat Delictе, penalități și urmări, dar și disperate în cadrul unor proceduri speciale reglementate expres de codul silvic, precum art.7, 14, 40.

* Doctorand, Universitatea din București, Facultatea de Drept; Judecător, Judecătoria Sectorului 2, București; e-mail: wersera2005@gmail.com

¹ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr.8/09.04.1910

² Conform art.1 din Legea pentru extinderea și aplicarea Codului silvic în tot cuprinsul României din 17.06.1923, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.59/17.06.1923

Vom analiza în mod punctual particularitățile acestor trei incriminări situate în afara capitolului 7, urmând a proceda, ulterior, la o analiză generală a prevederilor capitolului special dedicat delictelor și penalităților.

Astfel, art.7 din Codul silvic 1910 prevede: Persoanele juridice menționate la art. 1, alin. a și b, precum și proprietarii pădurilor particulare supuse regimului silvic când își exploatează pădurile lor fără amenajament sau regulament de exploatare, ori contra dispozițiilor ce cuprind, vor fi supuși la o amenda dela 300-500 lei, iar în caz de recidiva dela 600-800 lei de hectar.

Ca și principală particularitate, vom observa că subiectul activ al infracțiunii poate fi orice persoană proprietară a pădurilor particulare supuse regimului silvic, dar și persoanele juridice menționate la art.1, lit.a și b, respectiv “a) Pădurile ce aparțin Statului, Domeniului Coroanei, Casei școalelor, Casei bisericii, județelor, comunelor, Eforiei spitalelor civile din București și Epitropiei Sf. Spiridon din Iași; b) Pădurile așezămintelor de binefacere, de cultura națională, ale bisericilor de mir, ale comunităților, ale fundațiilor publice și private, ale societăților anonime și ale ori-căror persoane juridice”.

Așadar, în art.7, alin.1 Codul silvic din 1910 prevede o formă de răspundere penală a persoanei juridice chiar și de drept public, în cazul persoanelor indicate la art.1, lit.a, respectiv Statul, Domeniul Coroanei, județele, comunele. Deși astăzi o asemenea reglementare pare imposibilă, având în vedere prevederile exprese ale legislației silvice și luând în considerare faptul că niciunul din Codurile penale aplicabile pe durata activității Codului silvic 1910 nu reglementează răspunderea penală a persoanei juridice, reținem că de lege lata, era posibilă tragerea la răspundere a statului și a unităților administrativ teritoriale pentru săvârșirea unui delict³.

Elementul material al faptei nu este susceptibil de precizări suplimentare, fiind reprezentat de orice acțiune de exploatare a unei păduri supuse regimului silvic, cu cerința esențială ca exploatarea să se realizeze în lipsa unui amenajament sau regulament de exploatare, ori contrar dispozițiilor cuprinse în acestea.

Doctrina a reținut că nu comite fapta incriminată de art.7 proprietarul pădurii supuse regimului silvic, care taie lemne pentru trebuințele casei⁴, aceasta nefiind o exploatare efectivă a resurselor forestiere, astfel cum impune textul precitat.

În privința sancțiunii prevăzute de lege, observăm că fapta, săvârșită în mod singular, este sancționată cu amendă cuprinsă între 300-500 lei, indiferent de suprafața de pădure pentru care s-a realizat exploatarea neconformă. Stipulația expresă de majorare a limitelor amenzii la 600-800 lei, per hectar de pădure, în caz de recidivă, impune două precizări.

În primul rând, stabilirea limitelor amenzii pentru fiecare hectar de pădure exploatat, trebuie raportată la suprafața efectiv exploatată și nu la suprafața totală în curs de exploatare pentru care nu există amenajament sau regulament de exploatare, conform art.7, alin.2 C.silvic 1910.

În al doilea rând sensul termenului “recidivă” nu poate fi cel prevăzut de Codul penal 1864 în art.41 întrucât cei doi termeni ai recidivei nu sunt reprezentați de crime și nici cel prevăzut în art.42 deoarece a doua faptă nu impune o pedeapsă corecțională în sensul art.25 și 27 C.pen.1864. În atare situație, este posibilă recidiva numai în forma prevăzută de art.43 C.pen.1864⁵, rezultând, așadar că săvârșirea repetată a delictului prevăzut de art.7 nu poate constitui primul termen al recidivei sub imperiul Codului penal 1864.

Pentru perioada ulterioară intrării în vigoare a Codului penal 1936, pentru același raționament, apreciem că recidivă poate exista numai în condițiile art.111 și 112 C.pen.1936, iar săvârșirea repetată a delictului prevăzut de art.7 C.silvic nu este susceptibilă de a constitui primul termen al recidivei nici sub imperiul Codului penal 1936.

Art.14 din Codul silvic 1910 prevede: Exploatatorul unei păduri, fie el proprietar, fie cumpărător, care va contraveni la dispozițiunile art. 12 și 13 se va pedepsi cu o amenda dela 500-1000 lei de hectar; în nici un caz însă nu se va putea cumula cu cea prevăzută la art. 7.

Pentru a stabili efectivitatea prevederilor anterior menționate, este necesar a fi analizată îndeplinirea condițiilor prevăzute de art.12 și 13 C.silvic 1910, care vizează condițiile efectuării acțiunilor de defrișare. Apreciem că acestea nu pun probleme deosebite sub aspectul conținutului reglementării. Principala particularitate în această situație este reprezentată de excluderea cumulului delictului prevăzut în art.14 cu cel prevăzut în art.7, iar sub acest aspect apreciem că atât din perspectiva elementului material cât și al limitelor de pedeapsă este incidentă o absorbție a delictului prev. de art.7, în cel prevăzut de art.14.

³ Fapta ilicită incriminată prin art.7, alin.1 C.silvic 1910 este calificabilă drept delict, prin raportare la prevederile art.1 C.pen.1864 și art.23 C.pen. 1936, în condițiile în care prin art.1, teza finală, din Legea pentru extinderea și aplicarea Codului silvic în tot cuprinsul României din 17.06.1923 s-a stipulat în mod expres că amenziile prevăzute în art.7, 14, 59-76 din Codul silvic 1910 se majorează de 10 ori pentru toată țara.

⁴ C.Ivanovici – *Codul Silvic din 8 aprilie 1910, cu modificările la zi, adnotat cu note, legi și jurisprudențe*, Tipografia V.Mracek, Buzău, pg.14

⁵ Art.43 din C.pen. 1864 stipulează: *Acei cari vor fi osândiți pentru pricini corecționale la închisoare mai mult de 6 luni, la întâmplare de recidivă de delict, se vor supune la maximul pedepsei prescise de lege pentru acel delict și acea pedeapsă poate a se îndoi, când osânda prescise pentru delictul săvârșit va fi chiar acel maximum.*

Art.40, alin.6 din Codul silvic 1910 prevede⁶: Numai cu îndeplinirea acestor formalități adunarea este legal constituită. Președintele și primarul cari nu vor îndeplini obligațiunile impuse mai sus, sau le vor îndeplini cu violarea vre-unei forme, se vor pedepsi cu o amenda, care se va aplica de judele de ocol, dela 100-500 lei, iar în caz de recidiva dela 500-2000 lei.

În primul rând, trebuie menționat faptul că art.40 face parte din secțiunea a II-a a capitolului 5, intitulată “exploatarea pădurilor stăpânite de moșneni sau de răzeși în devălmășie” și reglementează o modalitate de organizare a manierei de exploatare a pădurilor aflate în devălmășie.

Pentru considerentele expuse cu ocazia analizei delictului reglementat de art.7 C.silvic 1910, apreciem că termenului “recidivă” va putea fi reprezentat doar de forma prevăzută de art.43 C.pen.1864 și de formele prevăzute de art.111 și 112 C.pen.1936, iar săvârșirea repetată a delictului prevăzut de art.40, alin.6 nu poate constitui primul termen al recidivei sub imperiul Codurilor penale din 1864 și din 1936.

Analizând Capitolul 7 dedicat delictelor și penalităților conține 13 incriminări. Vom grupa respectivele delictе și contravenții în 3 categorii.

Prima categorie include incriminările referitoare la tăierea, ridicarea sau sustragerea de material lemnos. Aici includem prevederile art.60, 61, 62 și 63 C.silvic 1910. Precizăm că stabilirea naturii faptei, respectiv delict sau contravenție se realizează în concret, în condițiile în care pedeapsa prevăzută de lege, amenda, variază în funcție de cantitatea de material tăiat, ridicat ori sustras. Ilustrative în acest sens sunt prevederile art.60, alin.1 C.silvic 1910, care prevăd: Oricine va tăia, va scoate din radacina sau va ridica, fără drept, arbori de mai puțin de 2 decimetri în circumferința, măsurată la 1 metru și 30 de la pământ, se va pedepsi cu o amenda de 2 lei de sarcina de om, sau pentru o cantitate mai mica; de 5 lei pentru o sarcina de vita sau pentru o încarcatura de sanie ori căruța trasa de un om; de 10 lei pentru fiecare cap de vita înhamata, când ridicarea se face cu sania sau cu căruța.

Menționăm în mod expres faptul că pentru arbori cu circumferința superioară a 2 decimetri, măsurată la 1 metru și 30 de la pământ, cuantumul amenzii se va stabili prin anexă la Codul silvic, supusă revizuirii, conform art.60, alin.4 C.silvic 1910.

A doua categorie cuprinde delictеle și contravențiile privitoare la pășunatul fără drept în interiorul pădurilor. În această grupă vor fi incluse incriminările din art.64 și 72. În ce privește primul delict, reținem că amenda prevăzută de lege este direct proporțională cu numărul și specia animalelor care pasc fără drept, respectiv intervalul de timp de când pădurea este în ființă⁷. Al doilea delict este o formă specială a incriminării anterioare, aplicabilă în situația în care pășunatul se realizează la mai puțin de 10 ani de la distrugerea pădurii printr-un incendiu.

A treia categorie include delictеle și contravențiile privitoare la distrugerea sau degradarea pădurilor, altfel decât prin tăiere, ridicare sau sustragere de material lemnos. În această categorie vom încadra prevederile art.65-70, care vizează, în esență, situații de degradare a mediului forestier: săpături în păduri sau în poienele din păduri, pentru a scoate nisip, pământ, brazda de iarba, pietriș sau alte produse minerale (art.65), stabilirea în interiorul pădurii de cuptoare pentru fabricarea varului, fabrici de caramida sau de olane, herastraiе sau alte industrii (art.66), a scutura, a strânge sau a ridica spre a-și însuși, fără drept, ghinda, jirul, ranza sau alte fructe, semințe sau productiuni ale pădurilor, ori ale terenurilor din perimetrul pădurilor (art.67). Din această categorie mai fac parte și reglementările referitoare la prevenirea distrugerii pădurilor prin incendiere. În acest sens, este reglementată o contravenție, în art.68, care vizează, în concret, obligația oricărei persoane de a stinge un foc aflat în pădure sau în marginea acesteia, ori de a alerta locuitorii învecinați cu privire la existența unui incendiu în pădure. Date fiind limitele pedepsei amenzii, de la 5 la 20 lei, fapta constituie contravenție pentru perioada cuprinsă între intrarea în vigoare a Codului Silvic, în 1910 până în luna iunie 1923, moment de la care limitele amenzii au fost majorate de 10 ori⁸, fapta devenind astfel delict, în condițiile art.1 C.pen.1864.

Ulterior intrării în vigoare a Codului penal 1936, fapta a fost calificată drept contravenție prin raportare la prevederile art.24 C.pen.1936.

Art.69 și 70 cuprind două incriminări punctuale privind aprinderea unui foc în pădure sau în jurul acesteia la o distanță de 100 de metri, respectiv cauzarea, din culpă, a unui incendiu de pădure. Prin raportare la Codul penal 1864, ambele fapte sunt calificate drept delictе, iar ulterior intrării în vigoare a Codului Penal 1936, prima incriminare dobândește caracter contravențional, cea de-a doua fiind calificată în continuare drept delict.

⁶ Cu certitudine, normele la care face referire articolul precitat se regăsesc în alin.4 și 5 ale art.40 C.silvic 1910, având următorul conținut: Devălmășii vor fi înștiințați de președinte de ziua întrunirii prin anunțuri, în cari se vor indica precis chestiunile asupra cărora se va discuta, făcute cu 25 zile înainte de întrunire. Anunțurile vor fi trimise de președinte primăriei locale, la ocolul silvic, la judecătoria de ocol și la Casa Centrala a Băncilor populare. Primarul este dator a afișa anunțul la usa primăriei, constatând aceasta prin proces-verbal. Trimiterea anunțului la celelalte autorități se va constata prin dovezile acestora de primirea lui.

⁷ Exemplificative în acest sens sunt prevederile art.64, alin.1 și 2 C.silvic 1910: *Proprietarul vitelor care se vor găsi pășunând, fără drept în păduri în vârsta mai mare de 10 ani, sau în poienele acestor păduri, se va pedepsi cu o amendă după cum urmează: 0,50 lei pentru oaie sau un miel; 1,50 lei pentru un porc sau purcel; 2 lei pentru un cal, un măgar, un catâr, o vită mare cornută, un vițel sau un mânz; 3 lei pentru un bivol, o capră sau un ied.*

Dacă pădurea va fi mai tânără de 10 ani, amenda va fi îndoită.

⁸ Conform art.1, teza finală, din Legea pentru extinderea și aplicarea Codului silvic în tot cuprinsul României din 17.06.1923

În această ultimă categorie mai includem delictul prevăzut de art.73, referitor la contrafacerea, falsificarea sau utilizarea instrumentelor de marcare false, ori a instrumentelor reale, utilizate fără drept⁹.

Ca ultimă mențiune la analiza primului Cod silvic aplicabil pe întreg teritoriul României, reținem că art.74 a instituit o serie de circumstanțe agravante speciale¹⁰ pentru delictele și contravențiile prevăzute de art.60-67 și 72. Precizăm că acestea nu ar fi putut fi reținute în concurs cu circumstanțele agravante corespundente din Codurile penale aplicabile *rationae temporis*.

3. Codul silvic al României¹¹ din 1962 a fost modificat și republicat¹² în 1969, pentru a fi pus în acord cu prevederile Codului penal 1968.

În analiza întreprinsă, vom realiza o succintă caracterizare a reglementărilor regăsite în prima formă a Codului silvic 1962, ulterior procedând la analiza infracțiunilor, astfel cum au rezultat din modificările aduse legislației silvice în 1969.

Astfel, având în vedere prima formă a Codului, reținem că incriminările care fac obiectul prezentului studiu se regăsesc în Capitolul 6, intitulat Contravenții și infracțiuni și cuprind articolele 39-43. Printre acestea nu se regăsește nicio incriminare cu caracter autonom. Articolul 39, alin.1 prevede expres: Faptele care constituie infracțiuni silvice și sancțiunile corespunzătoare sînt cele prevăzute de legea penală, iar celelalte prevederi au caracterul unor norme procesuale, ce stabilesc competența organelor de cercetare penală, respectiv maniera de calcul și stabilire a prejudiciului rezultat din faptele penale îndreptate împotriva regimului silvic. În atare situație, nu putem fructifica analiza acestor prevederi în prezenta lucrare. Drept consecință, punem sub semnul îndoielii constatarea din doctrină conform căreia „Codul silvic din 1962 este fundamental deosebit de cel din 1910 pentru că a eliminat complet toate inconsecvențele legislației silvice burgheze”¹³.

În ceea ce privește Codul silvic 1962, ulterior modificării și republicării în 1969, observăm că incriminările penale se regăsesc în continuare în Capitolul 6, cuprinzând articolele 39-48.

La analiza acestora, avem în vedere că începând cu 01 ianuarie 1969 a intrat în vigoare Codul penal 1968, care a scos contravențiile din sfera dreptului penal, reținând ca unică formă a ilicitului penal infracțiunea. În atare situație, în sfera de interes a prezentei lucrări vor rămâne patru infracțiuni

Prima faptă se regăsește în prevederile art.41 și constituie o infracțiune de obicei: Ocuparea unor păduri sau terenuri din fondul forestier fără aprobare legală, ocuparea de suprafețe mai mari din acest fond sau amplasarea lucrărilor pe alte terenuri decât cele aprobate, neredarea terenurilor scoase temporar din fondul forestier în stare de a putea fi împădurite, săvârșite în mod repetat, constituie infracțiuni și se pedepsesc cu închisoare de la o luna la un an.

Ca și particularități ale incriminării, avem în vedere că elementul material se poate realiza prin acțiuni și omisiuni alternative, precum ocuparea unor păduri, terenuri, suprafețe, amplasarea lucrărilor, neredarea terenurilor. Realizarea infracțiunii simultan în mai multe modalități alternative nu duce la reținerea unei pluralități de infracțiuni, însă repetarea acestor fapte la un interval regulat, din care să rezulte obișnuința făptuitorului, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii.

A doua infracțiune este prevăzută de art.42 Codul silvic 1962 și vizează tăierea ori scoaterea din rădăcini, fără drept, de arbori, puieți ori lăstari, cu sau fără ridicarea acestora, din păduri sau de pe alte terenuri cu vegetație forestieră, aparținînd organizațiilor socialiste, dacă valoarea pagubei este mai mare de 300 lei, sau dacă valoarea pagubei este pînă la 300 lei, dar a fost săvârșită în mod repetat, constituie infracțiune și se pedepsește cu amendă de la 700 la 2.000 lei.

Ca o particularitate a reglementării, avem în vedere faptul că protecția penală este oferită numai pădurilor sau altor terenuri cu vegetație forestieră aparținînd organizațiilor socialiste.

În ceea ce privește urmarea imediată, pentru ca fapta să fie tipică, este necesar ca prejudiciul cauzat să fie superior valorii de 300 lei, ori dacă este inferior acestei valori, fapta să fi fost săvârșită în mod repetat. Apreciem că realizarea mai multor acte materiale, chiar și în modalitățile alternative specifice elementului material, cu același prilej nu conduc la reținerea unei infracțiuni de obicei, fapta nefiind săvârșită în mod repetat, în așa manieră încât să rezulte obișnuința făptuitorului.

⁹ Conform art.73 C.silvic 1910: *Acei care vor fi contrafacut sau falsificat ciocanele servind la marcarea arborilor, sau care vor fi uzat de ciocane contrafacute sau falsificate; acei cari își vor fi procurat, fără drept, ciocane adevărate și vor fi făcut cu ele o aplicare sau o întrebuințare păgubitoare intereselor sau drepturilor proprietarilor de păduri, vor fi pedepsiți cu închisoare dela o luna la șase luni, independent de despăgubiri.*

¹⁰ Art.74 C.silvic 1910 prevede: *Acei care vor fi comis delictele și contravențiunile prevăzute dela art. 60 pînă la 67 inclusiv și 72, vor fi supuși la o pedeapsă indoita și la o închisoare dela cinci zile pînă la o luna: a) În caz de recidiva, prin comiterea unui nou delict sau contravențiune, în timp de un an dela ultima condamnare a delincventului sau contravenientului; b) În caz de cumul de delict sau de contravențiuni; c) Cînd taierea s'a făcut cu herastraul; d) Cînd infracțiunea a avut loc între apusul și răsăritul soarelui; e) Cînd comiterea infracțiunii s'a făcut de mai multe persoane constituite în bande sau armate.*

¹¹ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr.28/30.12.1962

¹² Publicat în Buletinul Oficial, Partea I, nr.22/30.01.1969

¹³ I.Gheorghiu, *Apărarea fondului forestier împotriva infracțiunilor și contravențiilor*, Ed.Ceres, București, 1978, pg.39.

Alături de forma tip, anterior expusă, art.42 reglementează în alin.2 o formă asimilată a infracțiunii anterioare, elementul material alternativ fiind reprezentat de însușirea de arbori doborâți de fenomene naturale sau de arbori, puieti sau lăstari, care au fost tăiați ori scoși din rădăcini, fără drept, de altă persoană ori distrugerea sau degradarea arborilor, puietilor ori lăstarilor. Ca și în cazul forme tip, se menține condiția ca prejudiciul cauzat să fie superior valorii de 300 lei, ori fapta să fi fost săvârșită în mod repetat.

Cea de-a treia infracțiune, prevăzută de art.43, constituie o variantă agravată¹⁴ a infracțiunii prevăzute de art.42, atât în forma tip cât și în forma asimilată. Apreciem că este necesară observarea similitudinii între elementele de agravare din cuprinsul acestei din urmă infracțiuni și prevederile art.74 Codul silvic 1910, anterior reproduse. Ca o particularitate, observăm că tentativa la săvârșirea infracțiunii în forma agravată se pedepsește.

Toate cele trei infracțiuni anterior menționate pot fi incluse în categoria incriminărilor referitoare la tăierea, ridicarea sau sustragerea de material lemnos, conform clasificării propuse la momentul analizei Codului Silvic 1910.

Ultima infracțiune supusă analizei este incriminată de art.44, conform căruia Vătămarea arborilor, puietilor sau lăstarilor prin pășunare în zone sau păduri în care pășunatul este interzis, dacă valoarea pagubei cauzate depășește 300 lei, constituie infracțiune și se pedepsește cu amendă de la 700 la 2.000 lei. Apreciem că această infracțiune poate fi cuprinsă în categoria incriminărilor privitoare la pășunatul fără drept în interiorul pădurilor, conform clasificării propuse cu ocazia analizei Codului silvic anterior. Prin raportare la conținutul infracțiunii, apreciem că aceasta nu este susceptibilă de explicații suplimentare.

4. Codul silvic al României¹⁵ din 1996 a reprezentat cea mai puțin longevivă legislație silvică de drept comun din ultimul secol, acesta fiind în vigoare până la înlocuirea cu actualul Cod silvic, în 30 martie 2008.

Sub aspectul reglementărilor de natură penală, reținem că în Codul silvic din 1996, infracțiunile au fost grupate în Titlul VI referitor la Răspunderi și sancțiuni, cuprinzând articolele 95-109.

Din rândul acestora, numai 8 constituie incriminări ale unor fapte penale, celelalte având natura unor norme de drept procesual, ori a unor dispoziții comune.

În analiza întreprinsă, vom reveni la clasificarea propusă cu prilejul primului Cod analizat, respectiv vom include cele 9 infracțiuni în discuție în 3 categorii, urmând să menționăm particularitățile fiecăreia.

Prima categorie include incriminările referitoare la tăierea, ridicarea sau sustragerea de material lemnos. Aici includem prevederile art.97, 98, 104 Codul silvic 1996. Reținem că primele două texte de lege incriminează în mod concret două infracțiuni distincte, iar cel de-al treilea articol constituie o variantă agravată pentru primele două, când fapta este săvârșită de personalul silvic cu atribuții de constatare a infracțiunilor și a contravențiilor.

Analizând pe scurt prevederile art.97 Codul silvic 1996, reținem că elementul material este constituit din acțiunile alternative de tăiere ori scoatere din rădăcini, de arbori, puieti sau lăstari din fondul forestier național sau de pe terenurile cu vegetație forestieră prevăzute la art. 6 Codul silvic 1996.

Cerința esențială atașată elementului material este ca acțiunea să se realizeze fără drept. Urmarea imediată, precum în situația reglementărilor corespondente din Codul silvic 1962, presupune în mod alternativ, fie un prejudiciu de peste 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, iar dacă valoarea pagubei este inferioară acestui cuantum este necesar ca fapta să fi fost săvârșită de cel puțin două ori în interval de 2 ani. În alineatele următoare, limitele de pedeapsă sunt majorate, corespunzător cu creșterea valorii prejudiciului.

O problemă reală în această situație este reprezentată de modul în care se stabilește prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, ca element de referință pentru cuantificarea urmărilor imediate și, prin urmare, a încadrării juridice. În sinteză, răspunsul provine din conținutul art.107 Codul silvic 1996, care stipulează expres că evaluarea pagubelor cauzate fondului forestier prin infracțiuni se face potrivit criteriilor și cuantumurilor stabilite de autoritatea publică centrală care răspunde de silvicultură și sunt aprobate prin lege. În atare situație, din momentul în care prețul mediu rezultat este aprobat prin lege organică, norma penală existentă în Codul silvic se va completa cu prevederea legală, de forță egală, respectiv lege organică, pentru respectarea exigențelor art.73, alin.3, lit.h din Constituția României, care impun reglementarea prin lege organică a regimului juridic al infracțiunilor.

Alin.4 din cadrul articolului 97 reglementează o variantă agravată¹⁶ a faptelor prevăzute de alin.1-3, într-o formă oarecum similară ca și conținut cu prevederile art.43 Codul silvic 1962 și ale art.74 Codul silvic 1910, anterior reproduse, cu adaptările aferente noilor realități sociale.

În oglindă față de prevederile anterior analizate, reținem că art.98, reglementează într-o manieră quasi-identică infracțiunea de furt de arbori doborâți sau rupți de fenomene naturale, ori de arbori, puieti sau lăstari care au fost tăiați

¹⁴ Conform art.43 C.silvic 1962: *Faptele prevăzute în articolul precedent se pedepsesc cu închisoare de la o luna la 3 luni sau cu amendă, dacă au fost săvârșite în una din următoarele condiții: a) între apusul și răsăritul soarelui; b) prin tăierea arborilor cu fierastraul; c) în pădurile sau terenurile cu vegetație forestieră care îndeplinesc exclusiv funcții de protecție; d) de trei sau mai multe persoane; e) în interval de un an de la data condamnării definitive a făptuitorului pentru o infracțiune silvică. Tentativa se pedepsește.*

¹⁵ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr.93/08.05.1996

¹⁶ Art.97, alin.4 C.silvic 1996 prevede: *Maximul pedepselor prevăzute la alin. 1-3 se majorează cu 3 ani, în cazul în care faptele au fost savirsite în următoarele împrejurări: a) de doua sau mai multe persoane împreună; b) de o persoană având asupra sa o arma sau substante chimice periculoase; c) în timpul nopții; d) în arii forestiere protejate*

ori scoși din rădăcini, cu sau fără drept, din fondul forestier național sau de pe terenurile cu vegetație forestiera prevăzute la art. 6 Codul silvic 1996. Față de similitudinile existente între art.97 și 98, apreciem că nu se impun precizări suplimentare.

A doua categorie cuprinde infracțiunile privitoare la pășunatul fără drept în interiorul pădurilor, iar în această grupă va fi inclusă fapta incriminată de art.102, care interzice distrugerea sau vătămarea arborilor, puietilor ori lăstarilor prin pășunare în păduri sau zone în care pășunatul este interzis. Urmarea imediată implică stabilirea valorii pagubei la nivelul minim de peste 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masa lemnoasă pe picior.

A treia categorie include infracțiunile privitoare la distrugerea sau degradarea pădurilor, altfel decât prin tăiere, ridicare sau sustragere de material lemnos. În această categorie vom încadra prevederile art.96 și 103, care vizează, în esență, situații de ocupare și degradare mediului forestier, respectiv a pădurilor, terenuri sau ape din fondul forestier național, a semnelor de hotar ori de demarcație și a jnepenişurilor.

În această categorie vom încadra și infracțiunile referitoare la falsificarea sau utilizarea fără drept a ciocanului de marcat, prevăzute de art.99 și 100, într-o manieră de reglementare similară cu delictul corespunzător, prevăzut de art.73 Codul silvic 1910.

Nu vom analiza prevederile articolului 101 drept infracțiune autonomă întrucât aceasta este o referire la infracțiunea de distrugere calificată incriminată în Codul penal.

5. Codul silvic al României¹⁷ din 2008 a intrat în vigoare în data de 30 martie 2008, a fost republicat¹⁸ la data de 12 august 2015, fiind în vigoare și în prezent.

Referirile ce vor fi făcute la această din urmă legislație vor avea în vedere forma la zi la data redactării prezentului material, ultima modificare fiind făcută prin Legea nr.175/14.07.2017¹⁹.

Ca și în precedentul Cod silvic din 1996, dispozițiile penale se regăsesc în titlul VI, cu denumirea Răspunderi și sancțiuni, cuprinzând articolele 104-114 Codul silvic 2008. Dintre acestea, incriminări autonome se regăsesc în 6 articole.

Păstrând clasificarea propusă pe parcursul prezentei lucrări, vom încadra infracțiunile în trei categorii.

Prima categorie reunește infracțiunile referitoare la tăierea, ridicarea sau sustragerea de material lemnos. În acest sens, menționăm art.107 și 109, pe care alegem să nu le analizăm, în condițiile în care au un conținut similar cu prevederile art.97 și 98 din Codul silvic 1996, considerațiile expuse cu acel prilej urmând a fi menținute, iar diferențele dintre reglementări nu justifică explicații suplimentare, cu o unică excepție, respectiv modul de calcul al prejudiciului de care depinde încadrarea juridică.

Odată cu intrarea în vigoare a Legii nr.175/14.07.2017, s-a modificat art.105, alin.2 Codul silvic 2008, având, în prezent, următorul conținut: Valoarea prejudiciului prevăzut la alin. (1), produs prin fapte care constituie infracțiuni sau contravenții, se stabilește prin însumarea valorii pagubei produse pădurii cu valoarea funcțiilor pădurii nerealizate. În alineatele următoare sunt detaliate modalitățile de calcul al prejudiciului astfel realizat. În continuare, modul de calcul al prețului mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior a rămas reglementat de prevederile art.116, urmând a fi stabilit anual prin hotărâre de Guvern.

A doua categorie cuprinde infracțiunile privitoare la pășunatul fără drept în interiorul pădurilor, iar în această grupă va fi inclusă fapta incriminată de art.108 Codul silvic 2008, care prevede că pășunatul în pădurile sau în suprafețele de pădure în care acesta este interzis constituie infracțiune silvică. Limitele de pedeapsă sunt progresive și depind de valoarea prejudiciului prin raportare la prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, la data comiterii faptei. Ca particularitate, precizăm că alin.2 reglementează o formă agravată, pentru situația în care fapta este săvârșită în timpul nopții sau în fondul forestier național situat în arii naturale protejate de interes național.

A treia categorie include infracțiunile privitoare la distrugerea sau degradarea pădurilor, altfel decât prin tăiere, ridicare sau sustragere de material lemnos.

Includem în această categorie art.106 Codul silvic 2008, care, în alin.1 interzice Reducerea suprafeței fondului forestier național fără respectarea dispozițiilor art. 36 și 37. Cele din urmă articole stipulează condițiile de excepție în care fondul forestier național poate fi redus. Ca tehnică legislativă, prevederea are natura unei incriminări per relationem, dependentă de nerespectarea unor dispoziții cu caracter tehnic. Dat fiind faptul că textele la care se face referire se regăsesc în același act normativ apreciem că nu sunt necesare explicații suplimentare cu privire la conținutul constitutiv al infracțiunii.

Menționăm că, în această formă ori o formă similară, nu am regăsit incriminarea în legislațiile anterior analizate.

În ceea ce privește art.107¹ Codul silvic, introdus prin Legea nr.175/14.07.2017, apreciem că existența acestuia este justificată, fiind corespondentul incriminării regăsite în art.99 și 100 Codul silvic 1996 și al incriminării din art.73 Codul silvic 1910. Considerăm modificarea legislativă binevenită, cu atât mai mult cu cât extinde reglementarea la dispozitivele speciale de marcat, nu doar la ciocanele silvice de marcat.

¹⁷ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr.238/27.03.2008

¹⁸ Versiunea republicată a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.611/12.08.2015

¹⁹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.569/18.07.2017

În final, includem în această a treia categorie și art.110 Codul silvic.2008²⁰. Apreciem că forma actuală a acestuia constituie un regres față de forma anterioară, întrucât norma la care s-a făcut trimiterea (art.30, alin.1) este redactată într-o manieră ambiguă: Lucrările de regenerare artificială și de completare a regenerărilor naturale se execută în termen de cel mult două sezoane de vegetație de la tăierea unică/definitivă/după tăieri de produse accidentale sau tăieri ilegale pe suprafețe compacte de 0,5 ha, cu excepția extragerii masei lemnoase din arborete, afectate de doborâturi și rupturi masive de vânt și zăpadă și de uscarea anormală și a tăierilor unice în fondul forestier din Lunca și Delta Dunării, precum și din luncile râurilor inferioare; în funcție de amploarea fenomenului, structura teritorială de specialitate a autorității publice centrale care răspunde de silvicultură stabilește perioada maximă de regenerare artificială pentru situațiile de excepție, perioadă care nu poate să fie mai mare de 5 sezoane de vegetație de la tăiere.

Apreciem că din modul de redactare al art.30, în forma ulterioară modificării prin Legea nr.175/14.07.2017, astfel cum a fost redată, se instituie două obligații legale, în sarcina unor persoane diferite. Prima obligație incumbă persoanelor competente să procedeze la efectuarea lucrărilor de regenerare artificială și de completare a regenerărilor naturale, în interval de cel mult două sezoane de vegetație de la tăierea unică/definitivă/după tăieri de produse accidentale sau tăieri ilegale pe suprafețe compacte de 0,5 ha. Această obligație exista și în forma anterioară modificării prin Legea nr.175/2014. Analizând textul constatăm că acesta mai impune o obligație legală ce incumbă structurii teritoriale de specialitate a autorității publice centrale care răspunde de silvicultură, respectiv obligația de a stabili perioada maximă de regenerare artificială pentru situațiile de excepție, care nu poate fi mai mare de 5 sezoane de la tăiere.

Considerăm că intenția legiuitorului nu a fost să supună răspunderii penale structura teritorială de specialitate a autorității publice centrale care răspunde de silvicultură, motiv pentru care apreciem că această interpretare, deși bazată pe textul de lege, nu ar trebui luată în considerare în practică, până la o eventuală modificare de natură a înlătura interpretările neconforme.

6. Protecția fondului forestier este un fundament al dezvoltării durabile, întrucât „prin funcțiile de producție și de protecție pe care le îndeplinesc pădurile fac parte din patrimoniul național biologic și cultural al țării și, în același timp, al întregii lumi”²¹. Eficientizarea protecției impune recurgerea la mijloace de drept penal, iar continuitatea acestei asocieri precedă Marea Unire din 1 Decembrie 1918.

Pentru scopul prezentei lucrări, am stabilit 3 categorii de infracțiuni silvice, identificate, în majoritate, în fiecare din cele patru Coduri silvice românești, aplicabile în ultimul secol.

Evoluția reglementărilor penale în Codurile silvice a fost sinusoidală, deoarece în legislația din 1910 s-a remarcat abundența de incriminări detaliate și adaptate nivelului de dezvoltare socială al începutului de secol XX, însă schimbarea formei de guvernământ și a ideologiilor care au stat la baza conducerii statale a condus la adoptarea unui alt Cod silvic în 1962, care, anterior republicării în 1969 nu conținea nicio infracțiune silvică autonomă, ci făcea referire la normele penale de drept comun. Apariția a patru infracțiuni după republicarea Codului nu îl aduce la un nivel comparabil cu predecesorul său.

O veritabilă evoluție, sub aspectul incriminărilor penale, a fost constituită de Codul silvic din 1996, acesta cuprinzând o varietate de infracțiuni silvice, cu un nivel de claritate corespunzător.

Actualul Cod silvic, din 2008, reprezintă urmarea firească a evoluției Codului anterior, în condițiile în care incriminările sunt adaptate noilor realități sociale, fiind adecvate și pentru cazurile de mare infracționalitate forestieră, săvârșită de persoane juridice, însă în cuprinsul codului se regăsește și o incriminare recentă cu deficiențe de claritate, după cum am arătat în secțiunea precedentă.

Cu certitudine problema continuității și a noutății în materia infracțiunilor silvice este mult mai vastă decât rezultă din analiza întreprinsă, însă abordarea exhaustivă a particularităților fiecărei reglementări nu face obiectul prezentei lucrări.

²⁰ Art.110 prevede: *Nerespectarea obligației prevăzute la art. 30 alin. (1) constituie infracțiune silvică și se pedepsește cu amendă.*

²¹ D.Marinescu, M.C.Petre, *Tratat de Dreptul Mediului*, ediția a V-a, Ed.Universitară, București, 2014, pag.269.

PARTICULARITĂȚILE CONȚINUTULUI CONSTITUTIV AL INFRAȚIUNILOR SILVICE ÎN SITUAȚIA SUBIECTULUI ACTIV PERSOANĂ JURIDICĂ

Andreea VERNEA*

Abstract: *In this paper the author will point out the main particularities of criminal regulations found in the Romanian Forest Code, namely Law no.46/2008, when the perpetrator of the crime is a legal entity.*

For the purpose of this article, its structure shall be divided in three parts.

The first part will briefly point out the relevance of this study by reference to the necessity of environmental protection.

In the second part, each of the crimes provisioned in art.106-110 of the Romanian Forest Code will be briefly analyzed, only in regard of the constitutive structure of the crime, if the perpetrator is a legal person.

The third, and final part, will consist of a brief conclusion, pointing out the main deficiencies in enforcing the law in this particular type of cases.

Key words: **Forest Code; Environmental Crime; Liability of a legal entity.**

1. Analiza infracțiunilor silvice este relevantă în considerarea unei constante reduceri a suprafeței fondului forestier național în ultimele decenii, evoluția devenind ușor favorabilă în ultimii 5 ani, România înregistrând la sfârșitul anului 2015 o suprafață totală de 6.555.000 ha de pădure, indiferent de forma de proprietate exercitată asupra acestora¹.

Pădurile constituie o componentă majoră a capitalului natural al țării, fiind un factor principal de stabilitate ecologică, având o relevanță reală atât pe plan economic cât și pe plan social².

Cea mai periculoasă formă de criminalitate silvică are la bază exploatarea excesivă a resurselor naturale, dincolo de posibilitățile reale de regenerare ale ecosistemului. O asemenea exploatare nu se poate face decât în condiții industriale, cu tehnologie corespunzătoare, cu o forță de muncă adecvată și într-un cadru juridic inapt să opună o rezistență reală.

Deși efectele defrișărilor ilegale asupra mediului înconjurător și ale ecosistemului sunt incontestabile, modalitățile efective de reprimare ale acestor acțiuni sunt într-o continuă schimbare care uneori le lipsește de eficacitate. În prezenta lucrare vom analiza urmările unor modificări ale Codului silvic care au limitat aplicabilitatea normelor penale, lipsind de claritate textele de lege, în special în cazul normelor de trimitere.

În analiza întreprinsă nu vom aborda integral infracțiunile din Codul silvic ci numai din perspectiva conținutului constitutiv, urmând a ne mărgini la formele tip și formele asimilate, fără a discuta particularitățile formelor agravate.

Regimul general al răspunderii penale a persoanei juridice avut în vedere cu prilejul analizei este cel reglementat de Codul penal în titlul VI al Părții generale, articolele 135-151.

2. Pentru efectuarea unei analize de drept penal special, apreciem oportun să analizăm pe rând infracțiunile stipulate în Codul silvic, indicând particularitățile pentru situația în care subiectul activ este o persoană juridică.

Astfel, **prima infracțiune supusă analizei** este prevăzută de art.106, alin.1 C.silvic, conform căruia *Reducerea suprafeței fondului forestier național fără respectarea dispozițiilor art. 36 și 37 constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la un an sau cu amendă*³.

* Doctorand, Universitatea din București, Facultatea de Drept; Judecător, Judecătoria Sectorului 1 București; e-mail: andreeaoanea@gmail.com.

¹ Raport privind starea pădurilor României 2016 – Ministerul Mediului Apelor și Pădurilor, pg.2, disponibil on-line la adresa <http://apepaduri.gov.ro/wp-content/uploads/2014/07/Raport-starea-pa%C8%9Cdurilor-2016.pdf>, accesat la data de 28.02.2018.

² D.Marinescu, M.C.Petre, *Tratat de Dreptul Mediului*, ediția a V-a, Ed.Universitară, București, 2014, pg.269.

³ Pentru a avea reprezentarea elementului material este necesară redarea textelor la care prescripția normativă face referire, astfel, conform art.36, alin.1 C.silvic, Prin excepție de la prevederile art. 35 este permisă reducerea suprafeței fondului forestier național prin scoaterea /definitivă a unor terenuri necesare realizării obiectivelor de interes național, declarate de utilitate publică, în condițiile legii, precum și a unor terenuri pe care sunt amplasate capacități de producție și/sau servicii pentru apărare de interes strategic pentru securitatea națională.

Conform Art.37, alin.1 și 2 din același act normativ: (1) Pot fi scoase definitiv din fondul forestier național, doar cu condiția compensării acestora, fără reducerea suprafeței fondului forestier și cu plata anticipată a obligațiilor bănești, numai terenurile necesare realizării sau extinderii următoarelor categorii de lucrări și obiective:a) exploatare a resurselor minerale prevăzute la art. 2 alin. (1) din Legea minelor nr. 85/2003, cu modificările și completările ulterioare;b) obiective turistice, de agrement, inclusiv structuri de primire turistică, unități de cult, obiective sportive, medicale, precum și obiective sociale realizate numai de furnizorii de servicii sociale; pentru teritoriul administrativ în zonele de interes economic al Rezervației Biosferei "Delta Dunării" se pot realiza pontoane de acostare pentru ambarcațiuni cu scop turistic și de agrement și de aprovizionare cu alimente și combustibil, pontoane plutitoare și adăposturi pescărești pentru pescari constituiți în asociații;c)

Având în vedere tehnica normativă utilizată, reținem că, în concret, *verbum regens* al infracțiunii prevăzute de art.106, alin.1 C.silvic este reprezentat de *acțiunea sau omisiunea prin care se reduce suprafața fondului forestier național*, însă acestui element material îi sunt atașate două cerințe esențiale, ce trebuie îndeplinite cumulativ pentru ca fapta penală să fie tipică.

Prima cerință esențială este aceea a nesocotirii prevederilor art.36 C.silvic. Apreciem că este justificată numai analiza prevederilor art.36, alin.1 C.silvic, întrucât alineatele 2-5 nu stabilesc o conduită normativă, ci indică condițiile compensării terenurilor, ori ale acordării despăgubirilor. Considerăm o imprecizie terminologică referirea efectuată la întregul conținut al art.36 C.silvic, în condițiile în care nesocotirea prevederilor alin.2-5 ale respectivului articol nu poate avea ca urmare micșorarea fondului forestier în accepțiunea art.106, alin.1 C.silvic.

Astfel, pentru ca fapta să fie infracțiune, este necesar ca reducerea fondului forestier național să se fi făcut prin scoaterea definitivă⁴ a unor terenuri, *fie pentru alt scop decât realizarea obiectivelor de interes național declarate de utilitate publică* fie în vederea realizării obiectivelor de interes național, declarate de utilitate publică, *altfel decât în condițiile legii*, ori *a altui tip de terenuri decât cele pe care sunt amplasate capacități de producție și/sau servicii pentru apărare de interes strategic pentru securitatea națională*.

În prima situație, pentru ca fapta să constituie infracțiune, scoaterea definitivă a terenului trebuie să fie realizată pentru orice alt scop decât cel menționat, cerința esențială și elementul material fiind corespunzătoare unei fapte tipice în sens penal.

În a doua situație, cerința esențială presupune că scoaterea definitivă a terenurilor din fondul forestier național a fost efectuată în vederea realizării unui obiectiv de interes național, declarat de utilitate publică, însă cu nesocotirea prevederilor legale edictate în acest sens. Avem în vedere că stabilirea obiectivelor de interes național se realizează printr-un act normativ fie intern, fie internațional la care România este parte, însă declararea obiectivului de utilitate publică trebuie realizat în mod expres prin lege.

Prin urmare, îndeplinirea cerinței esențiale de care depinde existența corespunzătoare a elementului material poate fi stabilită numai cu ocazia analizei concrete a respectării condițiilor prevăzute în legea specială destinată a reglementa modalitatea de realizare a obiectivului de interes național, declarat de utilitate publică⁵.

În a treia situație, cerința esențială nu este îndeplinită dacă pe terenurile care urmează a fi scoase definitiv din fondul forestier național sunt amplasate capacități de producție ori servicii pentru apărare de interes strategic pentru securitatea națională, interesul public urmărit fiind vădit superior necesității menținerii integrității fondului forestier.

A doua cerință esențială presupune nerespectarea prevederilor art.37 C.silvic., respectiv scoaterea definitivă a unor suprafețe de teren fie fără compensarea corespunzătoare a acestora, ori în lipsa achitării obligațiilor bănești sau pentru alt scop decât cele enumerate expres de prevederile art.37, alin.1, lit.a-f C.silvic. În privința obiectivului prevăzut de lit.c din articolul anterior menționat, referitor la realizarea locuințelor de vacanță, numai în fondul forestier proprietate privată a persoanelor fizice și juridice sunt incidente în completare și prevederile art.37 alin.2 C.silvic, privind amplasarea obiectivelor menționate.

Spre deosebire de considerentele avute în vedere la analiza articolului anterior, apreciem că în acest caz, nesocotirea prevederilor art.37, alin.3-11 C.silvic, care reglementează condițiile compensării terenurilor și a achitării obligațiilor bănești constituie cerința esențială aferentă nerespectării elementului material al infracțiunii prevăzute de art.106, alin.1 C.silvic, în condițiile în care art.37, alin.1 C.silvic, stipulează expres că terenurile pot fi scoase definitiv din fondul forestier național *doar cu condiția compensării și cu plata anticipată a obligațiilor bănești*.

În atare situație, pentru o persoană juridică, dezvoltator imobiliar, ori constructor, fapta este tipică indiferent dacă realizează o scoatere a unui teren, proprietatea sa, din fondul forestier național și edifică pe acesta un ansamblu imobiliar, contrar prevederilor art.37, alin.1, lit.c și alin.2 C.silvic, ori dacă edifică o locuință de vacanță, în limitele

locuințe sau case de vacanță, numai în fondul forestier proprietate privată a persoanelor fizice și juridice;d) obiective instalate în fondul forestier național înainte de anul 1990, precum și suprafețele aferente activelor vândute, în condițiile legii, de către Regia Națională a Pădurilor - Romsilva;e) surse și rețele de apă și de canalizare, inclusiv ape minerale, surse și rețele de energie din surse convenționale sau regenerabile, rețele și sisteme de comunicații, drumuri de interes județean și local, parcuri recreative, parcuri tematice și/sau educaționale, situri arheologice înscrise în patrimoniul mondial UNESCO, monumente istorice, centre de management integrat al deșeurilor, precum și lucrări și/sau construcții hidrotehnice și de piscicultură; f) explorare a următoarelor resurse minerale: cărbuni, roci utile, agregate minerale, minereuri; explorarea, exploatarea și transportul resurselor de petrol și gaze naturale, precum și instalarea, repararea, întreținerea, dezafectarea rețelilor de transport sau distribuție petrol, gaze naturale sau energie electrică.(2) Amplasarea obiectivelor prevăzute la alin. (1) lit. c) se face cu respectarea următoarelor condiții, care trebuie îndeplinite cumulativ:a) construcția și terenul pe care se amplasează sunt proprietatea aceleiași persoane;b) suprafața maximă care poate face obiectul scoaterii definitive din fondul forestier, incluzând construcția, accesul și împrejmuirea, este de maximum 250 mp în cazul proprietăților forestiere mai mari de 5 ha și de maximum 5% din suprafața proprietății forestiere, dar nu mai mare de 200 mp, dacă suprafața proprietății forestiere este mai mică de 5 ha.

⁴ Presupune ca pierderea calității de teren aparținând fondului forestier național să nu fie limitată în timp.

⁵ Exemple de lucrări de utilitate publică se regăsesc în art.2, alin.1 din Legea nr.255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean sau local, publicată în Monitorul Oficial nr.853/20.12.2010. În acest sens, amintim că sunt de utilitate publică lucrările de realizare a sistemului național al perdelelor forestiere de protecție precum și a lucrărilor de împădurire a sistemelor degradate (conform art.2, alin.1, lit.g din actul normativ anterior menționat), însă acestea nu pot face parte din categoria suprafețelor cu care se reduce fondul forestier, deoarece perdelele forestiere de protecție ori zonele degradate împădurite fac parte din fondul forestier național, conform art.1, alin.2, lit.a C.silvic, raportat la art.2, alin.1 și alin.2, lit.b C.silvic.

prevăzute de art.37, alin.1, lit.c și alin.2 C.silvic, însă fără compensarea corespunzătoare a suprafețelor de teren, ori cu achitarea unor despăgubiri bănești inferioare în cuantum, contrar prevederilor art.37, alin.3-11 C.silvic.

Deși, *de lege lata*, interpretarea se impune, apreciem că aceasta conduce la o încadrare juridică inechitabilă, în condițiile unor acțiuni complet diferite, care nu au întotdeauna, ca efect, reducerea reală a suprafeței fondului forestier național. Considerăm, prin urmare, că este necesară o intervenție a legiuitorului care să clarifice acțiunile efective și cerințele esențiale care constituie elementul material al infracțiunii prevăzute de art.106, alin.1 C.silvic.

În acord cu doctrina⁶, opinăm că urmarea imediată constă în reducerea suprafeței fondului forestier național. În plus, în condițiile săvârșirii infracțiunii prin nerespectarea prevederilor art.37, alin.4 și 5 C.silvic., în condițiile neachitării obligațiilor bănești, apreciem că există și o urmare imediată secundară, constând într-un prejudiciu produs bugetului de stat.

Legătura de cauzalitate trebuie să existe, fiind necesară dovedirea acesteia în concret.

În privința laturii subiective, apreciem că infracțiunea poate fi săvârșită atât cu intenție directă cât și cu intenție indirectă în condițiile art.16, alin.6 C.pen. Mobilul și scopul nu prezintă importanță pentru încadrarea juridică. În situația subiectului activ persoană juridică, considerăm, în limitele art.135, alin.1 C.pen., că forma de vinovăție reținută în sarcina persoanei juridice este similară cu cea a persoanelor fizice care au săvârșit fapta în realizarea obiectului de activitate, în numele sau în interesul persoanei juridice.

Art.106 C.silvic incriminează în alin.2 **a doua infracțiune supusă analizei în prezenta cauză**, ce constituie o formă asimilată a variantei din alineatul precedent, având următorul conținut: „*Cu pedeapsa prevăzută la alin. (1) se sancționează și schimbarea destinației obiectivului pentru care s-a obținut aprobarea de scoatere din fondul forestier național sau de ocupare a fondului forestier național, dacă schimbarea destinației se produce în termen de 5 ani de la aprobarea scoaterii din fondul forestier*”.

În analiza infracțiunii identificăm o situație premisă, respectiv scoaterea ori ocuparea unui teren aparținând fondului forestier național în baza unei aprobări date pentru un obiectiv determinat.

Elementul constitutiv este reprezentat de acțiunea de schimbare a destinației obiectivului pentru care s-a obținut aprobarea. Apreciam că schimbarea destinației obiectivului nu se poate face decât prin acțiune nu și prin omisiune și presupune exploatarea obiectivului în altă manieră decât cea avută în vedere la momentul aprobării diminuării fondului forestier național.

În acest sens, considerăm că obținerea aprobării de scoatere a unei suprafețe din fondul forestier național, de către o persoană juridică în vederea edificării unei case de vacanță în vederea vânzării ulterioare, cu respectarea prevederilor art.37, alin.1, lit.c, coroborat cu art.37, alin.2 C.silvic, urmată de schimbarea destinației obiectivului și transformarea acesteia într-o clădire de birouri, constituie *verbum regens* al infracțiunii în cauză.

Pentru întrunirea condițiilor de tipicitate ale infracțiunii, este necesar să fie îndeplinită și cerința esențială atașată elementului material, privitoare la efectuarea acțiunii în termen de 5 ani de la aprobarea scoaterii din fondul forestier.

În cazul formei asimilate, apreciem că urmarea imediată nu mai poate fi reprezentată de o reducere a fondului forestier național, în condițiile în care aceasta a fost supusă compensării anterior aprobării scoaterii definitive a terenului, altfel, fiind întrunite elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute de art.106, alin.1 C.silvic, ci de o stare de pericol pentru relațiile sociale referitoare la siguranța raporturilor juridice grevate pe menținerea integrității fondului forestier național.

Fiind o infracțiune formală, legătura de cauzalitate rezultă *ex re*.

Considerațiile cu privire la forma de vinovăție, mobil și scop formulate cu prilejul analizei formei tip, se mențin în totalitate.

A treia infracțiune supusă analizei este prevăzută de art.107, alin.1 C.silvic⁷.

Analizând conținutul constitutiv, observăm că elementul material al laturii obiective este alternativ, fapta putând fi săvârșită în oricare din următoarele modalități: *tăierea, ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini de arbori, puieți sau lăstari din fondul forestier național și din vegetația forestieră din afara acestuia*. Apreciam că modalitățile normative nu necesită precizări suplimentare. În toate cele cinci variante, fapta este comisivă.

Prima cerință esențială atașată elementului material, impune ca acțiunile anterior menționate să fie efectuate *fără drept*. Explicarea sintagmei impune stabilirea, în concret, a condițiilor în care se poate proceda la exploatarea masei lemnoase în formele amintite. Apreciam că normele care reglementează condițiile de exploatare a arborilor, puieților

⁶ M.Gorunescu, *Infracțiuni contra mediului înconjurător*, Ed.CH Beck, București, 2011, pg.200.

⁷ Art.107, alin.1 C.silvic prevede: *Tăierea, ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini, fără drept, de arbori, puieți sau lăstari din fondul forestier național și din vegetația forestieră din afara acestuia, indiferent de forma de proprietate, constituie infracțiune silvică și se pedepsește după cum urmează: a) cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puțin 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data comiterii faptei; b) cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului produs nu depășește limita prevăzută la lit. a), dar fapta a fost săvârșită de cel puțin două ori în interval de un an, iar valoarea cumulată a prejudiciului produs depășește limita prevăzută la lit. a); c) cu închisoare de la un an la 5 ani, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puțin 20 de ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data comiterii faptei; d) cu închisoare de la 2 la 7 ani, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puțin 50 de ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, la data comiterii faptei.*

sau lăstarilor din fondul forestier național și din vegetația forestieră din afara acestuia, întrucât conțin cerințele esențiale ale elementului material al infracțiunii trebuie să fie stabilite prin lege organică⁸, în această categorie nefiind incluse dispozițiile administrative date în de autoritatea națională desemnată administrator al pădurii.

Cea de-a doua cerință esențială vizează întreprinderea acțiunilor care constituie elementul material asupra *arborilor, puieților sau lăstarilor din fondul forestier național și din vegetația forestieră din afara acestuia*. Considerăm că se impune o singură precizare cu privire la vegetația forestieră din afara fondului forestier național. În primul rând, reținem că forma actuală a art.107, alin.1 C.silvic este rezultatul modificării textului de lege⁹, în forma anterioară legiuitorul folosind sintagma „vegetația forestieră *situată pe terenuri* din afara acestuia”. Apreciem că modificarea legislativă nu este de natură a schimba sensul textului. În al doilea rând, considerăm că extinderea incriminării la orice formă de vegetație forestieră, din afara fondului forestier național, inclusiv asupra unor copaci aflați în curtea privată a unei persoane juridice constituie o măsură disproporționată față de scopul reglementării.

Cea de-a treia cerință esențială vizează ca prejudiciul produs să fie *de cel puțin 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data comiterii faptei*¹⁰. Determinarea valorii prejudiciului se face prin raportare la art.116 C.silvic, conform căruia *prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior se stabilește anual, prin hotărâre a Guvernului, la propunerea autorității publice centrale care răspunde de silvicultură*. Deși soluția legislativă în discuție a făcut obiectul unei excepții de neconstituționalitate, Curtea¹¹ a apreciat că acesta nu aduce atingere Legii Fundamentale, pentru rațiuni care exced cadrul prezentei lucrări, în condițiile în care soluția Curții Constituționale nu este recentă.

Având în vedere că elementul de raportare este compus din prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, prin art.1, pct.30 din Legea nr.175/2017, precitată, legiuitorul a considerat necesar să modifice art.105, alin.2 C.silvic, dând acestuia următoarea formă: *Valoarea prejudiciului prevăzut la alin. (1), produs prin fapte care constituie infracțiuni sau contravenții, se stabilește prin însumarea valorii pagubei produse pădurii cu valoarea funcțiilor pădurii nerealizate*.

Pentru a se determina valoarea pagubei produse pădurii, a fost introdus art.105, alin.2¹, iar pentru stabilirea valorii funcțiilor pădurii nerealizate a fost introdus alin.2² în același articol¹².

Principalele disfuncționalități ale noii reglementări pornesc de la faptul că o clasificare a pădurilor în tipuri funcționale cuprinse între I și VI nu este realizată în Codul silvic și nici nu există o prevedere de natură a trimite la un alt act normativ conținând această clasificare.

Având în vedere că determinarea efectivă a prejudiciului constituie o cerință esențială pentru stabilirea existenței elementului material al infracțiunii, fiind, așadar, parte din conținutul constitutiv al infracțiunii, este necesar ca aceasta să fie reglementată în mod expres, pentru a îndeplini criteriile de accesibilitate și previzibilitate, iar din punctul nostru de vedere, pentru a da eficiență prevederilor art.73, alin.3, lit.h din Constituția României trebuie ca reglementarea modului efectiv de calcul a prejudiciului, inclusiv clasificarea pădurilor în tipuri funcționale de care depinde algoritmul de calcul să fie realizată prin lege organică.

Considerăm că nu se impun precizări în privința formelor prevăzute de art.107, alin.1, lit.b-d C.silvic, acestea stipulând limite de pedeapsă diferite în funcție de valoarea prejudiciului, respectiv condiția obligativității repetării faptei în cazul în care prejudiciul este inferior valorii de referință.

Urmarea imediată este reprezentată de un prejudiciu adus fondului forestier național sau proprietarului vegetației forestiere din afara acestuia. Fiind o infracțiune de rezultat, legătura de cauzalitate trebuie dovedită.

În privința laturii subiective, considerăm că infracțiunea poate fi săvârșită atât cu intenție directă cât și cu intenție indirectă prin raportare la prevederile art.16, alin.6 C.pen. Mobilul și scopul nu prezintă importanță pentru încadrarea juridică. Considerațiile anterioare referitoare la forma de vinovăție a persoanei juridice se mențin în totalitate.

⁸ Apreciem că art.107, alin.1 C.silvic este o norma penală incompletă, iar normele prin care se stabilește conținutul obligațiilor a căror nerespectare constituie cerința esențială a elementului material trebuie reglementate la nivel de lege organică, pentru a respecta exigențele art.73, alin.3, lit.h din Constituția României.

⁹ Prin art.1, pct.33 din Legea nr. 175/2017, privind modificarea și completarea Legii nr.46/2008 – Codul silvic, precum și pentru modificarea art.5, alin.2 din Legea nr.192/2010 privind trecerea unor drumuri forestiere și a lucrărilor de colectare a torenților din domeniul public al statului și din administrarea Regiei Naționale a Pădurilor Romsilva, în domeniul public al unor unități administrativ-teritoriale și în administrarea consiliilor locale ale acestora, Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 569 din 18 iulie 2017

¹⁰ În varianta prevăzută de art.107, alin.1, lit.b C.silvic, cerința esențială presupune o precizare, fiind îndeplinite condițiile de tipicitate și în cazul în care valoarea prejudiciului săvârșit printr-o faptă este mai mică decât valoarea de referință, însă, fapta a fost săvârșită de cel puțin două ori în interval de 1 an, iar valoarea cumulată a prejudiciului depășește valoarea de referință.

¹¹ Decizia CCR nr.670/2008, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.559/24.07.2008

¹² Art.105, alin.2¹ prevede: Valoarea pagubei produse pădurii se calculează conform legii.

Art.105, alin.2² stipulează că *Valoarea funcțiilor pădurii nerealizate se calculează după cum urmează: a) pentru pădurile încadrate în tipurile funcționale T V și T VI: prin aplicarea factorului 0,5 la valoarea pagubei produse pădurii; b) pentru pădurile încadrate în tipurile funcționale T III și T IV: prin aplicarea factorului 0,7 la valoarea pagubei produse pădurii; c) pentru pădurile încadrate în tipul funcțional T II: prin aplicarea factorului 1,0 la valoarea pagubei produse pădurii; d) pentru pădurile încadrate în tipul funcțional T I: prin aplicarea factorului 1,5 la valoarea pagubei produse pădurii; e) pentru fondul forestier pentru care nu există obligativitatea întocmirii amenajamentului silvic în condițiile art. 20 alin. (2): prin aplicarea factorului 0,5 la valoarea pagubei produse pădurii.*

A patra infracțiune supusă analizei este reglementată de art.107¹, alin.1 C.silvic, conform căruia *Folosirea dispozitivelor speciale de marcat prevăzute la art. 63 fără drept sau cu nerespectarea reglementărilor specifice în vigoare constituie infracțiune silvică și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă*.

Cu titlu preliminar reținem faptul că acest articol a fost introdus prin art.1, pct.34 din Legea nr.175/2017, precitată și constituie o revenire în Codul silvic a unei reglementări existente în prima formă a acestuia, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.238/27.03.2008, respectiv în art.112, ulterior abrogat.

Apreciem introducerea acestui text ca fiind oportună, deoarece subsecvent abrogării fostului articol 112, singura calificare juridică pentru fapta de utilizare fără drept a unui instrument de marcare silvic era reprezentată de abuzul în serviciu în forma reglementată de Codul penal, cu distincția aferentă în funcție de calitatea subiectului activ.

În prezent, considerăm că este firesc să fi operat aceasta modificare, infracțiunea de utilizare fără drept a unui dispozitiv de marcat din cele prevăzute de art.63 dobândind autonomie.

Cu privire la elementul material, constatăm că acesta este posibil doar în formă comisivă și constă în acțiunea de folosire a dispozitivelor speciale de marcat. Acesta mai este grevat de o cerință esențială, exprimată într-o manieră redundantă: „*fără drept sau cu nerespectarea reglementărilor specifice în vigoare*”. Apreciem că în concret între aceste variante nu există o distincție reală, iar utilizarea dispozitivului de marcare efectuată cu nerespectarea prevederilor legale instituite pentru reglementarea modului de utilizare a acestora constituie infracțiune. Considerațiile efectuate cu ocazia analizelor anterioare privind necesitatea prevederii în lege organică a conduitelor a căror nesocotire atrage incidența legii penale se mențin.

Urmarea imediată constă într-o stare de pericol pentru relațiile sociale referitoare la normala desfășurare a raporturilor de exploatare a masei lemnoase.

Fiind o infracțiune formală, în prezenta situație, legătura de cauzalitate rezultă *ex re*.

În privința laturii subiective, apreciem că fapta poate fi săvârșită atât cu intenție directă cât și cu intenție indirectă, mobilul și scopul nefiind relevante pentru stabilirea încadrării juridice.

Cu privire la art.107¹, alin.1 C.silvic, întrucât acesta precizează că în cazul falsificării instrumentelor prevăzute de art.63 sunt aplicabile dispozițiile art.317 C.pen., vom reține că nu se realizează o incriminare autonomă, ci se indică încadrarea juridică incidentă, care, *de lege lata*, este aceeași cu cea anterioară modificărilor operate prin Legea nr.175/2014.

A cincea infracțiune supusă analizei este reglementată de prevederile art.108, alin.1 C.silvic¹³. Considerăm că analiza acesteia nu ridică probleme reale, elementul material fiind reprezentat de acțiunea de „pășunat”.

Prin aceasta, în considerarea faptului că prin ipoteza prezentului studiu subiectul activ este o persoană juridică, înțelegem asigurarea condițiilor necesare turmelor de animale pentru obținerea hranei prin păscut.

Prima cerință esențială este ca acțiunea să se realizeze într-o pădure sau parte dintr-o pădure în care pășunatul este interzis.

A doua cerință esențială este ca prejudiciul produs să fie de cel puțin 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data comiterii faptei. Considerațiile corespunzătoare de la analiza art.107, alin.1 C.silvic sunt aplicabile și în cazul de față.

Urmarea imediată constă în crearea unui prejudiciu prin distrugerea vegetației forestiere de către animale, într-o zonă supusă unui regim special de protecție¹⁴.

Fiind o infracțiune materială, legătura de cauzalitate trebuie dovedită.

În privința laturii subiective, apreciem că fapta poate fi săvârșită atât cu intenție directă cât și cu intenție indirectă, mobilul și scopul nefiind relevante pentru stabilirea încadrării juridice. Deși pare puțin probabil, fapta poate fi săvârșită de o persoană juridică, iar forma de vinovăție este similară cu cea a persoanelor fizice care au săvârșit fapta în realizarea obiectului de activitate, în numele sau în interesul persoanei juridice.

A șasea infracțiune analizată în prezenta lucrare este reglementată de art.109, alin.1 C.silvic¹⁵. Constatăm că aceasta reprezintă o formă particulară a infracțiunii de furt prevăzută de art.228, alin.1 C.pen., particularitatea

¹³ Conform art.108, alin.1 C.silvic: *Pășunatul în pădurile sau în suprafețele de pădure în care acesta este interzis constituie infracțiune silvică și se pedepsește după cum urmează: a) cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului este de cel puțin 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, la data comiterii faptei; b) cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului este de cel puțin 20 de ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, la data comiterii faptei; c) cu închisoare de la unu la 5 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului este de cel puțin 50 de ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, la data comiterii faptei.*

¹⁴ M.Gorunescu, *op.cit.*, pg.217.

¹⁵ Conform art.109, alin.1 C.silvic: *Furtul de arbori doborâți sau rușiți de fenomene naturale ori de arbori, puieți sau lăstari care au fost tăiați ori scoși din rădăcini, din păduri, perdele forestiere de protecție, din terenuri degradate care au fost ameliorate prin lucrări de împădurire și din vegetația forestieră din afara fondului forestier național, precum și al oricăror altor produse specifice ale fondului forestier național constituie infracțiune și se pedepsește după cum urmează: a) cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă, dacă valoarea materialului lemnos sustras este de cel puțin 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior; b) cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă, dacă fapta a fost săvârșită de cel puțin două ori în interval de un an, iar valoarea cumulată a materialului lemnos depășește valoarea prevăzută la lit. a); c) cu închisoare de la un an la 5 ani, dacă valoarea materialului lemnos sustras este de cel puțin 20 de ori*

constând în obiectul material al infracțiunii, respectiv *arbori doborâți sau rupți de fenomene naturale ori de arbori, puieți sau lăstari care au fost tăiați ori scoși din rădăcini, din păduri, perdele forestiere de protecție, din terenuri degradate care au fost ameliorate prin lucrări de împădurire și din vegetația forestieră din afara fondului forestier național, precum și al oricăror altor produse specifice ale fondului forestier național*.

Elementul material constă într-o acțiune de luare, specifică infracțiunii de furt, în accepțiunea art.228, alin.1 C.pen. Apreciem că fapta este comisivă, nefiind posibilă săvârșirea ei prin omisiune. Principala precizare care se impune în cauză vizează faptul că enumerarea din art.109, alin.1 este exemplificativă, aceasta purtând și asupra „altor produse specifice ale fondului forestier național”. În atare situație, este necesară stabilirea în concret dacă obiectul material al infracțiunii de furt este încadrabil în categoria produselor specifice ale fondului forestier național, astfel fiind incidentă cu prioritate prezenta prevedere față de infracțiunea de drept comun.

Urmarea imediată constă într-un prejudiciu în patrimoniul proprietarului produselor specifice fondului forestier național.

Legătura de cauzalitate trebuie demonstrată.

Infrațiunea de furt se va comite cu intenție directă calificată prin scopul însușirii bunului sustras pe nedrept, mobilul nefiind relevant pentru stabilirea încadrării juridice.

A șaptea și ultima infracțiune supusă analizei este reglementată de art.110 C.silvic, conform căruia: *Nerespectarea obligației prevăzute la art. 30 alin. (1) constituie infracțiune silvică și se pedepsește cu amendă*.

Dat fiind faptul că prevederea legală face referire la un alt text, din același act normativ, consacrand o incriminare *per relationem*, apreciem necesar să redăm și textul la care se face trimitere¹⁶.

Elementul material este reprezentat de nerespectarea obligației stipulate prin art.30, alin. C.silvic, respectiv *efectuarea lucrărilor de regenerare artificială și de completare a regenerărilor naturale, în interval de cel mult două sezoane de vegetație de la tăierea unică/definitivă/după tăieri de produse accidentale sau tăieri ilegale pe suprafețe compacte de 0,5 ha*.

Apreciem că aceasta este singura obligație instituită de textul în discuție, în ciuda faptului că în cuprinsul respectivului alineat se poate regăsi și o obligație expresă de a stabili perioada maximă de regenerare artificială pentru situațiile de excepție, care nu poate fi mai mare de 5 sezoane de la tăiere, pusă în sarcina structurii teritoriale de specialitate a autorității publice centrale care răspunde de silvicultură.

Urmarea imediată este reprezentată de o stare de pericol pentru relațiile sociale referitoare la administrarea și conservarea fondului forestier, iar legătura de cauzalitate rezultă *ex re*.

Apreciem că fapta poate fi săvârșită atât cu intenție directă cât și cu intenție indirectă, mobilul și scopul nefiind relevante pentru stabilirea încadrării juridice.

3. În considerarea analizei întreprinse, apreciem că principalele probleme în incriminările regăsite în Codul silvic au ca fundament tehnica legislativă specifică infracțiunilor dependente de modul de realizare a unei activități tehnice.

Astfel, după cum am arătat, considerăm că este necesară o intervenție a legiuitorului care să clarifice acțiunile efective și cerințele esențiale care constituie elementul material al infracțiunii prevăzute de art.106, alin.1 C.silvic,

În egală măsură, se impune stabilirea, în concret, a condițiilor în care se poate proceda la exploatarea masei lemnoase fără a atrage incidența textului incriminator regăsit la art.107, alin.1 C.silvic, cu atât mai mult cu cât lipsește clasificarea pădurilor în tipuri funcționale cuprinse între I și VI, la care legea face referire și pentru care algoritmul de calcul al prejudiciului ca și cerință esențială a elementului material este diferențiat în funcție de această clasificare.

Încercările de efectuare a analizei prin perspectiva subiectului activ persoană juridică au condus la concluzia că săvârșirea unora din fapte, deși posibilă la nivel teoretic, este extrem de puțin probabilă, precum pășunatul în zona de pădure în care este interzis, ori furtul de material lemnos căzut din cauze naturale sau alte produse specifice ale fondului forestier național.

Pe de altă parte, adevărata criminalitate de mediu, în materie silvică, este realizată la nivel organizat, relevante fiind prevederile infracțiunilor regăsite în art.106, alin.1 și 2 și art.107, alin.1.

Din fericire, jurisprudența în materia răspunderii penale a persoanei juridice în cazul infracțiunilor silvice este aproape inexistentă, prilej pentru care toată analiza s-a concentrat pe textele de lege actuale, asupra cărora încă nu există opinii doctrinare statornicite.

mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior;d) cu închisoare de la 2 la 7 ani, dacă valoarea materialului lemnos sustras depășește de 50 de ori prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior.

¹⁶ Art. 30, alin.1 C.silvic prevede: *Lucrările de regenerare artificială și de completare a regenerărilor naturale se execută în termen de cel mult două sezoane de vegetație de la tăierea unică/definitivă/după tăieri de produse accidentale sau tăieri ilegale pe suprafețe compacte de 0,5 ha, cu excepția extragerii masei lemnoase din arborete, afectate de doborâturi și rupturi masive de vânt și zăpadă și de uscare anormală și a tăierilor unice în fondul forestier din Lunca și Delta Dunării, precum și din luncile râurilor inferioare; în funcție de amploarea fenomenului, structura teritorială de specialitate a autorității publice centrale care răspunde de silvicultură stabilește perioada maximă de regenerare artificială pentru situațiile de excepție, perioadă care nu poate să fie mai mare de 5 sezoane de vegetație de la tăiere.*

SOLUȚII JURIDICE PENTRU STOPAREA FRAUDEI FISCALE A MULTINAȚIONALELOR DIN ROMÂNIA*

Constantin NEACȘU**

Abstract: The subject of tax fraud is the subject of many debates, focusing on both domestic and global economic space. Unlike world concerns, domestic concerns to reduce tax evasion are particularly limited to taxing small businesses, knowingly avoiding the sphere of tax havens.

Key words: tax evasion; state budget; transfers pricing; de lege ferenda proposals.

Multitudinea obligațiilor pe care legile fiscale le impune contribuabililor și, mai ales, povara acestor obligații au determinat stimularea ingeniozității acestora de a inventa procedee diverse de eludare a obligațiilor fiscale. Evaziunea fiscală a fost întotdeauna activă și ingenioasă, pentru simplul motiv că fiscalul, lovind indivizii și averea lor, îi atinge într-un punct extrem de sensibil: interesul bănesc.

La nivel mondial, studiile arată că firmele transferă 20% din profiturile lor în paradisuri fiscale¹; paradoxal, pe fondul scăderii sarcinii fiscale cu cca. 20-30% în ultimii 15 ani, intensitatea dirigerii profiturilor către paradisurile fiscale a crescut de zece ori. La nivel global, se apreciază că 8% din averea financiară personală este realizată prin intermediul unor companii offshore, păgubind guvernele statelor lumii cu mai mult de 200 miliarde dolari pe an; două treimi din această sumă este deturnată prin evaziune fiscală internațională.

Comisia Europeană, într-un comunicat către Parlamentul European (COM/2012/0351), arată că zeci de miliarde de euro, adesea nedeclarate și neimpozitate, se află în continuare în jurisdicții offshore, reducând veniturile fiscale naționale. Pentru a spori cooperarea, s-au adoptat măsuri privind: consolidarea instrumentelor existente pentru a evita practica generalizată a structurilor offshore, intensificarea schimbului de informații, combaterea tendințelor și a schemelor de evaziune și fraudă fiscal, consolidarea guvernantei fiscal sau asigurarea coerenței în raport cu țările terțe.

Timid, s-a pus pe agenda priorităților și politica fiscală a României. S-au lansat propuneri de modificare a Codului fiscal, s-au manifestat intenții de refacere a cadrului legal de reglementare (respectiv, rescrierea Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală) și s-au organizat dezbateri între antreprenori și specialiști în fiscalitate.

Însă, spre deosebire de preocupările manifestate pe plan mondial, preocupările interne de reducere a evaziunii fiscale s-au focalizat, cu precădere, la fiscalizarea micilor afaceri, evitând, cu bună știință sau din nepricepere, sfera paradisurilor fiscale². Prin paradisuri fiscale, multinaționalele prezente pe piața românească operează, de fapt, în România, un jaf de proporții abominabile.

Numai anul trecut, Bugetul de stat din România a încasat, din impozitul pe profit al companiilor, cu 7% mai puțin decât încasase în 2016, deși mediul de business pe piața autohtonă a prosperat fabulos în 2017, creșterea economică urcând spre 7%, cea mai înaltă, de altfel, din UE.

Așa-numita „creștere economică” este, de fapt, creșterea PIB-ului, iar PIB-ul este, în esență, valoarea adăugată (aproximativ 85-86%) plus intervenția netă a statului (14-15%). Iar valoarea adăugată înseamnă „compensarea salariaților” plus „excedentul brut de exploatare” (sau, mai simplu spus, salarii plus profituri).

Dacă, așa cum spun statisticile, ansamblul (adică PIB-ul) a urcat cu 7%, înseamnă că și profiturile ar fi trebuit să crească! Și atunci, dacă impozitul procentual pe profit a rămas același (16%), cum de au scăzut încasările din impozitul pe profit? Deci, din două una: ori încasarea scăzută la buget din impozitul pe profit constituie un neadevăr, ori creșterea PIB-ului (deci inclusiv a profiturilor) este o minciună! Doar că avem de-a face și o a treia variantă: creșterea economică există, deci și creșterea profiturilor din economie există, numai că cea din urmă este astfel învâluită fiscal, încât statul să nu ajungă la ea³!

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “*Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească*”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

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

¹ Zucman, Gabriel, 2014, *Taxing across Borders: Tracking Personal Wealth and Corporate Profits*, în *Journal of Economic Perspectives*, 28(4), pp. 121-148.

² Potrivit Ministerului de Finanțe, nivelul total al acestor operațiuni este de aproximativ 3-4 miliarde de euro, ceea ce reprezintă cca. 2-3% din PIB.

³ Ilie Șerbănescu, *Proгноze aiuristice în bugetul pe 2018*, în ziarul *Cotidianul*, 22 ianuarie 2018

Și, ca urmare, cu toate că a existat o creștere a profiturilor, statul a fost în situația de a impozita profituri în scădere! Statul român își proiectase o majorare a încasărilor din impozitul pe profit în 2017 tocmai cu 7%, dar de obținut a obținut o scădere cu 7%!

Și asta nu este totul! Estimata încasare de 14,1 miliarde lei din 2017 înseamnă, la 16% cotă procentuală de impunere, profituri fiscalizate de circa 88 miliarde lei⁴, în scădere de la 94 miliarde lei în 2016. Problema este că, la nivelul PIB-urilor din anii respectivi, profiturile realizate în România au fost de 470-480 miliarde lei. Așadar, o rată de doar o cincime profituri raportate (și deci fiscalizate) din totalul profiturilor realizate! Restul de 80% – eludare și/sau evaziune!

Cine sunt evaziioniștii? Din păcate, așa cum arată statisticile, firmele cu capital străin, care dețin cel puțin jumătate din cifra de afaceri din economia din România, raportează profituri de câteva ori mai mici decât firmele cu capital românesc.

Concluzia este clară: capitalul românesc, slab înzestrat tehnologic și subfinanțat, mai plătește câte ceva din ceea ce ar avea de plătit, dar capitalul străin, în frunte cu multinaționalele, nu plătește aproape deloc impozit pe profit, externalizând câștigurile înainte de și deci fără fiscalizare! Impozitarea profitului în România a devenit, astfel, o mascaradă.

Ce a făcut Guvernul român în 2017 pentru a echilibra resursele bugetului? A forțat preluarea de dividende de la întreprinderile încă de stat, unde este proprietar. A lăsat practic goale conturile unei părți care nu mai reprezintă decât 4% din economie, considerată neperformantă, pentru a nu se atinge cumva de buzunarele umplute prin jaf public de cei care dețin 96% din economie.

La ce să ne așteptăm în 2018, în condițiile revoluției fiscale? Este de presupus că firmele românești și-au făcut antrenamentul necesar încă din 2017, reducând la minimum plățile în contul impozitului pe profit, având în vedere că din 2018 neplata acestuia nu este infracțiune, pe când neachitarea contribuțiilor sociale se va pedepsi cu închisoarea. Dar tocmai spre a se evita o asemenea comutare a neplăților, Guvernul a introdus pentru firmele cu o cifră de afaceri sub un milion de euro (adică pentru 90% din firmele românești), în locul impozitului pe profit, impozitul pe cifra de afaceri, care nu prea poate fi evazonat. Așa că stagnarea prevăzută în buget pentru încasările din impozitul pe profit (14,2 miliarde lei, față de 14,1 miliarde lei în 2017) este o iluzie. Încasările din impozitul pe profit practic vor tinde spre dispariție în 2018, căci firmele românești nu vor mai avea legal de plătit impozit pe profit, iar multinaționalele, pentru care nimic în chestiune nu se schimbă, își vor continua batjocorirea Bugetului.

Practic, impozitul pe profit ca instituție fiscală va mai rămâne doar în cazul multinaționalelor (căci doar acestea au cifre de afaceri de peste un milion de euro) și întreaga evaziune pe care o practică în domeniu se va deschide ca o floare, întrucât toate încasările la buget care vor mai fi din impozitul pe profit vor fi doar de la acestea. Altele nu vor mai fi, căci capitalul românesc, în copleșitoarea sa majoritate, nu va mai plăti impozit pe profit. Nu 14 miliarde lei, câți sunt prevăzuți, ci maximum vreo 4-5 miliarde lei vor fi încasările la buget din impozitul pe profit! Adică vor fi fiscalizate doar vreo 30 miliarde lei din cele peste 300 miliarde lei (circa 60 miliarde euro) profituri realizate efectiv de capitalul străin în România!

Așadar, adesea, acțiunile guvernamentale de reducere a evaziunii fiscale și creștere a veniturilor bugetare sunt „pompiéristice” și vizează soluționarea unei anumite cazuistici a momentului. Ar fi de dorit ca, pentru obținerea unor rezultate sustenabile, acțiunile să fie derulate în cadrul unei strategii fiscale generale pentru asigurarea continuității. Doar că, din modesta mea experiență practică în domeniul fiscalității, am constatat că abordarea măsurilor de combatere a evaziunii fiscale și creșterea gradului de echitate fiscală „suferă” de o anumită generalitate, cu referire la deciziile „de la centru” și pierd din vedere „zona locală”, în care se manifestă fenomenul evazionist.

Orice măsură dispusă la nivel macroeconomic are la bază doar eficiența teoretică, într-un context general. Confirmarea sau infirmarea eficienței scontate a măsurilor are loc în cadrul raporturilor fiscale, dintre reprezentanții statului și contribuabili, doar aici se observă efectul deciziilor luate la nivel guvernamental sau al legislativului.

Sesizând acest aspect, măsurile gândite, pentru reducerea efectelor evaziunii fiscale și atenuarea impactului acesteia asupra echității fiscale, au fost desprinse mai mult din practica fiscală, încercând o oarecare delimitare față de propunerile, pertinente de altfel, făcute în literatura de specialitate. Pentru a avea succes în atenuarea efectelor evaziunii fiscale, direcția majoră de acțiune trebuie să o constituie anihilarea sau reducerea cauzelor care generează fenomenul evazionist: de la cauză la efect.

Insistăm asupra lipsei de voință politică în luarea unor decizii importante, cu referire, spre exemplu, la înființarea Tribunalului fiscal menite să rezolve o parte importantă a cauzelor evaziunii fiscale. Nu poți solicita decât unui judecător specializat să pătrundă în esența unui dosar de fraudă, analizând cu minuozitate toate aspectele identificate în cauză.

Pe parcursul cercetării, am consemnat o anumită convergență a opiniilor teoreticienilor și finanțistilor în legătură cu măsurile ce ar trebui întreprinse pentru limitarea efectelor evaziunii fiscale⁵.

⁴ Institutul Național de Statistică, <http://www.insse.ro/cms/ro/content/tendin%C8%9Be-%C3%AEn-evolu%C8%9Bia-activit%C4%83%C8%9Bii-economice-35>

⁵ Daniel Dăianu, *Romania și Euroaria. Mit și realitate*, Universitatea Babes-Bolyai, 25 februarie 2016

Acestea fac trimitere la: reducerea presiunii fiscale, creșterea gradului de colectare a impozitelor, îmbunătățirea legislației fiscale, sporirea civismului fiscal.

Fără a le contesta adecvarea în atingerea scopului, eficiența acestor măsuri este limitată de capacitatea instituțiilor fiscale de a veghea asupra bunei funcționări a sistemului fiscal, cu referire la: implementarea legislației, controlul modului în care se respectă aceasta și colectarea impozitelor. Legislația fiscală (Codul fiscal și Codul de procedură fiscală) suferă de o anumită incapacitate în a surprinde toate stările din economie, pe care o sesizează și o critică majoritatea acelor care „tratează” evaziunea fiscală. Această carență este proprie tuturor sistemelor fiscale, mai mult sau mai puțin pentru că, de regulă, economia se mișcă mai repede decât legislativul.

Legile nu sunt perfecte, sunt doar perfectibile, mai ales în contextul deschiderii piețelor și a circulației capitalurilor. Însă, ori cât am fi de critici, trebuie apreciată evoluția pozitivă a reglementării în materie fiscală. Legea este adesea imperfectă și lasă, cu sau fără voința legiuitorului, porțițe prin care unii contribuabili scapă de plata unor obligații fiscale, dar, marea evaziune fiscală este cauzată nu neapărat de „scăpările” din lege, ci de ... aplicarea legii⁶.

Dincolo de aspectele teoretice înscrise în manualele de economie și Drept fiscal, de lege ferenda, propunem patru măsuri concrete pentru combaterea impactului internaționalizării fraudei fiscale asupra economiei românești:

- Cunoașterea beneficiarului real în înregistrările societăților cu acționariat offshore la Oficiul Registrului comerțului
- Obligatorietatea înregistrării contractelor comerciale încheiate cu societăți străine la autoritățile fiscale
- Adoptarea principiului „Arm's Length” (Prețul just) în domeniul prețurilor de transfer.
- Renegocierea de către România, cât mai rapid posibil, a tuturor convențiilor de evitare a dublei impuneri, încheiate înainte de 1990, astfel încât câștigul de capital să fie și impozitat în România.

2. Cunoașterea beneficiarului real în înregistrările societăților cu acționariat offshore la Oficiul Registrului comerțului

Prin „beneficiar real” se înțelege orice persoană fizică care deține sau controlează în ultimă instanță persoana juridică în numele căreia se realizează o tranzacție sau o activitate. Așa precum băncile sau alte instituții o cer deja, cunoașterea beneficiarului real al înregistrării unei societăți este extrem de importantă. Astăzi, orice societate se poate înregistra sau poate fi asociat ori administrator în România, fără ca Oficiul Registrului comerțului să solicite acționarul / asociatul efectiv sau beneficiarul real.

Registrul comerțului ar trebui, prin modificarea Legii nr. 26/1990, republicată, să solicite documente certe pentru a identifica acționarul / asociatul efectiv sau beneficiarul real al înregistrării, chiar dacă acesta (aceștia) este sau nu sunt prezenți la efectuarea operațiunilor.

În vederea stabilirii identității beneficiarului real, s-ar putea solicita cel puțin următoarele informații:

- a) declarație pe proprie răspundere, prin care solicitantul să declare identitatea beneficiarului real,
- b) documente din care să reiasă nu doar datele înputerniciților, ci și pe cele ale ultimului beneficiar, în cazul în care o societate – asociat sau administrator într-o societate românească – are drept asociat altă entitate juridică.

În acest sens, trebuie transpusă în legislația românească 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.

Documentul susține că „Identificarea și verificarea beneficiarilor reali ar trebui extinsă, acolo unde este cazul, la entitățile juridice care dețin alte entități juridice, iar entitățile obligate ar trebui să identifice persoana fizică (persoanele fizice) care exercită în ultimă instanță, prin dreptul său (lor) de proprietate sau prin alte mijloace, controlul asupra entității juridice care este client. Controlul prin alte mijloace poate include, printre altele, criteriile de control utilizate în scopul pregătirii situațiilor financiare consolidate, cum ar fi prin intermediul acordului acționarilor, exercitarea unei influențe dominante sau competența de a numi conducerea de rang superior. Pot exista cazuri în care nu poate fi identificată nicio persoană fizică ce deține, în ultimă instanță, o entitate juridică sau exercită controlul asupra acesteia. În astfel de cazuri excepționale, entitățile obligate, după ce au epuizat toate celelalte mijloace de identificare și cu condiția să nu existe motive de suspiciune, pot considera conducerea de rang superior ca fiind beneficiarul real.”

Deținerea unor informații corecte și actualizate privind beneficiarul real este un factor-cheie în depistarea infractorilor care, altfel, și-ar putea ascunde identitatea în spatele unei societăți offshore. Prin urmare, Oficiul Registrului comerțului ar trebui să se asigure că entitățile înregistrate obțin și dețin informații adecvate, corecte și

⁶ Vasile Bîrle, *Evaziunea fiscală și corupția în sistemul fiscal*, Ed. Casa Corpului Didactic, Baia Mare, 2003;

actuale cu privire la beneficiarul lor real, pe lângă informațiile de bază, cum ar fi denumirea și adresa societății și dovada înregistrării și proprietarul legal.

În ciuda serviciilor financiare oferite, este necesar să existe o reglementare (în mod specific o reglementare unitară) și control asupra așa-zisei confidențialități pe care o doresc partenerii din mediul de afaceri.

În vederea consolidării transparenței, statele UE ar trebui să se asigure că informațiile cu privire la beneficiarii reali sunt stocate într-un registru central, în deplină conformitate cu dreptul Uniunii.

2. Obligatorietatea înregistrării contractelor comerciale încheiate cu societăți străine la autoritățile fiscale

Există în acest domeniu câteva zone de controversă și interpretare. În anul 2012 au apărut două tipuri de discuții legate de prestările nerezidenților către contribuabili români, care au ridicat o serie de întrebări în practică și au dat naștere la interpretări diferite atât din partea autorităților, cât și din partea contribuabililor. Există obligativitatea înregistrării, există o sancțiune pentru omisiunea acestei înregistrări, dar nu se menționează nicăieri că omisiunea s-ar sancționa și cu nedeductibilitatea cheltuielilor respective, astfel încât, este ușor pentru o multinațională să nu declare un asemenea contract, mai mult sau mai puțin cu propria subsidiară offshore, să încaseze o amendă de maxim 5000 lei, dar să își deducă liniștită cheltuieli de milioane de euro!

• **Înregistrarea contractelor cu societăți nerezidente** – Persoanele juridice române (și sediile permanente din România ale persoanelor juridice străine) au obligația de a înregistra la organul fiscal contractele încheiate cu persoane juridice străine sau persoane fizice nerezidente, în anumite condiții, potrivit Ordinului nr. 1.400/2012 privind modificarea procedurii de înregistrare a contractelor încheiate cu persoane nerezidente. Se înregistrează contractele încheiate cu persoane nerezidente care execută pe teritoriul României prestări de servicii care generează venituri impozabile. Când nu există un contract încheiat în formă scrisă, se înregistrează în locul acestuia documentele care justifică prestările efective de servicii. Sunt anumite formalități și condiții ce trebuie respectate: înregistrarea se face separat pe fiecare contract, termenul este până la 30 de zile din momentul încheierii contractului, se completează un formular special și se depune la organul fiscal competent. Problema de interpretare apare în privința noțiunii de „*executare a serviciilor pe teritoriul României*”. Această noțiune nu este definită în contextul Ordinului nr. 1.400/2012, iar în practică am constatat două abordări considerabil diferite cu implicații directe asupra contribuabililor declaranți. O interpretare la care aderăm este cea care ține cont de scopul declarării acestor servicii și anume informarea organului fiscal despre prezența unei persoane nerezidente pe teritoriul României care desfășoară o activitate comercială cu potențial de a da naștere unui sediu permanent. Crearea unui sediu permanent presupune impozitarea veniturilor acestui nerezident în România cu impozitul pe profit; deci miza este importantă pentru organele fiscale și explică efortul administrativ întreprins. În această ordine de idei, criteriul principal este dacă persoana nerezidentă are sau urmează să aibă o prezență fizică pe teritoriul României, de exemplu, prin intermediul angajaților săi prezenți anumite perioade în România. Chiar dacă legislația fiscală admite că sediul permanent nu ia naștere în caz de prezență limitată (de exemplu, doar câteva zile în România), contractele ce presupun asemenea prezență limitată trebuie oricum declarate la autorități. Deci, părerea contribuabilului cum că este sau nu sediul permanent nu este relevantă în acest caz. O altă interpretare mult mai nefavorabilă există în anumite administrații financiare. În acele situații „*executarea pe teritoriul României*” se judecă după formula oferită de legislația de TVA, unde deseori locul prestării serviciilor este locul beneficiarului român, chiar dacă nu există nicio prezență fizică a prestatorului nerezident în România. După părerea noastră, este o abordare nejustificată nici de text de lege, nici de scopul declarat al acestei înregistrări de contracte, dar din păcate e ceva ce există în practică și nu poate fi ignorat. Mai ales pentru că amenziile pentru neînregistrarea unui contract/document justificativ se ridică până la 5.000 lei. Desigur, contribuabilul se poate opune unor asemenea practici din partea autorităților, însă poate fi un proces oneros și cu șanse discutabile de izbândă.

• **Înregistrarea fiscală a persoanelor nerezidente** - opțională sau nu? Cea de-a doua problemă e legată de înregistrarea persoanelor nerezidente în România. Concret, e vorba de obținerea unui cod de identificare fiscală (CIF) pentru nerezidenții care nu au prezență în România și au venituri de natura serviciilor, dividendelor, redevențelor etc. impozabile prin reținere la sursă. Legislația în vigoare impune acestor persoane nerezidente obligația obținerii unui CIF în România. Dacă nerezidentul în cauză nu obține acest CIF, atunci plătitorul de venit rezident care reține impozitul poate să obțină un asemenea cod în numele nerezidentului. De notat că partea română nu este obligată, ci doar „poate” să obțină acest CIF. De ce e nevoie de CIF pentru o persoană nerezidentă căreia i se reține impozitul oricum? Se pare că acest demers administrativ reprezintă un pas spre elaborarea unei baze de date cu persoane nerezidente care obțin venituri din România. Momentan, utilitatea acestor informații ar fi numai în contextul schimbului de informații cu alte state, prin care România uneori transmite datele fiscale ale unor contribuabili străini către autoritățile fiscale din țara lor de rezidență. Totuși, chiar dacă nu pare obligatorie, neobținerea unui CIF pentru nerezident poate să aibă repercusiuni asupra plătitorului român de venit. Concret, cel din urmă e obligat să depună pe 28/29 februarie o declarație cu toate plățile efectuate care sunt subiect de impozit prin reținere la sursă. Mai nou, această declarație impune și completarea unei căsuțe cu CIF-ul nerezidentului în cauză. Dacă acest CIF nu există și deci nu poate fi indicat, se poate ca declarația să fie refuzată la depunere la administrația financiară ca incompletă și să

se aplice și o amendă (până la 5.000 lei). Deci, pe de o parte, persoana română nu e obligată să obțină acel CIF pentru nerezident; pe de altă parte, dacă nu îl obține, riscă să fie sancționată. E o neconcordanță legislativă care trebuie să fie rezolvată.

3. *Adoptarea principiului „Arm's Length” (Prețul just) în prețurile de transfer.*

Dacă urmărim cadrul normativ din România, legislația în domeniul prețurilor de transfer oferă reglementări limitate privind tratamentul tranzacțiilor financiare, acestea axându-se pe împrumuturile intra-grup. Prevederile existente în Codul Fiscal și Normele metodologice de aplicare nu includ reguli care să vizeze alte tipuri de tranzacții financiare intra-grup, precum garanțiile bancare, garanțiile de performanță, instrumentele financiare derivate sau tranzacțiile de asigurare și altele asemenea. În vederea reglementării unor astfel de tranzacții, legislația fiscală românească ar putea fi îmbunătățită prin adoptarea unor prevederi clare privind metodele utilizate în stabilirea prețului de piață pentru astfel de tranzacții financiare. Exemple în acest sens sunt date de țări precum Marea Britanie sau Germania, care au implementat astfel de prevederi în legislațiile naționale.

Autoritățile fiscale române ar putea avea în vedere, în cadrul inspecțiilor fiscale derulate, verificarea corespondenței între aranjamentele contractuale încheiate de contribuabilii români cu părțile lor afiliate și funcțiile îndeplinite, riscurile asumate și activele utilizate efectiv de către entitățile parte la tranzacție. Totodată, pentru a surprinde substanța economică a tranzacțiilor intra-grup, inspecția fiscală sau cercetarea penală ar putea să vizeze validarea analizei funcționale care este parte integrantă a documentației prețurilor de transfer, cu modelul de afaceri operat de contribuabil, pentru a putea surprinde substanța tranzacțiilor intra-grup.

În adoptarea principiului „Arm's Length”, autoritățile fiscale române ar trebui să implementeze următoarele măsuri:

- Validarea corespondenței dintre alocarea riscurilor și capitalurilor și modelul de afaceri implementat;
- Verificarea manierei de derulare efectivă a tranzacțiilor versus alocarea contractuală a riscurilor și capitalului.

Pornind de la premisa că măsurile de ordin legislativ constituie pilonul central în combaterea evaziunii fiscale transfrontaliere în domeniul prețurilor de transfer, este de la sine înțeles că se impune eliminarea redundanțelor existente în cadrul normativ, atât la nivel național, cât și la nivel internațional, iar, din dorința tratării unitare a subiectului în cauză, este necesară „compatibilizarea” legislativă a referentialului fiscal intern al statelor cu reglementările cuprinse în Ghidul O.E.C.D. al prețurilor de transfer, precum și cu principiile structurate în Codul de conduită al prețurilor de transfer⁷.

6.3. Renegocierea de către România, cât mai rapid posibil, a tuturor **convențiilor de evitare a dublei impuneri**, încheiate înainte de 1990, astfel încât câștigul de capital să fie declarat și impozitat în România

Din punct de vedere juridic, dubla impunere internațională apare atunci când același venit obținut de către un contribuabil este impozitat de către două state. Pentru a combate efectele dăunătoare pe care dublă impunere internațională le imprimă asupra liberului schimb de bunuri și servicii și mișcării de capital, tehnologiei și persoanelor, statele lumii au încheiat convenții bilaterale sau multilaterale prin care oferă un mijloc de soluționare, pe o bază unitară, a celor mai des întâlnite probleme care apar în domeniul dublei impuneri internaționale⁸.

În prezent România are încheiate un număr de 82 de convenții de evitare a dublei impuneri cu state din întreaga lume. Prima convenție încheiată de România a fost cea cu Germania (aplicabilă de la 1.01.1972) iar ultima convenție încheiată a fost cea cu Arabia Saudită.

În urmă cu doi ani, în scandalul dezinfectanților diluați, românii au putut afla concret la ce poate servi o firmă înființată în Cipru de către un cetățean român sau o companie înregistrată în România. De exemplu, firma din Cipru, controlată de același om de afaceri care controla și firma Hexi Pharma, importa un anumit tip de dezinfectant din Germania, la prețul de cca 8 euro litrul și refactura același produs la prețul de cca 100 euro pe litru către firma Hexi Pharma. Suma reprezentând diferența între 100 de euro și 8 euro primea destinația dată de către cei care controlau firma din Cipru, în mod netransparent și fără a fi declarată în vederea impozitării.

O firmă înființată în Cipru poate servi însă și la evitarea totală a impozitării unui venit obținut printr-o investiție efectuată în România.

De exemplu, un om de afaceri vinde un pachet de acțiuni la o bancă din România, printr-o firmă deținută în Cipru. Deși creșterea în valoare a băncii este realizată în România, totuși câștigul de capital nu poate fi impozitat în România cu cota de impozit de 16 la sută, deoarece, potrivit convenției de evitare a dublei impozitări, încheiată între România și Cipru, câștigul de capital se impozitează în Cipru, unde este înregistrată compania care deține acțiunile la banca din România.

Prin urmare, România, care a încheiat această convenție, înainte de anul 1990, a abandonat dreptul său de a impozita câștigul de capital. Dar în Cipru, câștigul de capital este scutit de la impozitare. În consecință, în cazul

⁷ Florin-Cristian Bălan, *Prețul de transfer*, Revista de drept comercial, nr. 3/2004, pag. 207

⁸ Cristina Voicu, George Cosmin Militaru, Ionuț Ardeleanu, *Investigarea infracțiunilor de evaziune fiscală* - Ghidul a fost elaborat în cadrul proiectului „Îmbunătățirea capacității judecătorilor și procurorilor români de a lupta împotriva corupției și a criminalității economice și financiare” implementat de Consiliul Superior al Magistraturii, în parteneriat cu Institutul Național al Magistraturii.

prezentat, convenția de evitare a dublei impozitări a devenit, în fapt, o convenție de evitarea a oricărui impozit asupra câștigului de capital, atât în România, cât și în Cipru.

Dacă această poziție corespundea, într-un fel, intereselor României de atunci, când investițiile străine în țara noastră erau aproape inexistente, în prezent, convențiile de acest tip ne sunt total dezavantajoase. Prin urmare, se impune ca România să renegocieze, cât mai rapid posibil, toate convențiile de evitare a dublei impunerii, încheiate înainte de 1990, astfel încât câștigul de capital să fie declarat și impozitat în România. În acest fel, procedează deja țări precum India.

Tinând cont că vorbim de firme situate în țări diferite, singura modalitate prin care mișcările financiare pot fi verificate în ansamblul lor este prin colaborarea organelor de control din țările în cauză, respectiv schimbul de informații, prevăzut în Modelul OECD al Convenției fiscale în cadrul articolului 26 (Schimb de informații). În comentariile Modelului OECD este abordată problema companiilor care, prin construcții legale artificiale, beneficiază atât de avantajele fiscale oferite de legislațiile interne, cât și de înlesnirile de la impozitare prevăzute în convențiile de evitare a dublei impunerii. Un astfel de caz ar fi acela al unei persoane (indiferent dacă este sau nu rezidentă a unui Stat Contractant) care acționează prin intermediul unei entități legale constituite într-un Stat cu scopul esențial de a obține beneficiile convenției, care altfel nu ar fi fost disponibile direct.



În prezent, organizații internaționale cum sunt O.N.U., O.E.C.D., F.M.I., Grupul Băncii Mondiale și altele își coordonează eforturile pentru transformarea celor două sisteme, financiar și fiscal. Au fost elaborate standarde internaționale pentru transparență fiscală, la care sunt chemate să adere toate statele lumii, iar Forumul global pentru transparență și schimb de informații în scopuri fiscale monitorizează modul în care fiecare țară adoptă legislația necesară și ia măsurile practice pentru respectarea acestor standarde⁹.

Comunitatea politică internațională răspunde cerințelor cetățenilor declarând lupta împotriva corupției, a evaziunii fiscale și a spălării banilor o prioritate. Rezistența însă la transformarea celor două sisteme, financiar și fiscal, este încă mare, deoarece, după cum s-a văzut, în urma scandalului dezvăluit de către *Panama Papers*, chiar oameni politici, cu mari responsabilități oficiale din unele țări, se folosesc de către companii și alte entități înființate în paradisuri fiscale.

Iată de ce, se impune să înceteze ipocrizia elitelor politice, a celor care acționează în sistemul financiar global și în cel fiscal internațional, dintre care mulți și-au pierdut compasul moral. Este vremea acțiunilor concrete și nu a limitării numai la comunicate de reafirmare a voinței de a lupta împotriva evaziunii fiscale și a planificării fiscale agresive.

⁹ Parlamentul European, "Request for setting up of a Committee of inquiry to investigate alleged contraventions and maladministration in the application of Union law in relation to money laundering and tax avoidance and tax evasion", 25th of May, 2016.

EVOLUȚIA INFRAȚIUNII DE FAVORIZARE A FĂPTUITORULUI ÎN LEGEA ROMÂNĂ. UNELE ELEMENTE DE CONTINUITATE

Ioana RUSU*

Abstract : In the present study we briefly examined the offense of favoring the offender, in a special manner since the first mention, namely that of the Criminal Code from 1864 to the present day.

We also presented some opinions promoted by the doctrine of time, as well as some cases settled by the case law, highlighting the consistency of the Romanian legislator in the provision of the group of crimes against justice and the crimes examined, as well as the progress of the criminalization regarding its legal construction.

Last but not least, I have insisted on some similarities between the crimes of this fact in the four criminal codes.

The elements of novelty consist both in the examination carried out and in highlighting some aspects regarding the continuity of incrimination and the continuous improvement of the text of incrimination.

The work may be useful to students and master students from faculties, as well as practitioners in the area of applying more favorable criminal law.

Key-words: Crime; judicial content; importance; continuity.

1. Introducere

Într-un mod asemănător altor legislații europene, legiuitorul român a păstrat în Codurile penale adoptate în perioada modernă, incriminarea unui grup de infracțiuni distinct de altele, menit să apere activitatea de înfăptuire a justiției.

Se poate evidenția faptul că începând cu adoptarea primului Cod penal, respectiv Codul penal de la 1864, legiuitorul român a incriminat o serie de fapte prin care se aduce atingere activității de înfăptuire a justiției, iar începând cu Codul penal Carol al II-lea, aceste fapte au fost grupate distinct, în titluri sau capitole cu denumiri marginale sugestive.

Infrațiunea de favorizare a făptuitorului a fost prevăzută în primul Cod penal și menținută în continuare în toate legile penale române până în zilele noastre.

Examinarea textelor de incriminare promovate odată cu adoptarea Codului penal de la 1864 și până în zilele noastre evidențiază consecvența incriminării, evoluția incriminării în ceea ce privește construcția sa juridică, precum și existența unor elemente de asemănare între aceste incriminări.

2. Codul penal de la 1864

Incriminarea faptei de favorizare a făptuitorului (infractorului) reprezintă o tradiție a dreptului român, deoarece fapta în sine, fără a avea o denumire marginală este incriminată chiar în Codul penal de la 1864, în art. 52, 197 și 285.

Potrivit dispozițiilor art. 52 din Codul penal de la 1864 „Aceia cari, cunoscând culpabila purtare a făptuitorilor de rele în uneltire de tâlhării sau de silnicii în contra siguranței Statului, a liniștei obștești, a persoanelor sau a proprietăților, sunt deprinși a le da mai totdeauna găzduire, loc de scăpare ori de întâlnire se vor pedepsi ca complici ai acelor făcători de rele”¹.

Din examinarea textului rezultă că erau incriminate faptele celor care ofereau găzduire persoanelor despre care cunoșteau că se ocupă cu comiterea infracțiunilor incriminate în text. De altfel, chiar doctrina franceză a timpului evidențiază că „Găzduitorul nu se pedepsește ca complice decât pentru crimele comise de răufăcător în timpul pe când îl găzduia, iar pentru celelalte comise înainte sau în urmă, trebuie să ne referim la complicitatea din dreptul comun”².

Așadar, textul în cauză impunea sancționarea persoanei care găzduiește o altă persoană cunoscând că aceasta de urmă, pe timpul găzduirii comite anumite genuri de infracțiuni, respectiv, de uneltire de tâlhării sau de silnicii în contra siguranței Statului, a liniștei obștești, a persoanelor sau a proprietăților.

Persoana în cauză nu răspundea penal pentru ajutorul dat, pentru infracțiuni comise anterior găzduirii sau după ce autorul nu a mai fost găzduit.

În legea penală română în vigoare această faptă este considerată a fi o formă a complicității concomitente sau posterioare.

Incriminarea faptei de favorizare a făptuitorului este prevăzută într-o modalitate asemănătoare actualei reglementări în dispozițiile art. 197, așa cum a fost modificat și completat prin Legea din 17 februarie 1874.

*Asistent univ.dr., Universitatea Creștină "Dimitrie Cantemir" București; e-mail: oanarusu_86@yahoo.com

¹ George St. Badulescu și George T. Ionescu, *Codul penal adnotat cu jurisprudență și doctrină română și franceză*, cu o prefață de I. Tanoviceanu, profesor de drept penal la Universitatea din București, Ed. Tip ziarului Curierul Judiciar 5, Rahovei, 5, București, 1911, pp. 79 și 80.

² *Ibidem*, p. 80, Garçon, art. 61, No. 21.

Potrivit dispozițiilor acestui text „Acea care vor fi ascuns, ori vor fi mijlocit a se ascunde persoane pe care le cunoșteau de săvârșitoare de crime, se vor pedepsi cu închisoare de la 1 lună la 1 an.

Iar dacă ascunderea, sau mijlocirea de ascundere, se va fi făcut pentru a-și împarte folos, pedeapsa va fi de 2 ani închisoare. Vor fi însă apărați de osânda coprinsă într'acest articol, rudele de sus și de jos, soțul sau soția, și chiar de vor fi despărțiți, frații și surorile culpabililor celor ascunși, și afinii până la aceeași spiță”³.

Un prim element ce trebuie reținut este asemănarea textului cu cel din legea actuală, cu unele mici deosebiri.

Al doilea aspect vizează cauza de nepedepsire care este de actualitate, fiind păstrată de legiuitorul român și în textul actual.

Referindu-se la jurisprudența franceză a timpului, autorii precizau că „Prin o decizie din 1 Maiu 1897 (Daloz 1898, 1, 253) Curtea de casație fr. a revenit asupra deciziei din 1867, și a decis că prin ascunderea despre care vorbește art. 248, nu se poate înțelege decât un azil dat criminalului sau de acte cari au de obiect de a-l pune la adăpost de acțiunea justiției”⁴.

În sfârșit în textul art. 285 este pedepsită acțiunea de ascundere a cadavrului unei persoane „omorâte, ori moarte în urmare de lovituri sau răni”⁵.

O modalitate normativă agravată era prevăzută în alin. (2) unde se menționa sancționarea „dacă ascunderea se va fi făcut cu în parte și folos”⁶.

3. Codul penal Carol al II-lea

În Codul penal Carol al II-lea fapta de favorizare a infractorului era incriminată în mai multe texte, respectiv: art. 284, art. 285, art. 286, art. 287, art. 288 și art. 321.

Potrivit dispozițiilor art. 284 din Codul penal Carol al II-lea, „Comite delict de favorizarea infractorului:

1. Acela care, fără să fi avut o înțelegere prealabilă cu autorul sau complicele, înainte de comiterea infracțiunii, dă ajutor sau protecție acestora, pentru a eluda sau zădărnici cercetările sau alte acte de procedură ale autorităților, ori pentru a se sustrage dela acestea, sau dela executarea pedepsei;

2. Acela care, în condițiile alineatului precedent dă ajutor autorului sau complicei, ca să-și asigure folosul sau produsul infracțiunii;

3. Acela care ascunde cadavrul unei persoane, victimă unei crime sau a unui delict”⁷.

Sancțiunile prevăzute de lege sunt diferite, în raport cu crima, delictul sau contravenția comisă de infractorul favorizat, respectiv: „Delictul de favorizare a infractorului se pedepsește cu închisoare contravențională dela 3 luni la 2 ani și cu amendă dela 2.000 la 10.000 lei, când infractorul favorizat a comis o crimă, cu închisoare corecțională dela o lună la un an, când acesta a comis un delict și cu amendă până la 5.000 lei, când infracțiunea favorizată este o contravenție”⁸.

În cadrul unei analize în care au fost avute în vedere și dispozițiile cuprinse în Codul penal de la 1864, în doctrina timpului se aprecia că „Delictul de favorizarea infractorului, deși era cunoscut și de codul din 1864, totuși în noul cod a primit două noi caracterizări: prima, o denumire nouă de favorizarea infractorilor, recomandată de doctrina ca sintetizând mai bine activitatea ilicită de ajutorare și protejire a infractorilor, denumire întrebuințată atât de noul cod italian (art. 378 și 379) cât și de cel german (§ 257) și secunda, aceea că i s'a dat un concept unic, în sensul că nu mai este delict de obicei, ci delict simplu de găzduire fără elementul obișnuinței, cum era în codul din 1864. Pe viitor, faptul că va fi pedepsit sub o singură formă, aceea de favorizare de infractori, pentru care va fi suficientă o singură găzduire sau ascundere, a unei persoane urmărite. Elementul obișnuinței va fi o circumstanță agravantă de fapt (art. 21 c.p.) sau legală.

Într-un singur caz legiuitorul noului cod a făcut din obișnuință pentru acest delict o circumstanță agravantă legală, anume în infracțiunile de incursiuni pe teritoriul țării, aceasta din cauza situațiunii excepționale, precum și din cauza gravității pedepsei ce edicta (art. 321 c.p.)”⁹.

Referindu-se strict la elementul material al laturii obiective, autorul citat susține că: „Elementul material al delictului de favorizare și față de termenii întrebuințați de art. 284, poate consista din orice acțiune sau inacțiune care are de scop împiedicarea cercetărilor poliției sau justiției în avantajul unei persoane urmărite. Astfel delictul de favorizare poate rezulta și numai din faptul de a-i fi procurat sau servit alimente acolo unde era ascuns, deși de fapt nu i-a dat găzduire etc.”¹⁰

³ *Ibidem*, p. 269.

⁴ *Ibidem*, pp. 269 și 270.

⁵ *Ibidem*, p. 390.

⁶ *Ibidem*, p. 390.

⁷ Const. G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, H. Aznavorian, Traian Pop, Mihail I. Papadopolu, N. Pavelescu, *Codul penal Carol al II-lea, Adnotat, vol. II, Partea specială I, art. 184-442*, Ed. Librăriei SOCEC & Co., S.A., București, 1937, p. 209.

⁸ *Ibidem*, p. 209.

⁹ I. Ionescu-Dolj în, Const. G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, H. Aznavorian, Traian Pop, Mihail I. Papadopolu, N. Pavelescu, *op. cit.*, p. 211.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 211-212.

În art. 285 este prevăzută o modalitate agravată a infracțiunii de favorizare a infractorului care se reținea în situația în care faptele prevăzute în art. 284 se comit în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material.

În doctrina vremii se reținea că „Art. 285 nu conține decât o circumstanță agravantă a delictului de favorizare, prevăzut de art. 284, bazată pe constatarea existenței unui dol special, acela că favorizatorul a căutat să tragă un câștig material din faptul său. În urma modificării introduse la Cameră, în privința pedepsei, după cum am arătat sub art. 284, aplicațiunea sa, devine mai restrânsă și anume numai în materie de delict, căci în materie de crime, pedeapsa este mai mare pentru faptul favorizării fără această circumstanță. Credem că se va putea totuși aplica în plus, în caz de crimă pe lângă pedeapsa din art. 284 și interdicțiunea corecțională, dela unu la trei ani.

O a doua agravantă legală incriminată prin art. 284 e și aceea prevăzută în art. 288, agravantă care consistă din aplicarea și a interdicției corecționale, ori de câte ori pentru delictul comis e prevăzută de lege și interdicțiunea corecțională”¹¹.

În dispozițiile art. 286 este sancționată fapta funcționarului public care „nu denunță sau întârzie să denunțe autorităților judiciare sau altei autorități, pe care avea obligația de a o informa, infracțiunea despre care a luat cunoștință în exercițiul funcțiunii sau în virtutea acesteia”¹².

În alin. (2) este prevăzută o modalitate normativă agravată pentru funcționarul poliției judiciare.

În doctrină s-a reținut că „Delictul de „favorizare a infractorului” comis de funcționarul public, delict inspirat direct din codul italian (art. 361), e tot o activitate contra operei justiției, și consistă din faptul funcționarului, care nu denunță sau întârzie nemotivat să denunțe autoritățile judiciare, infracțiunea despre care avea cunoștință în exercițiul funcțiunii, sau în virtutea acesteia.

(...).

Subiect activ al infracțiunii din art. 286, poate fi orice funcționar de orice ramură administrativă, care nu ar raporta șefilor săi, dar mai ales șefii de autorități, care având cunoștință că un fapt penal s-a săvârșit în serviciile sau direcțiunea ce conduc, nu ar face raport scris ministrului sau șefului serviciului. Funcționarul care a făcut raport șefului său scapă de pedeapsă.

Pentru funcționarii poliției judiciare care ar comite delictul de favorizare, pedeapsa este agravată.

Funcționarii care au calitatea de ofițeri de poliție judiciară sunt cei determinați în art. 196 și urm. pr. penală”¹³.

În art. 187 este prevăzută o cauză de nepedepsire care se va aplica în cazul faptelor comise de un ascendent, descendent, soț sau soție, chiar divorțați, frate sau soră.

Art. 288 prevede aplicarea unor pedepse complementare care constau în „interdicția corecțională dela unu la 2 ani, dacă delictul de favorizare a fost săvârșit față de autorul sau complicele unui delict, pentru care legea prevede și interdicția corecțională”¹⁴.

Art. 321 sancționează persoana care „dă adăpost indivizilor care fac parte din acele cete sau bande, ori le dă loc de ascundere, întâlnire sau scăpare”¹⁵.

Este de reținut asemănarea dintre conținutul juridic al infracțiunii prevăzute în art. 284 din Codul penal Carol al II-lea, cu dispozițiile art. 264 din Codul penal din 1969, precum și cu cele ale legii în vigoare.

De remarcat este și consecvența legiuitorului român pentru incriminarea unor asemenea fapte care aduc atingere activității de înfăptuire a justiției.

4. Codul penal din 1969

În Codul penal din 1969, în redactarea sa inițială infracțiunea de favorizare a făptuitorului era prevăzută în art. 264 sub denumirea de „Favorizarea infractorului”¹⁶.

După regula deja instituită de Codul penal Carol al II-lea infracțiunea este menționată în grupul de infracțiuni contra înfăptuirii justiției, respectiv în Capitolul II cu titlul marginal „Infracțiuni care împiedică înfăptuirea justiției”

¹¹ *Ibidem*, p. 214.

¹² Const. G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, H. Aznavorian, Traian Pop, Mihail I. Papadopolu, N. Pavelescu, *op. cit.*, p. 214.

¹³ I. Ionescu-Dolj în, Const. G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, H. Aznavorian, Traian Pop, Mihail I. Papadopolu, N. Pavelescu, *op. cit.*, p. 215.

¹⁴ Const. G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, H. Aznavorian, Traian Pop, Mihail I. Papadopolu, N. Pavelescu, *op. cit.*, p. 217.

¹⁵ *Ibidem*, p. 321.

¹⁶ Art. 264. Favorizarea infractorului : Ajutorul dat unui infractor fără o înțelegere stabilită înainte sau în timpul săvârșirii infracțiunii, pentru a îngreua sau zădărnici urmărirea penală, judecata sau executarea pedepsei, ori pentru a asigura infractorului folosul sau produsul infracțiunii, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani. Dacă fapta prevăzută la alin 1 privește o persoană care a săvârșit o infracțiune contra avutului obștesc, pedeapsa este închisoarea de la 6 luni la 7 ani. Pedeapsa aplicată favorizatorului nu poate fi mai mare decât pedeapsa prevăzută de lege pentru autor.

Favorizarea săvârșită de soț sau de o rudă apropiată în cazul infracțiunilor prevăzute în art. 223 alin. 3, 224 alin. 3, 225 alin. 3, 229 alin. 3 și 231 alin. 4 se pedepsește. Limitele pedepsei prevăzute în alin. 2 se reduc la jumătate, iar în cazul celorlalte infracțiuni favorizarea nu se pedepsește.

din cadrul Titlului VI „Infrațiuni care aduc atingere activității organizațiilor de stat, organizațiilor obștești sau altor activități reglementate de lege”.

Ulterior, după anul 1990, conținutul juridic al infracțiunii a fost modificat, această modificare fiind cerută de noile schimbări survenite în urma Revoluției din Decembrie 1989¹⁷.

În doctrina promovată în cea de-a doua parte a secolului trecut, în referire la redactarea inițială a textului se susținea că „Favorizarea infractorului este fapta persoanei care ajută un infractor, fără o înțelegere stabilită înainte sau în timpul săvârșirii infracțiunii, pentru a îngreua sau zădărnici urmărirea penală, judecata sau executarea pedepsei, ori pentru a asigura infractorului folosul sau produsul infracțiunii”.

A îngreuna sau zădărnici, fie urmărirea penală ori judecata împotriva infractorului, fie executarea pedepsei de către acesta, sau a-i asigura folosul sau produsul infracțiunii, înseamnă a desfășura o activitate îndreptată în mod categoric împotriva operei de înfăptuire a justiției.

Fapta celui ce favorizează pe infractor constituie o piedică reală în realizarea scopului legii penale: lupta împotriva infracțiunilor, cu aspectul său preventiv și represiv¹⁸.

De asemenea, „Favorizarea infractorului are caracterul de infracțiune autonomă, de sine stătătoare, iar nu de act de participație, întrucât favorizarea are loc atunci când nu există o înțelegere prealabilă între persoana care a săvârșit o infracțiune și cel care îi dă ajutor pentru a îngreuna sau zădărnici urmărirea penală sau judecata ori executarea pedepsei sau pentru a-i asigura folosul sau produsul infracțiunii.

Favorizarea are apoi caracterul de infracțiune conexă-corelativă cu infracțiunea al cărei făptuitor este ajutat prin fapta de favorizare, existența favorizării ca faptă subsecventă depinzând de existența faptei antecedente.

În fine, favorizarea are caracterul de incriminare generală dar subsidiară, ajutorul dat unui infractor primind calificarea de favorizare numai atunci când alte dispoziții de lege nu incriminează ipoteze speciale de favorizare (ex. măturie mincinoasă, înlesnirea evadării”¹⁹.

În ceea ce privește situația premisă facem precizarea că infracțiunea de favorizare a infractorului nu poate exista fără preexistența comiterii unei alte infracțiuni, de către o altă persoană decât favorizatorul.

Elementul material al laturii obiective în ambele modalități constă în „acțiunea de a da ajutor unui infractor, fie pentru a îngreuna sau zădărnici urmărirea penală, judecata sau executarea pedepsei, fie pentru a asigura acestuia folosul sau produsul infracțiunii.

Ajutorul poate fi dat prin acte comise (acțiune) sau printr-o comportare omisivă (inacțiune). De ex. ascunde pe infractor, îi procură mijloace ca să dispară, distruge unele probe materiale și alte asemenea acte comise; nu dă de știre autorităților că a aflat unde s-a refugiat infractorul sau unde se găsesc lucrurile provenite din infracțiune”²⁰.

Nu insistăm în examinarea infracțiunii, deoarece nu acesta este obiectul lucrării, subliniind doar câteva elemente de continuitate.

5. Codul penal în vigoare

În Codul penal în vigoare infracțiunea de favorizare a făptuitorului este inclusă în grupul de infracțiuni contra înfăptuirii justiției, respectiv Titlul IV din Partea specială a Codului penal cu denumirea marginală „Infrațiuni contra înfăptuirii justiției”, art. 269 cu titlul marginal „Favorizarea făptuitorului”²¹.

Așadar, favorizarea făptuitorului constă în ajutorul dat de către o persoană făptuitorului, în scopul împiedicării sau îngreunării cercetărilor într-o cauză penală, a tragerii la răspundere penală, a executării unei pedepse sau a unei măsuri privative de libertate.

În legătură cu rațiunea incriminării și valoarea socială protejată, în doctrina română recentă s-a susținut argumentat că „Infracțiunea de favorizare urmărește sancționarea oricăror „imixțiuni” ale terților în actul de justiție penală sau în exercitarea până la capăt a dreptului statului de a pedepsi (ius puniendi).

În plan conceptual, favorizarea poate fi asimilată unei complicități posterioare, pe care însă, având în vedere teoria participației din dreptul penal român [care permite ca actul de participație în forma complicității să se realizeze

¹⁷ (1) Ajutorul dat unui infractor fără o înțelegere stabilită înainte sau în timpul săvârșirii infracțiunii, pentru a îngreuna sau zădărnici urmărirea penală, judecata sau executarea pedepsei, ori pentru a asigura infractorului folosul sau produsul infracțiunii, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 7 ani; (2) Pedepsa aplicată favorizatorului nu poate fi mai mare decât pedeapsa prevăzută de lege pentru autor; (3) Favorizarea săvârșită de soț sau de o rudă apropiată nu se pedepsește.

¹⁸ Nicoleta Iliescu în, Vintilă Dongoroz (consultant științific: titlul VII; dispoziții finale; conducătorul și coordonatorul întregului volum), Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român, vol. IV, Partea specială*, Ed. Academiei, București, 1972, pp. 213-214.

¹⁹ *Ibidem*, p. 214.

²⁰ *Ibidem*, p. 217.

²¹ Art. 269. Favorizarea făptuitorului. (1) Ajutorul dat făptuitorului în scopul împiedicării sau îngreunării cercetărilor într-o cauză penală, tragerii la răspundere penală, executării unei pedepse sau măsuri privative de libertate se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani sau cu amendă; (2) Pedepsa aplicată favorizatorului nu poate fi mai mare decât pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta săvârșită de autor; (3) Favorizarea săvârșită de un membru de familie nu se pedepsește.

doar anterior sau concomitent comiterii faptei – art. 48 alin. (1) și (2) NCP], legiuitorul o sancționează ca un delict distinct, sub denumirea de favorizare a făptuitorului.

Această abordare a naturii juridice a infracțiunii de favorizare produce efecte asupra subiectului activ al acestei infracțiuni. Deși, principal, infracțiunea este una cu subiect activ general, credem că autorul faptei favorizate nu poate fi și autor al favorizării la propria faptă.

Dat fiind că, în plan conceptual, favorizarea este o formă de complicitate ulterioară, așa cum se știe, nu se poate reține un concurs între formele de participare cu care o persoană comite o faptă. Astfel, o posibilă complicitate anterioară și/sau posterioară va/vor fi absorbite de actul de autorat. Dacă legiuitorul ar fi dorit sancționarea ca o infracțiune distinctă a complicității ulterioare (favorizării) comise chiar de autorul faptei principale, el putea să facă acest lucru prin prevederea expresă a unei asemenea reguli derogatorii. În concluzie, credem că doar un terț față de fapta principală poate „favoriza” un infractor „autoajutarea” nefiind incriminată de textul art. 269 NCP²².

6. Codul penal în vigoare în raport cu legea anterioară

În expunerea de motive se arată că „Această infracțiune păstrează în linii generale reglementarea actuală însă au fost aduse unele modificări atât sub aspect terminologic dar și de conținut. În primul rând, s-a renunțat la folosirea noțiunilor de „infracțiune” și „infractor” în favoarea celor de „faptă prevăzută de legea penală” și de „făptuitor” întrucât activitatea de înfăptuire a justiției este împiedicată inclusiv prin sprijinirea unei persoane care a comis o faptă interzisă de legea penală dar care ar putea în concret să nu angajeze răspunderea penală datorită unor cauze care fac imposibilă întrunirea trăsăturilor esențiale ale infracțiunii (de pildă minoritatea sau eroarea de fapt). Aceasta deoarece verificarea condițiilor de existență sau inexistență a responsabilității penale a unei persoane se face în cadrul unui proces penal și nu în raport de aprecierea făcută de favorizator. În acest sens sunt și art. 378 alin. (4) din codul penal italian și art. 453 din codul penal spaniol. În același timp, s-a renunțat la favorizarea reală, ca modalitate de comitere a acestei infracțiuni, acțiunile respective fiind prevăzute în conținutul infracțiunii de tănuire²³.

O analiză comparativă a celor două incriminări evidențiază atât unele elemente de asemănare, cât și de deosebire dintre acestea.

Astfel, în primul rând observăm că în denumirea marginală s-a renunțat la folosirea termenului de infractor, acesta fiind înlocuit cu cel de făptuitor.

De asemenea, în conținutul juridic al infracțiunii s-a renunțat la termenul de infracțiune, preferându-se folosirea sintagmei „cauză penală”.

Potrivit doctrinei recente „s-a renunțat la favorizarea reală (variantea normativă a ajutorului dat pentru a asigura infractorului folosul sau produsul infracțiunii din reglementarea anterioară) ca modalitate de comitere a acestei infracțiuni, acțiunile respective fiind prevăzute în conținutul infracțiunii de tănuire. De asemenea, s-a renunțat la prevederea expresă a inexistenței unei înțelegeri prealabile stabilite înainte sau în timpul săvârșirii faptei, care se rezolvă în noua reglementare prin comparația cu definiția complicității, la fel ca la infracțiunea de tănuire²⁴.

În legătură cu elementele de diferențiere dintre cele două incriminări, într-o altă opinie se arată că „Noua terminologie este însă privită critic în doctrină, considerându-se că promovează ideea că „orice persoană trebuie să răspundă în calitate de favorizator, indiferent dacă cel pe care-l favorizează a comis doar o faptă prevăzută de legea penală (fiind, spre exemplu, minor sau comițând fapta în legitimă apărare) ori a comis o infracțiune (faptă tipică, anti-juridică și săvârșită cu vinovăție)²⁵. Din punctul nostru de vedere, discuția rămâne doar la nivel doctrinar. Jurisprudența nu va fi afectată de aceste schimbări de ordin terminologic, deoarece, pentru ca fapta să realizeze conținutul constitutiv al infracțiunii, este necesară și întrunirea condițiilor privind latura subiectivă, iar pentru realizarea scopului în care acționează, favorizatorul va avea o reprezentare destul de clară a activității desfășurate de cel favorizat, în caz contrar nu s-ar realiza conceptual activitatea sub forma „ajutorului” dat făptuitorului²⁶.

În ceea ce privește opinia critică menționată mai sus, autorii acesteia arată că „Din punctul nostru de vedere, chiar dacă noțiunea anterioară nu se află nici ea la adăpost de orice critici (era dificil să discutăm de infractor, în sens formal, în situația în care nici măcar nu avem începută urmărirea penală), termenul ales de legiuitor în reglementarea actuală este și el criticabil.

²² Sergiu Bogdan (coordonator), Doris Alina Șerban, George Zlati, *Noul Cod penal, Partea specială, Analize, explicații, comentarii*, Perspectiva clujeană, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 336.

²³ Valerian Ciocele, *Codul penal (Legea nr. 286/2009), Noile coduri incluzând și Expunerile de motive*, op. cit., p. 53.

²⁴ Vasile Dobrinioiu în, Vasile Dobrinioiu, Ilie Pascu, Mihai Adrian Hotca, Ioan Chiș, Mirela Gorunescu, Costică Păun, Maxim Dobrinioiu, Norel Neagu, Mircea Constantin Sinescu, *Noul Cod penal comentat, Partea specială, Ediția a III-a, revăzută și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 409.

²⁵ Sergiu Bogdan (coordonator), Doris Alina Șerban, George Zlati, *Noul Cod penal, Partea specială, Analize, explicații, comentarii*, Perspectiva clujeană, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 337.

²⁶ Georgiana Bodoroncea, în Georgiana Bodoroncea, Valerian Ciocele, Irina Kuglay, Lavinia Valeria Lefterache, Teodor Manea, Iuliana Nedelcu, Francisca-Maria Vasile, *Codul penal, Comentarii pe articole*, Ediția 2, Ed. C.H.Beck, București, 2016, p. 779.

Astfel, deși este adevărat că nu putem da prea mare credit aprecierilor juridice făcute de profani (autorul sesizării) vizavi de caracterul infracțional al faptei săvârșite de beneficiarul favorizării (motivul invocat în expunerea de motive), la fel de adevărat este că nici nu este just sau echitabil să-i așezăm în același plan pe cel care favorizează o persoană știind că aceasta a comis o faptă prevăzută de legea penală și cel care favorizează o persoană știind (sau, cel puțin, acceptând) că aceasta a comis /s-ar putea să fi comis o infracțiune.

Or, noua formulare promovează exact această idee, respectiv că orice persoană trebuie să răspundă în calitate de favorizator, indiferent dacă cel pe care-l favorizează a comis doar o faptă prevăzută de legea penală (fiind, spre exemplu, minor sau comițând fapta în legitimă apărare) ori a comis o infracțiune (faptă tipică, antijuridică și săvârșită cu vinovăție).

Deși dificil, ar fi fost de preferat ca legiuitorul să găsească un alt punct de echilibru între aceste două ipoteze extreme, cerând, cel puțin, ca la momentul favorizării fapta să prezinte aparența unei infracțiuni, excluzând astfel din sfera tipicității acele acțiuni de favorizare în care persoana favorizată a comis (atât din perspectiva favorizatorului, cât și din perspectivă strict juridică) doar o faptă prevăzută de legea penală.

Un argument în plus pentru o asemenea soluție de compromis este și faptul că sancționarea favorizatorului, indiferent de natura infracțională sau nu a faptei săvârșite de către cel favorizat, generează un tratament inegal între „complicele” care participă, spre exemplu, la o faptă justificată (X îl ajută pe Y să comită o faptă în legitimă apărare) și cel care, subsecvent comiterii faptei, îl „favorizează” pe Y. În acest caz, având în vedere că, prin ipoteză, fapta nu este antijuridică, nu ar exista un interes al statului să intervină atât de brutal în ceea ce îl privește pe favorizator, dacă acesta a acționat știind că fapta principală comisă nu este și antijuridică²⁷.

O altă modificare operată de legiuitor în legea nouă se referă la renunțarea la sintagma fără o înțelegere prealabilă înainte sau după săvârșirea infracțiunii, aceasta constituind în legea veche una din condițiile de realizare a elementului material al laturii obiective.

În doctrina recentă se arată că eliminarea acestei cerințe nu aduce însă modificări conținutului infracțiunii. În esență, activitatea de ajutorare a infractorului ulterior comiterii infracțiunii constituie o activitate de complicitate posterioară. Complicitatea anterioară sau concomitentă reprezintă, conform art. 48 C. pen., o formă de participare penală la fapta comisă de autor. Ca atare, precizarea din legea veche era redundantă în raport cu momentul de la care se poate vorbi de comiterea infracțiunii de favorizare, fiind evident că o activitate anterioară sau concomitentă atrage calitatea de complice, iar nu de favorizator²⁸.

Potrivit aceleiași autoare, „Altă modificare ține de scopul pentru care se săvârșește activitatea de ajutorare a infractorului. Conform incriminării din noul Cod penal, favorizarea se comite pentru împiedicarea sau îngreunarea cercetărilor într-o cauză penală, tragerii la răspundere penală, executării unei pedepse sau măsuri privative de libertate. Noua reglementare nu aduce însă, sub acest aspect, modificări de substanță, fiind vorba mai degrabă de o reformulare a textului pentru a surprinde mai bine etapele procesual penale în care poate avea loc o favorizare a celui care a comis o faptă prevăzută de legea penală. Ipoteza „împiedicarea/îngreunarea de la executarea unei măsuri privative de libertate” nu este nici ea una nouă, ca și conținut, ci doar evidențiată ca atare, anterior putând fi asimilată unei „îngreunări a urmăririi penale sau a judecării”, interpretare posibilă prin prisma dispozițiilor art. 136 C. pen. din 1969, care reglementa scopul măsurilor preventive²⁹.

În sfârșit, aceeași autoare arată că „Principala modificare constă însă în renunțarea la favorizarea reală (ajutorul dat pentru asigurarea folosului sau produsului infracțiunii), ca modalitate de comitere a acestei infracțiuni, legiuitorul motivând că acțiunile respective sunt prevăzute în noul Cod în conținutul infracțiunii de tănuire³⁰.

O altă modificare pe care o semnalăm vizează înlocuirea „soț sau de o rudă apropiată” cu sintagma „membru de familie”, care reprezintă persoanele care nu răspund penal pentru comiterea acestei infracțiuni (cauza de nepedepsire).

Ultima modificare se referă la limitele pedepselor care sunt mai mici în legea nouă (închisoare de la unu la 5 ani sau amendă, față de închisoare de la 3 luni la 7 ani).

Am prezentat pe larg elementele de diferențiere și apropiere între cele două dispoziții deoarece acestea prezintă o importanță deosebită în identificarea și aplicarea legii penale mai favorabile.

²⁷ Sergiu Bogdan (coordonator), Doris Alina Șerban, George Zlati, *op. cit.*, p. 337; autorul face trimitere la G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, ed. a 5-a, vol. I, Ed. Zanichelli, Bologna, 2012, p. 407.

²⁸ Georgiana Bodoroncea, în Georgiana Bodoroncea, Valerian Ciclei, Irina Kuglay, Lavinia Valeria Lefterache, Teodor Manea, Iuliana Nedelcu, Francisca-Maria Vasile, *op. cit.*, p. 779.

²⁹ *Ibidem*, p. 779.

³⁰ *Ibidem*, p. 779.

7. Concluzii

Incriminarea unor fapte prin care se aduce atingere activității de înfăptuire a justiției a reprezentat o preocupare constantă a legiuitorului român, preocupare care s-a materializat concret în prevederea acestora în toate cele patru coduri penale române din epoca modernă a României.

Prin incriminarea acestor fapte în grupe distincte, cu denumiri marginale sugestive, începând cu Codul penal Carol al II-lea, s-a dorit evidențierea asigurării unui cadru legislativ coerent menit să apere activitatea complexă de înfăptuire a justiției.

Printre infracțiunile care au fost menținute și menționate consecvent încă de la primul Cod penal, în grupul de infracțiuni contra înfăptuirii justiției se numără și infracțiunea de favorizare a infractorului.

Examinarea succintă a conținutului juridic al acestei infracțiuni, relevă evoluția sa în timp, precum și necesitatea menținerii acestei incriminări și în legea penală în vigoare, având în vedere și recrudescența criminalității în domeniu.

TĂINUIREA ÎN LEGEA ROMÂNĂ. EVOLUȚIA INCRIMINĂRII DE LA CODUL PENAL DE LA 1864 LA CODUL PENAL ÎN VIGOARE. UNELE ASPECTE CARE PRIVESC CONSECVENȚA LEGIUITORULUI ROMÂN

Bogdan BÎRZU*

Abstract : *In the present study we proceeded to the brief examination of the constitutive content of the crime of concealment, as well as the evolution of this criminalization since the first express mention, respectively, of the Criminal Code of 1864.*

Also, during the examination, I also presented some comments of the time doctrine, as well as examples from the jurisprudence of some Romanian courts, including the supreme court.

Last but not least, I highlighted the Romanian legislator's consistency in mentioning this crime in the four criminal codes, as well as its evolution, especially in terms of legal content.

The novelty of this work is the comparative examination of the offense, the evidence of consistency and the progress made in its legal content, as well as the presentation of some comments of the doctrine of time, supplemented by specific jurisprudence.

The work may be useful for students and master students of faculty in the country, practitioners in the field, as well as for all persons interested in the progress of this incrimination over time.

Keywords: *Offense; legal content; doctrine; jurisprudence.*

1. Introducere

Activitatea complexă de înlăptuire a actului de justiție, a ordinii de drept, a constituit o preocupare specială a legiuitorului român, care în epoca modernă a dezvoltării țării s-a materializat concret în adoptarea primului Cod penal.

Necesitatea implementării unor condiții optime pentru aplicarea legii pe teritoriul României, a determinat și adoptarea unui set de norme speciale menite să asigure și totodată să apere de unele ingerințe sau presiuni organele judiciare cu atribuții speciale de înlăptuire a justiției.

Așadar, apărarea valorilor sociale specifice activității complexe de înlăptuire a justiției a constituit o preocupare constantă a legiuitorului român, care s-a materializat pe de o parte în incriminarea unor asemenea fapte în Codul penal, iar pe de altă parte, începând cu Codul penal Carol al II-lea, în menționarea acestora într-un grup distinct.

În grupul de infracțiuni specifice acestui domeniu a fost inclusă și infracțiunea de tăinuire, infracțiune prin care este sancționată persoana care prin acțiunile sau inacțiunile sale (ce se materializează în ajutorul dat unei persoane pentru ascunderea produsului infracțiunii), împiedică sau îngreunează înlăptuirea actului de justiție.

Examinarea realizată evidențiază continuitatea incriminării acestei fapte, începând cu Codul penal de la 1864, precum și progresele înregistrate în ceea ce privește atât conținutul juridic al acesteia, cât și prevederea ei în grupul de infracțiuni prin care este apărută activitatea de înlăptuire a justiției.

2. Codul penal de la 1864

Infracțiunea de tăinuire se regăsește pentru prima dată în legea penală română din epoca modernă, în dispozițiile Codului penal de la 1864, în cuprinsul art. 53, 54 și 55.

Astfel, art. 53 prevedea „Aceia cari, cu bună știință, vor fi ascuns în totul sau în parte lucrurile sau banii ce provin din furt sau din săvârșirea vericărei alte crime sau delict, sunt tăinuitori iar nu complici.

Tăinuitori sunt acei cari, cu știință, vor cumpără, vor primi în schimb sau dar, vor lua ca să neguțătorească, să desființeze ori să prefacă ori vor primi drept plată sau zălog, lucruri sau bani proveniți din vreo crimă sau delict.

Rudele de sus și de jos, bărbatul și muerea, frații și surorile, nu se socotesc tăinuitori”.

Art. 54 prevedea că tăinuitorii se vor pedepsi cu închisoare corecțională până la 2 ani, iar art. 55 prevedea că „Tăinuitorii de lucruri molipsite se vor pedepsi cu 2 ani închisoare corecțională”¹.

Jurisprudența vremii reținea că „După art. 53 c.p. elementele constitutive ale tăinuirii consistă în buna știință a provenienței lucrurilor tănuite din un delict sau din o crimă, și al doilea în un fapt care are de scop însușirea tănuitorului a lucrului sau disparițiunea sau ascunderea lui. Aceste elemente trebuie constatate prin hotărâre”² sau „Art. 53 c.p. consideră ca tăinuitori nu numai pe acei cari cu bună știință vor cumpăra obiecte provenite din vreo

* Asistent univ.dr., Universitatea ”Titu Maiorescu” București; e-mail: birzu_bogdan@yahoo.com

¹ George St. Bădulescu, George T. Ionescu, *Codul penal adnotat cu jurisprudență română și franceză*, cu o prefață de I. Tanoviceanu, Ed. Tip ziarului Curierul Judiciar 5, Rahovei, 5, 1911, p. 86.

² *Ibidem*, pp. 81 și 82; Cas. II, 120 din 4 Martie 86, B. p. 211.

crimă sau delict, dar și pe acei care au luat asemenea lucruri cu scop de a le vinde”³ ori „Una din condițiunile delictului de tănuire este și aceea ca cel ce tănuiește să fi cunoscut că lucrul tănuit provine din săvârșirea vre-unei crime sau delict”⁴.

De asemenea, „Împrejurarea că faptul din care proveneau lucrurile tănuite imputat autorului principal, constituie un abuz de încredere, iar nu un furt, cum a fost calificat când dânsul a fost condamnat, cum și împrejurarea că lucrurile au fost restituite păgubașului, nu face să dispară nici delictul de abuz de încredere nici acela de tănuire”⁵, sau „Elementul constitutiv al delictului de tănuire este buna știință despre proveniența furtivă a obiectelor și acest element are a fi anume constatat de instanțele de fond când pronunță o condamnare pentru asemenea delict”⁶ ori „Tănuitorul poate fi urmărit și pedepsit chiar dacă aceia cari au comis furtul sau celelalte crime sau delict din cari proveneau obiectele tănuite n-au fost descoperiți și pedepsiți”⁷.

Prezentarea acestor spețe soluționate de instanța supremă din acele timpuri, relevă atât asemănarea conținutului juridic al infracțiunii cu cel din zilele noastre, cât și modul de interpretare a elementelor constitutive ale infracțiunii în practica judiciară.

3. Tănuirea în Codul penal Carol al II-lea

În Codul penal Carol al II-lea tănuirea era prevăzută în art. 283 cu titlul marginal „Tănuirea de bunuri”, fiind inclusă în Titlul IV cu denumirea „Delicte contra administrațiunii justiției” Capitolul I „Delicte contra activității judiciare” secțiunea IV „Tănuirea de bunuri”.

Potrivit textului menționat „Acela care, în scopul de a obține, pentru sine sau pentru altul, un folos material, primește sau dobândește sub orice titlu, sau ascunde un lucru, ori contribuie, în orice mod, la înstrăinarea sau ascunderea acestuia, știind că provine dintr-o crimă sau delict, comite delictul de tănuire de bunuri și se pedepsește cu închisoare contravențională dela 3 luni la 3 ani, amendă dela 2.000 la 5.000 lei și interdicție corecțională dela unu la 2 ani.

Pedeapsa nu poate depăși în nici un caz pe aceea prevăzută de lege pentru infracțiunea principală”⁸.

În cadrul lucrărilor pregătitoare, Comisia mixtă parlamentară reținea „Relevându-se că în acest articol nu s’au introdus și dispozițiunile din codul penal actual care exonerează de orice răspundere penală, când este vorba de tănuire de bunuri, pe acei care se înrudesesc cu infractorul într’un anume grad, s’a răspuns că aceste dispoziții se găsesc trecute mai departe, în art. 287; iar după art. 121 p. 2 tănuitorul care a luat înțelegere cu autorul unei infracțiuni, mai înainte de săvârșirea faptului, de a ascunde lucrurile provenite din comiterea acestei infracțiuni, este considerat tor complice ca și în codul fost în vigoare”⁹.

În ceea ce privește originea textului se arată că acesta este art. 53 din Codul penal de la 1864, „însă cu o redacțiune diferită”¹⁰.

Într-o examinare realizată în doctrina timpului se susținea că „Delictul de „tănuire de bunuri ”, a fost trecut de noul cod în partea specială și considerat ca un act sau obstacol contra activității reparatoare a justiției penale, în deosebire de codul din 1864, care trata materia tănuirii, în partea generală, sub titlul complicității. Era o consecință a influenței codului francez, care la 1864, considera încă tănuirea ca act de complicitate, deși legiuitorul nostru imitând – asupra acestui punct – codul prusian, o considerase ca delict sui generis, încă o trata tot sub capitolul complicității.

Noul cod a menținut sistemul tănuirii delict independent sau sui generis, ca și codul din 1864, de altfel ca și cea mai mare parte din codurile moderne.

Activitatea care constituie tănuirea e o activitate de consecință, posterioară comiterii infracțiunii, cea anterioară constituind o participare sau complicitate.

Elementul material consistă din faptul de a fi primit sau dobândit sub orice titlu, de a fi ascuns un lucru etc. despre care știa că provine din crimă sau delict.

Delictul este comis oricare ar fi forma sau titlul de dobândire, fie acel al cumpărării, fie acel al primirii în gaj, depozit, ori spre vânzare, etc.

Cade sub sancțiunea legii și faptul transformării lucrului provenit din delict spre a nu mai fi recunoscut.

³ *Ibidem*, p. 82; Cas. II, 341/89, B. p. 641.

⁴ *Ibidem*, p. 82; Cas. II, 491/93, B. p. 1030.

⁵ *Ibidem*, p. 82; Cas. II, 115/94, B. p. 193.

⁶ *Ibidem*, p. 83; Cas. II, 244/98, B. p. 613; Cas. II 1403/909, B. p. 652.

⁷ *Ibidem*, p. 83; Cas. II, 335/95, B. p. 822.

⁸ Ministerul Justiției, *Codul penal Carol al II-lea, Ediție specială*, întocmită conform art. 608 din legea decretată sub Nr. 3274/1938 publicată în Monitorul Oficial Nr. 222 din 24 Septembrie 1938, cu introducerea în text și a modificărilor făcute prin: decretul-lege Nr. 3629/1939, publicat în Monitorul Oficial Nr. 233 din 7 Octomvrie 1939 și decretul-lege Nr. 652/940, publicat în Monitorul Oficial Nr. 52 din 2 Martie 1940, Atelierele de tipografie și cartonat Penit. „Văcărești”, București, 1940, pp. 97-98.

⁹ Const. G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, H. Aznavorian, Traian Pop, Mihail I. Papadopolu, N. Pavelescu, *Codul penal Carol al II-lea, adnotat*, vol. II, Partea specială I, art. 184-442, Ed. Librăriei SOCEC & Co., S.A. București, 1937, pp. 204-205.

¹⁰ *Ibidem*, p. 205.

În acest delict ca element subiectiv, pe lângă dolul general, știința că lucrurile tănuite provin din infracțiune, legea cere și un dol special, acela ca autorul să fi căutat obținerea unui folos sau profit material, pentru sine sau pentru altul. Aprecierea elementului bunești științe este în total o chestiune de fapt care scapă controlului Curții de Casație.

Noul cod a menținut și scuza absolutorie bazată pe rudenie sau legătură de sânge (art. 287) extinzând-o chiar și la soții divorțați.

Este de la sine înțeles, că ori de câte ori tănuitorul a avut înțelegerea cu autorii mai înainte de comiterea faptelor, de a primi lucrurile ce vor aduce după comiterea delictului adică activitatea lui nu este posterioară, ci anterioară delictului faptul se va pedepsi ca complicitate¹¹.

În jurisprudența vremii s-a decis că „Faptul a propune cuiva să cumpere niște obiecte de furat și de a asista la desgroparea lor din pământ, unde erau ascunse, constituie delictul de complicitate la tănuire săvârșit prin asistență, iar nu acela de furt, întrucât nu rezultă că inculpatul a participat ca autor la furtul acelor lucruri, și mai puțin o tănuire, când este stabilit că dânsul n'a deținut materialmente lucrurile cumpărate¹² sau „Tănuirea este un delict de sine stătător nelegat de acțiunea principală la care se referă, și prin urmare nu se poate zice că în sistemul legiurii noastre nu există complicitate la delictul de tănuire¹³ ori „Delictul de tănuire fiind un delict deosebit de acela al furtului, tănuitorul poate fi urmărit și pedepsit, din moment ce s'a constatat furtul, chiar dacă autorul furtului n'a putut fi descoperit¹⁴.

Examinarea conținutului normei juridice sancționatoare, a doctrinei timpului, precum și a jurisprudenței, relevă consecvența legiurului român pentru incriminarea acestei fapte, a jurisprudenței în acest domeniu, precum și suficiente elemente de asemănare cu incriminarea din Codul penal din 1969 și parțial cu incriminarea prezentă.

4. Reglementarea infracțiunii de tănuire în Codul penal din 1969

În Codul penal din 1969 infracțiunea de tănuire făcea parte din grupul de infracțiuni contra avutului personal sau particular ce erau cuprinse în Titlul III cu aceeași denumire marginală, fiind prevăzută în art. 221.

Potrivit dispozițiilor textului de incriminare, „Primirea, dobândirea sau transformarea unui bun, ori înlesnirea valorificării acestuia, cunoscând că bunul provine din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, dacă prin aceasta s-a urmărit obținerea pentru sine ori pentru altul a unui folos material, se pedepsesc cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă, fără ca sancțiunea aplicată să poată depăși pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea din care provine bunul tănuir.

Tănuirea săvârșită de soț sau de o rudă apropiată nu se pedepsește”.

În ceea ce privește elementul material al acestei infracțiuni, în doctrina din cea de-a doua jumătate a secolului trecut se reținea că „Infracțiunea de tănuire se săvârșește în una din următoarele acțiuni: primirea, dobândirea sau transformarea unui bun, ori înlesnirea valorificării acestuia.

- primirea înseamnă a accepta cu orice titlu deținerea bunului (depozit, gaj, comodat etc.);
- dobândirea înseamnă a deveni proprietar al bunului (cumpărare, schimb, donație, dare în plată etc.);
- transformarea înseamnă a modifica substanța sau forma bunului ori ambele, potrivit cu natura acestuia și în măsura posibilităților (prelucrare, topire, montare, turnare în forme, măcinare etc.);
- înlesnirea valorificării înseamnă a ajuta, în orice mod, la înstrăinarea bunului cu obținerea unui contra avantaj (intermediere, punere în vânzare, desfacere cu amănuntul etc.).

Pentru existența elementului material al infracțiunii este suficient să fie efectuată una dintre aceste acțiuni de tănuire.

În cazul în care acțiunea de tănuire a fost efectuată prin acte succesive cu privire la un complex de bunuri va exista un singur element material, cu realizare continuată¹⁵.

În ceea ce privește cerința esențială obiectivă același autor aprecia că „Pentru ca acțiunile mai sus enumerate să poată întregi latura obiectivă a infracțiunii de tănuire trebuie să fie îndeplinită o cerință esențială și anume bunul asupra căruia se efectuează acțiunea să provină din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală (...).

Fără un bun provenit din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală nu poate exista fapta de tănuire și implicit nici infracțiunea de tănuire.

În absența unui bun provenit din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală dar cu privire la bunuri care în viitor ar proveni dintr-o astfel de sursă se poate face o promisiune de tănuire, care este însă o activitate infracțională

¹¹ I. Ionescu-Dolj în, Const. G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, H. Aznavorian, Traian Pop, Mihail I. Papadopolu, N. Pavelescu, *op. cit.*, p. 205.

¹² Cas II, No. 1103/915, Dreptul No. 46/915, p. 361-363 - M.I.Papadopolu.

¹³ Cas. II, No. 1103/915, Dreptul No. 43/915, p. 341 - M.I.Papadopolu; în același sens, I. Tanoviceanu, Dreptul nr. 4/915, p. 361-363.

¹⁴ Cas. II, No. 1867/915, C. jud. NO. 2916, p. 16 - M.I.Papadopolu; în același sens, Cas. II, No. 335/95, No. 878/99 și No. 862/908.

¹⁵ Vintilă Dongoroz în Vintilă Dongoroz (consultant științific: introducere, titlul III; conducătorul și coordonatorul întregului volum), Siegfried Kahane, Ion Oancea, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Mihaela Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român, vol. III*, Ed. Academiei, București, 1971, pp. 572-573

distinctă de infracțiunea de tănuire, constituind un act de complicitate la infracțiunea în vederea săvârșirii căreia s-a făcut acea promisiune (art. 26 C. pen.)”¹⁶.

În doctrina timpului s-a insistat și asupra existenței unor cerințe esențiale subiective, care constau în necesitatea cunoașterii de către făptuitor a faptului că „bunul pe care îl primește, dobândește, transformă etc. provine din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală”¹⁷ și în atitudinea psihică a autorului ce constă în „urmărirea de către tănuitor a obținerii unui folos material pentru sine sau pentru altul”¹⁸.

Nu insistăm în examinarea acestei infracțiuni deoarece nu aceasta este obiectul prezentei lucrări, reținând doar unele aspecte legate de elementul material al laturii obiective, elemente care au fost reținute și în cuprinsul incriminării în alte coduri.

5. Tănuirea în legea în vigoare

În legea penală română în vigoare, infracțiunea de tănuire este prevăzută în dispozițiile art. 270 din cadrul Titlului IV cu titlul marginal „Infracțiuni contra înfăptuirii justiției”.

Potrivit textului de incriminare infracțiunea de tănuire constă în fapta unei persoane care primește, dobândește, transformă sau înlesnește valorificarea unui bun, persoană care fie a cunoscut, fie a prevăzut din împrejurările concrete că bunul în cauză provine din comiterea unei fapte prevăzute de legea penală, chiar fără a cunoaște natura acesteia. În ipoteza în care fapta este comisă de un membru al familiei, aceasta nu se pedepsește.

Într-o opinie promovată în doctrina noastră recentă se susține că „Includerea infracțiunii de tănuire în Codul penal anterior în cadrul infracțiunilor contra patrimoniului a generat, de-a lungul timpului, multiple avertismente cu privire la așezarea sa incorectă, arătându-se că ea este mai degrabă o infracțiune contra înfăptuirii justiției decât una contra patrimoniului”¹⁹. Astfel, nu întotdeauna putea fi identificată o conexiune, chiar și indirectă, cu patrimoniul unei alte persoane (presupusa victimă a faptei din care provenea bunul tănuit), cât timp textul nu prevedea ca o condiție sine qua non ca bunurile obiect al tănuirii să provină din comiterea unei infracțiuni contra patrimoniului (bunul putând proveni, spre exemplu, dintr-o faptă de trafic de droguri). Din acest punct de vedere, argumentele care puteau susține o eventuală calificare a tănuirii ca o infracțiune contra patrimoniului erau dificil identificabile.

În mod corect, legiuitorul a luat act de toate aceste critici și a re poziționat infracțiunea în cadrul infracțiunilor contra înfăptuirii justiției. S-a confirmat astfel că infracțiunea de tănuire afectează în primul rând desfășurarea actului de justiție, prin îngreunarea sau împiedicarea identificării ori a recuperării bunurilor tănuite, iar o eventuală lezare a unui patrimoniu reprezintă un simplu efect prin „ricșeu” al compromiterii actului de justiție.

Credem că, de lege ferenda, inclusiv pentru a simplifica cadrul normativ al infracțiunilor contra înfăptuirii justiției, ar fi suficient ca aspectele incriminate de infracțiunea de tănuire să fie cuprinse în conținutul infracțiunii de favorizare, dat fiind că valoarea socială protejată (înăptuirea justiției) este lezată în aceeași manieră, indiferent de faptul că agentul ajută un infractor din perspectivă „personală” (prin ajutarea lui să se sustragă actului de justiție lato sensu) sau din perspectiva asigurării folosului sau produsului infracțiunii. Oricum, prin incriminarea infracțiunii de spălare de bani (art. 29 al legii nr. 656/2002), normă de incriminare cu un conținut extrem de extins, importanța practică a infracțiunii de tănuire este simțitor redusă”²⁰.

Nu insistăm în examinarea conținutului acestei infracțiuni prevăzute în legea penală în vigoare, apreciind că sunt suficiente observațiile formulate.

6. Codul penal în vigoare în raport cu legea anterioară

În expunerea de motive se arată că „În proiectul codului penal infracțiunea de tănuire este reglementată în cadrul infracțiunilor contra înfăptuirii justiției și nu în cel al infracțiunilor contra patrimoniului întrucât, prin conținutul său, această faptă afectează în primul rând desfășurarea actului de justiție prin îngreunarea sau împiedicarea identificării ori a recuperării bunurilor tănuite și, în plus, nu toate bunurile care formează obiectul tănuirii provin din comiterea unei infracțiuni contra patrimoniului ceea ce face dificil de explicat cum poate fi considerată tănuirea infracțiune contra patrimoniului în cazul în care aceasta ar privi de exemplu, o sumă de bani primită de tănuitor în schimbul ascunderii unor acte de identitate false ori a unor mari sume de bani provenite din traficul de droguri sau de persoane.

În privința conținutului, s-a subliniat în mod explicit că fapta constituie infracțiune nu numai în cazul în care tănuitorul a cunoscut proveniența ilicită a bunurilor dar și atunci când din împrejurările concrete acesta a putut în mod rezonabil să prevadă că bunurile provin dintr-o faptă prevăzută de legea penală. De altfel doctrina este unanimă în susținerea acestei soluții însă practica judiciară a manifestat unele rezerve. În acest sens este și art. 231 din codul penal portughez.

¹⁶ *Ibidem*, p. 573.

¹⁷ *Ibidem*, p. 573.

¹⁸ *Ibidem*, p. 573.

¹⁹ S. Bogdan, *Drept penal...*, op. cit., p. 286.

²⁰ Sergiu Bogdan (coordonator), Doris Alina Șerban, George Zlati, *Noul Cod penal, Partea specială, Analize, explicații, comentarii, Perspectiva clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 341.

În plus, este suficientă reprezentarea că bunul provine din comiterea unei fapte interzise de legea penală fără să fie necesară cunoașterea naturii acesteia (furt, tâlhărie, înșelăciune etc)”²¹.

În doctrina noastră recentă, într-o examinare amplă se susține că „Principalele modificări din noua reglementare se regăsesc în planul laturii subiective a faptei.

Astfel, o primă modificare sub acest aspect constă în aceea că legiuitorul a prevăzut în mod explicit că fapta constituie infracțiune nu doar atunci când autorul tănuirii a cunoscut proveniența ilicită a bunurilor, dar și atunci când, din împrejurările concrete, a prevăzut că acesta provine din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală.

Credem că precizarea legiuitorului a fost făcută și cu intenția de a tranșa definitiv controversa din doctrina și practica judiciară cu privire la posibilitatea comiterii faptei de tănuire de către cel care, deși nu a cunoscut cu certitudine că bunul tănuit provine dintr-o faptă prevăzută de legea penală, a acceptat că aceasta ar putea fi proveniența bunului (altfel spus, controversele erau legate de posibilitatea comiterii faptei de tănuire cu intenție eventuală).

Deși răspunsul promovat de către legiuitor este afirmativ (în acord cu opinia majoritară din doctrină raportată la reglementarea anterioară), formularea aleasă pentru a reda în normă această poziție este una nefericită. Astfel, verbul a prevăzut amintește mai mult de culpa cu prevedere, ca latură subiectivă, și mai puțin de intenția eventuală. Se generează astfel o altă confuzie, cu privire la faptul dacă fapta, în noua sa configurație, ar putea fi comisă și din culpă cu prevedere? În mod evident, răspunsul este negativ [inclusiv în considerarea prevederilor art. 16 alin. (6) NCP]. Așadar, utilizarea verbului a prevăzut constituie doar o redare incompletă a cerințelor intenției eventuale, formularea corectă și completă fiind aceea „a prevăzut și acceptat că bunul s-ar putea să provină (...)”. În considerarea celor anterior menționate, apreciem că, din motive ce țin de claritatea textului, se impune modificarea sa în sensul mai sus arătat.

O altă modificare este aceea că legiuitorul a precizat în mod expres că este suficientă reprezentarea autorului că bunul provine/s-ar putea să provină din comiterea unei fapte penale, fără a fi necesar ca autorul tănuirii să cunoască în mod exact încadrarea juridică ce ar putea fi atribuită acesteia. Nu credem că o asemenea precizare era strict necesară, dat fiind că, din cunoștințele noastre, în doctrina sau practica judiciară nu s-a pledat niciodată pentru o asemenea condiție, respectiv cunoașterea exactă a naturii faptei din care provine bunul sau valența ce i-ar putea fi atribuită din punct de vedere penal.

Un element de noutate, poate chiar cel mai important, este că legiuitorul a renunțat la scopul special al tănuirii din vechea reglementare, respectiv cel al obținerii unui folos material pentru sine sau pentru altul. O asemenea modificare dorește să așeze în același plan infracțiunea de tănuire cu cea de favorizare a infractorului (care nu prevedea și nu prevede o asemenea condiție), constituindu-se astfel un paralelism „mai exact” între cele două, de tipul normă generală-normă specială. Astfel, în noua reglementare, va fi indiferent, din perspectiva tipicității faptei, scopul cu care autorul tănuirii a acționat, împrejurarea existenței scopului special al obținerii unui folos material pentru sine sau pentru altul putând fi valorificată exclusiv în procesul de individualizare judiciară a pedepsei”²².

Sintetizând, apreciem că între cele două reglementări există următoarele elemente de diferențiere:

- sub aspect subiectiv, în noua lege este incriminată și situația care constă în faptul că făptuitorul a prevăzut din împrejurările concrete că bunul provine din comiterea unei fapte prevăzute de legea penală, față de textul anterior care incrimina numai situația în care făptuitorul cunoștea că bunul provine din comiterea unei fapte prevăzute de legea penală;

- în noua lege nu mai este prevăzută cerința ca făptuitorul să urmărească obținerea pentru sine sau pentru altul a unui folos material, fapta fiind tipică și în ipoteza în care făptuitorul nu urmărește obținerea unui folos material pentru sine sau pentru altul;

- în noua lege beneficiază de cauza de nepedepsire membrul de familie, în timp ce în legea anterioară nu era pedepsit soțul sau o rudă apropiată;

- în noua lege limita maximă a pedepsei a fost redusă (de la 7 ani la 5 ani închisoare sau amendă), în timp ce limita minimă a fost majorată (de la 3 luni la un an închisoare).

Ca elemente de identitate semnalăm menținerea titlului marginal, menținerea acțiunilor incriminate și menținerea dispoziției potrivit căreia pedeapsa aplicată nu poate fi mai mare decât pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta comisă de autorul favorizat.

7. Consecvența legiuitorului român în incriminarea acestei fapte

În decursul timpului, începând cu primul Cod penal adoptat de România în epoca modernă, legiuitorul român a manifestat o preocupare constantă pentru incriminarea anumitor fapte care aveau o legătură directă sau uneori tangențială cu grupul de infracțiuni contra înfăptuirii justiției.

Deși la adoptarea primului Cod penal nu s-a avut în vedere menționarea infracțiunilor prin care se aduce atingere activității complexe de înfăptuire a justiției într-un capitol sau titlu special, și nici nu era posibil acest aspect, având în

²¹ Valerian Cioclei, *Codul penal (Legea nr. 286/2009)*, Ed. C.H.Beck, București, 2009, pp. 53 și 54.

²² Sergiu Bogdan (coordonator), Doris Alina Șerban, George Zlati, *op. cit.*, pp. 341 și 342.

primul rând în vedere etapa istorică în care se afla România în evoluția sa, totuși unele dintre aceste infracțiuni de acest gen au fost prevăzute în cuprinsul altor titluri sau capitole.

Printre aceste infracțiuni se numără și infracțiunea de tănuire, care așa cum am menționat anterior, a fost prevăzută pentru prima dată în legislația penală a României moderne odată cu adoptarea primului Cod penal.

Examinarea incriminării acestei fapte prin raportare la menționarea permanentă a acesteia în legea penală română, evidențiază evoluția incriminării în ceea ce privește conținutul juridic, evoluție legată direct de evoluția de ansamblu a dreptului penal român.

De asemenea, se observă și opțiunea legiuitorului român, începând cu adoptarea Codului penal Carol al II-lea, de a menționa într-un capitol sau titlu distinct grupul de infracțiuni contra înfăptuirii justiției.

Fără îndoială că din acest grup nu a lipsit infracțiunea de tănuire, cu o singură excepție, respectiv Codul penal din 1969 care, în mod inexplicabil, a prevăzut-o în grupul de infracțiuni contra avutului personal sau particular (Titlul III cu aceeași denumire marginală).

Prin adoptarea noului Cod penal s-a revenit asupra locului acestei infracțiuni în legea penală română, infracțiunea examinată revenind în grupul de infracțiuni contra înfăptuirii justiției.

Consecvența incriminării acestei fapte evidențiază și importanța acordată de legiuitorul român asigurării unui cadru legislativ coerent menit să sancționeze unele fapte prin care se aducea atingere activității de înfăptuire a justiției.

8. Concluzii

Examinarea realizată a evidențiat importanța acordată de legiuitorul român pentru instituirea unui grup de norme juridice penale cu menirea clară de a asigura înfăptuirea actului de justiție și implicit de a sancționa atingerile aduse acestei activități prin atitudinea manifestată de unele persoane care se concretizează într-un ajutor dat autorilor unor infracțiuni în scopul de a evita răspunderea penală.

Pe de altă parte, examinarea realizată a evidențiat consecvența legiuitorului român pentru incriminarea acestei fapte, precum și includerea ei în grupul de infracțiuni contra înfăptuirii justiției.

De asemenea, nu lipsită de importanță este și analiza evoluției incriminării care evidențiază progresele înregistrate de dreptul penal român în diferite etape de dezvoltare a societății române.

Toate aceste elemente surprinse în conținutul prezentului studiu, relevă în esență, legătura dreptului penal român cu dreptul european în ceea ce privește importanța ce trebuie acordată unor categorii de infracțiuni, printre care se regăsește și infracțiunea de tănuire.

INFRAȚIUNILE CONTRA ÎNFĂPTUIRII JUSTIȚIEI ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ DE LA MAREA UNIRE PÂNĂ ÎN ZILELE NOASTRE. CONTINUITATEA INCRIMINĂRII

Ion RUSU*

Abstract : *In the present study we briefly examined the group of crimes against the accomplishment of the act of justice provided by the Romanian criminal law starting with the first Romanian Criminal Code from the modern age of Romania to the present day, as well as the continuity of the criminalization of such facts.*

The examination also took into account some decisions of the jurisprudence of those times as well as some opinions promoted in the Romanian doctrine.

The novelty elements that are promoted in the paper aim at the brief examination of the group of crimes foreseen in each of the four Romanian criminal codes, as well as highlighting the concern of the Romanian legislator for the criminalization of these categories of facts in separate chapters or titles.

Another element of novelty is the comparative analysis of the continuity of criminalization of facts starting with the first Criminal Code and to date.

The work may be useful for students and master students from the law faculties in the country, as well as for researchers or practitioners concerned with the evolution of the criminalization of this group of facts over time in the Romanian criminal law.

Key-words: *Crime, justice; evolution; Romanian criminal law*

1. Introducere

Unirea de la 1 Decembrie 1918, a găsit România Mare în situația de a aplica mai multe categorii de norme penale, care erau în vigoare în Țara Românească și Moldova, pe de o parte, și Transilvania, Moldova de peste Prut și Bucovina pe de altă parte.

Practic, în fiecare dintre provinciile istorice românești se aplicau legi penale diferite, singurul element de identitate existând în România reîntregită după actul de la 24 ianuarie 1959, unde era în vigoare Codul penal de la 1864.

În acest context, deosebit de complex s-a ridicat problema unificării legislației penale române, astfel încât legea penală să fie identică și să se aplice pe tot teritoriul său fără nicio restricție.

Pe acest fond a intrat în dezbatere și ulterior a fost promulgat, după 18 ani de la Marea Unire, Codul penal Carol al II-lea, un cod de legi apreciat la acele timpuri, chiar la nivel european.

Conștient fiind de importanța activității de îndeplinire a justiției, legiuitorul timpului, încă de la adoptarea primului Cod penal, s-a aplecat asupra apărării prin norme de drept penal a valorilor specifice domeniului.

Preocuparea legiuitorului român în acest domeniu a devenit mai evidentă odată cu adoptarea Codului penal Carol al II-lea, unde grupul de infracțiuni contra îndeplinirii justiției era prevăzut într-un titlu distinct, Titlul IV cu denumirea marginală „Delicte contra administrației justiției”.

Păstrând o continuitate indiscutabilă în apărarea activității de îndeplinire a justiției prin norme de drept penal, legiuitorul român a continuat să prevadă acest grup de infracțiuni în titluri distincte și în următoarele coduri penale, respectiv, Codul penal din 1969 și Codul penal în vigoare.

Astfel, în Codul penal din 1969 acest grup de infracțiuni era prevăzut în Capitolul II cu denumirea marginală „Infracțiuni care împiedică îndeplinirea justiției” din cadrul Titlului VI „Infracțiuni care aduc atingere unor activități de interes public sau altor activități reglementate de lege”.

În Codul penal în vigoare acest grup de infracțiuni este prevăzut într-un titlu special (Titlul IV) cu denumirea marginală „Infracțiuni contra îndeplinirii justiției”.

În prezentul studiu vom încerca efectuarea unei analize sumare asupra evoluției incriminării faptelor prin care se aduce atingere activității de îndeplinire a justiției de la Codul penal de la 1864 până în zilele noastre.

2. Codul penal de la 1864

În Codul penal de la 1864¹ nu erau prevăzute un titlu sau capitol expres care să cuprindă norme penale prin care să fie apărute valorile sociale care privesc activitatea de îndeplinire a justiției.

* Prof.univ. dr. Universitatea "Danubius" din Galați; avocat Baroul Vrancea; e-mail: av.ionrusu@yahoo.com.

¹ Promulgat și publicat la 30 octombrie 1864 (Monitorul Oficial No. 241), a intrat în vigoare la șase luni de la promulgare, respectiv la 1 mai 1865.

Cu toate acestea, legiuitorul timpului nu a lăsat nesancționate penal asemenea fapte, și în Titlul III cu denumirea marginală „Crime și delictे în contra intereselor publice”, Capitolul II denumit „Crime și delictे comise de funcționarii publici în exercițiul funcțiunei lor” și Capitolul IV denumit „Rezistență, nesupunere și alte necuviințe în contra autorității publice” erau prevăzute unele infracțiuni care pot fi interpretate ca fiind infracțiuni îndreptate împotriva activității de înfăptuire a justiției.

Cu titlu de exemplu facem trimitere la alin (4) al art. 140² care prevedea sancționarea unui judecător, administrator, funcționar sau ofițer public, care distruge, desființează, sustrage sau detornează actele și titlurile pe care le dețineau sau care le erau încredințate sau comunicate în virtutea funcției³.

În art. 144 așa cum a fost modificat și completat prin Legea din 17 februarie 1774 este sancționată fapta oricărui funcționar „de ramul administrativ sau judecătoresc, orice agent sau însărcinat al unei administrațiuni publice care va fi primit sau va fi pretins daruri sau prezenturi, sau care va fi acceptat promisiuni de asemenea lucruri spre a face sau a nu face un act privitor la funcțiunea sa, fie și drept, dar pentru care n’ar fi determinată de lege o plată”.

În alin. (2) era prevăzută pedeapsa complementară a interzicerii dreptului de a mai ocupa o funcție publică, precum și pierderea dreptului la pensie.

Alin. (3) prevede o altă categorie de subiecți pasivi, respectiv experții numiți de un tribunal sau de părți.

Jurisprudența vremii reținea că „După art. 144 din codul penal fiind pedepsiți pentru delictul de mituire nu numai funcționarii de ramul administrativ sau judecătoresc, ci și orice agent sau însărcinat al unei administrațiuni publice, urmează de aici că cel care a fost însărcinat ca agent sanitar în timpul epidemiei de holeră de către medicul primar al județului în calitate de reprezentant al consiliului sanitar, se consideră ca un însărcinat al administrațiunei publice cu un serviciu anume determinat, și ca atare este pasibil de delictul de mituire prevăzut de citatul articol dacă a luat mită pentru a nu îndeplini însărcinarea cu care fusese delegat (Cas. II, 413/95. B. p. 948.)”⁴

Sancționarea concretă a unui judecător sau jurat era prevăzută în textul art. 145 ca modalitate agravată, sancțiunea prevăzută de lege fiind „maximum închisorii și pierderea drepturilor de a mai fi admis în serviciu pe toată viața; el va pierde și dreptul la pensie”.

În art. 146 legiuitorul timpului a prevăzut și infracțiunea de trafic de influență, fără a avea această denumire.

Astfel, potrivit textului de incriminare „Oricare particular, care, în numele său, sau în numele vreunui funcționar public, administrativ, sau judecătoresc, cu știrea sau fără știrea acestuia, într’un chip direct sau indirect, va cere, va lua, sau va face să i se promită daruri sau alte foloase nelegitime, spre a interveni, spre a face, sau a nu face vreun act din cele privitoare la atribuțiunile acelu funcționar, se va pedepsi cu închisoare dela 6 luni la 2 ani, și cu amendă, valoarea îndoită a lucrurilor luate sau promise, fără ca această amendă să fie mai mică de cât 100 lei”⁵.

În alin. (2) și (3) ale aceleiași articol sunt prevăzute măsuri de confiscare a bunurilor sau a valorii acestora, precum și pierderea dreptului de a ocupa o funcție și pierderea drepturilor de pensie (ca pedepse complementare).

Jurisprudența vremii reține „Celce a cerut și a primit a sumă oarecare, cu știrea unui funcționar public, pentru ca acesta să facă un act relativ la atribuțiunile funcțiunei sale, se face pasibil de delictul prevăzut și pedepsit de art. 146 c. pen. (C. Galați II, 23/96, „Dreptul” 18/96, p. 141)”⁶.

Într-o altă speță se stabilește că „Elementele delictului prevăzut de art. 146 c. p. sunt: luarea unei sume de bani în numele său sau în numele funcționarului, cu știrea sau fără știrea acestuia, spre a interveni a face un act privitor la atribuțiunile sale, iar constatarea acestor elemente este o cestiune de fapt și Curtea poate să-și formeze convingerea din depozițiile martorilor, din contrazicerile inculpatului la instrucție și în instanță, din acte și prezumțiuni (C. Buc. s. III, 133/99, „Dreptul” 39/99. p. 317)”⁷.

În art. 147 este prevăzută fapta unui funcționar administrativ sau judecătoresc care „va abuza de puterea ce-i dă calitatea sa, spre a sili pe nedrept pe o persoană a face sau suferi un act, sau a se abține de dânsul”, incriminare asemănătoare în conținutul său cu abuzul în serviciu din zilele noastre.

Jurisprudența timpului reținea că „Pentru a se putea susține că procurorul și prefectul au comis abuzul de putere de a ordona primarului și altor funcționari inferiori ca cu orice preț să aresteze oarecare persoane pentru a le împiedica de a lua parte la alegeri, urmează virtualmente că dânsii au consumat faptul în exercițiul funcțiunilor ce ocupau, căci numai în asemenea exercițiu au putut să dea unor funcționari inferiori menționatul ordin și instrucțiuni de arestare acelor persoane. Dacă motivul și modul arestării nu erau fapte care să intre în competența funcționarilor inculpați, de a fi apreciate și ordonate de dânsii, nu rezultă din această circumstanță că inculpații ar fi comis faptul ce li se impută afară din exercițiul funcțiunei lor, ci numai că ei au lucrat în mod arbitrar în acel exercițiu al funcțiunei lor, și tocmai

² Textul a fost modificat și completat prin Legea din 17 februarie 1774 și Legea din 21 februarie 1882.

³ „Orice judecător, administrator, funcționar sau ofițer public, care va fi stricat, desființat, sustras sau deturnat actele și titlurile al căror depozitar eră, sau care i se încredințase sau comunicase, în virtutea funcțiunii sale, se va pedepsi cu maximum închisorii și cu interdicțiunea pe timp mărginit, se va declara și incapabil de a ocupa funcțiunea publică pe toată viața pierzând și dreptul de pensie”.

⁴ George St. Bădulescu, George T. Ionescu, *Codul penal adnotat cu jurisprudență română și franceză*, cu o prefață de I. Tanoviceanu, Ed. Tip ziarului Curierul Judiciar 5, Rahovei, 5, 1911, pp. 207-208.

⁵ *Ibidem*, pp. 211-212.

⁶ *Ibidem*, p. 219.

⁷ *Ibidem*, p. 219.

asemenea mod de procedare ilegal constituie abuzul de putere ce li se impută, pe când dacă ar fi lucrat în mod legal, atunci n'ar fi fost caz de a fi dați judecății (C. Iași, I, 332 din 13 Iunie 89 „Dreptul”, 51 din 90)⁸.

Art. 148 sancționează funcționarul care, „va maltrata prin ofense orale pe o persoană”⁹, iar art. 149 sancționează fapta oricărui funcționar care, „în afară din cazurile și formele prevăzute de lege, va arestă sau va ordonă a se arestă o persoană, sau va prelungi într'un mod ilegal ținerea ei la închisoare”¹⁰.

În alin. (2) și (3) sunt prevăzute două modalități normative agravate, ce vor fi incidente în raport cu durata în timp a arestării ilegale (mai mare de 3 zile sau mai mare de o lună), iar în ultimul liniat se prevede aplicarea pedepsei complementare a pierderii dreptului la pensie în cazul comiterii infracțiunii în una din cele două modalități normative agravate.

Art. 150 prevede sancționarea infracțiunii de tortura care consta în fapta funcționarului care „în instrucțiunea cauzelor corecționale, ori criminale, va fi întrebuințat sau va fi ordonat a se întrebuința casnă, spre a sili pe bănuți a face mărturisiri sau declarațiuni”¹¹, în timp ce în art. 151 se prevede sancționarea faptei de violare de domiciliu comisă de către orice funcționar administrativ sau judecătoresc, orice ofițer de justiția sau de poliție, orice comandant sau agent al forței publice.

În art. 152 este prevăzută sancționarea faptei unui judecător, autoritate judecătorească, administrator sau autoritate administrativă care, „sub pretext de tăcere sau de nedeșlușire a legii, va denegă dreptatea ce este dator părților ce-i vor fi cerut-o, și care va fi stăruit în denegarea sa, chiar în urmă de prevestirile sau ordinele ce va fi primit dela superiorii săi competenți”¹².

În continuare în art. 153-157 se prevede sancționarea altor fapte ce pot fi comise în acest domeniu, respectiv: dispunerea executării unei pedepse ce nu a fost pronunțată de către o autoritate judecătorească (art. 153), neurmărirea crimei sau a delictului în scopul sustragerii autorului acesteia de la răspunderea penală, ori nepunerea în executare a unei pedepse sau executarea unei pedepse mai mici decât cea stabilită de instanță (art. 154), depozitarea unui particular (art. 155), violarea corespondenței (art. 156) și instigarea comisă de superior pentru determinarea subordonaților să comită o crimă sau un delict.

Într-o concluzie generală, apreciem că în primul Cod penal român adoptat imediat după unirea celor două provincii românești, nu era prevăzut un capitol sau un titlu special prin care să fie apărute valorile specifice înfăptuirii actului de justiție.

Cu toate acestea, erau prevăzute unele infracțiuni contra înfăptuirii justiției, într-un capitol special, unde erau sancționate atât acțiunile sau inacțiunile cadrelor implicate direct în înfăptuirea actului de justiție (judecători, procurori, ofițeri de poliție), cât și alți funcționari ai statului.

Evidențiem preocuparea legiuitorului timpului pentru ocrotirea valorilor sociale specifice înfăptuirii actului de justiție.

3. Codul pena Carol al II-lea¹³

Cu privire la denumirea sa, în doctrina română recentă, Codul penal Carol al II-lea cunoaște două denumiri: în prima este denumit Codul penal Carol al II-lea, iar în a doua Codul penal de la/din 1936.

Facem precizarea că denumirea corectă este Codul penal Carol al II-lea, deoarece aceasta este dată de Legea nr. 577/1936 cu titlul „Denumirea codurilor de unificare a legislației”¹⁴.

Adoptat într-o perioadă de mari transformări sociale, economice și politice, cea mai importantă dintre acestea fiind reprezentată de Marea Unire de la 1 decembrie 1918, Codul penal Carol al II-lea a reprezentat unul din cele mai moderne coduri penale din Europa acelor vremuri, fiind apreciat în consecință.

Cu toate că nu exista în Codul penal de la 1864, după modelul altor coduri penale europene adoptate la începutul secolului trecut, precum și în deplin acord cu evoluția științei dreptului penal, Codul penal Carol al II-lea prevede un titlu special prin care erau apărute prin norme de drept penal cele mai importante valori specifice înfăptuirii actului de justiție.

Astfel Titlul IV cu denumirea marginală „Delicte contra administrațiunii justiției” era structurat pe trei capitole, primele două incluzând și mai multe secțiuni.

Astfel, în capitolul I cu denumirea marginală „Delicte contra activității judiciare” în art. 269-294 erau incluse șapte secțiuni și infracțiuni cu următoarele denumiri:

- secțiunea I cu denumirea „Denunțarea calomnioasă”, cuprinde infracțiunile: denunțare calomnioasă (art. 269) și nedenunțarea culpabilă (art. 271);

⁸ *Ibidem*, pp. 214-215.

⁹ *Ibidem*, p. 216.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 217-218.

¹¹ *Ibidem*, p. 219.

¹² *Ibidem*, p. 222.

¹³ Promulgat cu Înalțul Decret Regal No. 471 din 17 martie 1936 și publicat în Monit. Ofic., partea I, No. 65 din 18 martie 1936.

¹⁴ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 73 din 27 martie 1936.

- secțiunea II cu denumirea „Deținerea și arestarea ilegală”, cuprinde infracțiunile: arestare ilegală (art. 272), executarea ilegală a arestării (art. 273), tolerarea arestării ilegale (art. 275) și internare ilegală (art. 276);
- secțiunea III cu denumirea „Mărturia mincinoasă și jurământul fals”, cuprinde infracțiunile: mărturie mincinoasă (art. 277) și corupere de martor (art. 280);
- secțiunea IV cu denumirea „Tăinuirea de bunuri” cuprinde infracțiunea de tăinuire de bunuri;
- secțiunea V cu denumirea „Favorizarea infractorilor” cuprinde infracțiunile: favorizarea infractorului (art. 284) și favorizarea infractorului prin omisiunea denunțării (art. 286); facem precizarea că la art. 285 este prevăzută o modalitate normativă agravată a infracțiunii prevăzute în art. 284 care se va reține în ipoteza în care faptele prevăzute la art. 284 sunt comise în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material;
- secțiunea VI cu denumirea „Dispozițiuni comune secțiunilor IV și V din prezentul capitol” include unele dispoziții care privesc unele categorii de persoane care nu se pedepsesc (cum sunt ascendenții, descendenții, soțul sau soția, chiar divorțați, frate sau soră în cazul infracțiunilor prevăzute în art. 284 și 285, dar numai în cazurile în care nu sunt incidente infracțiunile privitoare la ordinea publică sau siguranța interioară sau exterioară a statului);
- secțiunea VII cu denumirea marginală „Alte delikte în contra activității judiciare” cuprinde infracțiunile: cercetarea abuzivă (art. 289), delictul contra represiunii (art. 290), represiune nedreaptă (art. 291), sustragerea actelor din instanță (art. 292), divulgarea actelor de procedură secretă (art. 293) și intimidarea justiției (art. 294).

Capitolul II cu denumirea marginală „Delikte contra autorității hotărârilor judecătorești” cuprinde următoarele secțiuni și infracțiuni:

- secțiunea I cu denumirea marginală „Evadarea arestaților” cuprinde infracțiunile: înlesnirea evadării (art. 295) și evadarea (art. 297); la art. 296 este prevăzută o modalitate normativă agravată care va fi incidentă în cazul comiterii faptei de către gardian, supraveghetor sau organul executor;
- secțiunea II cu denumirea marginală „Nerespectarea hotărârilor judecătorești” cuprinde infracțiunile: împotrivire la hotărârea judecătorească (art. 299) și sustragerea de la măsurile de siguranță (art. 300).

Capitolul III cu denumirea marginală „Duelul” include la art. 301-307 mai multe modalități ale infracțiunii de duel.

Într-o concluzie generală apreciem evoluția legislativă a incriminării unor astfel de fapte și continuitatea în incriminare.

În același timp, observăm că multe dintre infracțiunile prevăzute în primul Cod penal se regăsesc, cu un conținut ușor diferit și o denumire marginală specifică și în Codul penal Carol al II-lea.

4. Codul penal din 1969

Păstrând tradiția instituită încă de la legiferarea primului Cod penal român din epoca modernă a României, Codul penal din 1969 prevede în Titlul VI cu denumirea marginală „Infracțiuni care aduc atingere activității organizațiilor de stat, organizațiilor obștești sau altor activități reglementate de lege” un capitol special în care sunt incluse unele infracțiuni care privesc activitatea de înfăptuire a justiției.

Astfel, în capitolul II cu denumirea marginală „Infracțiuni care împiedică înfăptuirea justiției” sunt incluse următoarele infracțiuni: denunțarea calomnioasă (art. 259); mărturia mincinoasă (art. 260); încercarea de a determina mărturia mincinoasă (art. 261); nedeunțarea unor infracțiuni (art. 262); omisiunea sesizării organelor judiciare (art. 263); favorizarea infractorului (art. 264); omisiunea de a încunoștința organele judiciare (art. 265); arestarea nelegală și cercetarea abuzivă (art. 266); supunerea la rele tratamente (art. 267); represiunea nedreaptă (art. 268); evadarea (art. 269); înlesnirea evadării (270); nerespectarea hotărârilor judecătorești (271) și reținerea sau distrugerea de înscrisuri (272).

Referindu-se la grupul de infracțiuni care împiedică înfăptuirea justiției, doctrina de la sfârșitul secolului trecut reține că „Infracțiunile care împiedică înfăptuirea justiției constituie, din punct de vedere al calificării de grup, o subdiviziune în complexul grupului de infracțiuni care fac obiectul reglementărilor din titlul VI intitulat „Infracțiuni care aduc atingere activității organizațiilor de stat, organizațiilor obștești sau altor activități reglementate de lege”. Infracțiunile care împiedică înfăptuirea justiției formează astfel o categorie distinctă în cadrul acestui titlu, alcătuind conținutul celui de al doilea Capitol. Caracterul periculos al acestor infracțiuni este subliniat, așadar, și de așezarea lor în cuprinsul Titlului VI, printre primele despărțăminte ale acestora.

Denumirea generică de „Infracțiuni care împiedică înfăptuirea justiției” reflectă calificarea de ansamblu a acestor infracțiuni și se răspândește ca o caracteristică asupra fiecărei infracțiuni în parte. Această denumire de grup este stabilită în raport cu valoarea socială a „înăptuirii justiției”, ocrotită de legea penală prin aceste incriminări¹⁵.

În sens larg, sintagma înăptuirea justiției cuprinde, „pe lângă funcția principală de jurisdicție, și funcțiile complementare de urmărire penală și de executarea hotărârilor judecătorești și a măsurilor judiciare, toate acestea concurând la înăptuirea justiției.

¹⁵ Nicoleta Iliescu în, Vintilă Dongoroz (consultant științific: titlul VII; dispoziții finale; conducătorul și coordonatorul întregului volum), Siegfried Kahane, Ion Oancea, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român, vol. IV, Partea specială*, Ed. Academiei, București, 1972, p. 161.

Prin incriminarea privitoare la faptele care împiedică înfăptuirea justiției este apărută exercitarea tuturor funcțiilor judiciare arătate mai sus, de către organele judiciare și judecătorești, precum și de către organele jurisdicționale prevăzute de legi speciale (ex. Arbitrajul de Stat și organele arbitrare proprii¹⁶, Comisia de arbitraj de pe lângă Camera de Comerț¹⁷, comisiile de judecată¹⁸), ca și activitatea organelor care execută măsurile judiciare luate și hotărârile pronunțate de către aceste organe.

Înfăptuirea justiției este, apărută penal atât în ceea ce privește infracțiunile săvârșite de persoanele particulare cât și împotriva abuzurilor săvârșite de cei însărcinați cu înfăptuirea justiției¹⁹.

Unele aspecte comune. Obiectul juridic (generic) al infracțiunilor ce fac parte din acest grup îl constituie relațiile sociale care privesc activitatea de înfăptuire a justiției.

De regulă, infracțiunile ce fac parte din acest grup, nu au un obiect material.

Subiectul activ al infracțiunilor din acest grup este diferit, în sensul că pentru unele infracțiuni acesta poate fi orice persoană, iar pentru altele se cere o calitate specială.

Subiectul pasiv general al acestor infracțiuni este statul în calitate sa de titular al valorilor sociale apărute, iar în unele situații, subiect pasiv secundar poate fi orice persoană fizică ce a avut de suferit ca urmare a încălcării dispozițiilor legii.

În ceea ce privește latura obiectivă precizăm că aceste infracțiuni „sunt în general infracțiuni comisive, elementul lor material realizându-se printr-o acțiune. La unele infracțiuni însă, elementul material se realizează printr-o inacțiune (nedenunțarea unor infracțiuni, art. 262; omisiunea sesizării organelor judiciare, art. 263; omisiunea încunoștințării organelor judiciare, art. 265)”²⁰.

Urmarea imediată în cazul acestor infracțiuni constă în crearea unei stări de pericol prin care se aduce atingere activității de înfăptuire a justiției „și deci relațiilor sociale a căror existență depinde de apărarea acesteia.

La unele infracțiuni, alături de urmarea imediată principală corespunzătoare obiectului ocrotirii penale, se produce și o urmare adiacentă, constând într-o vătămare adusă unui subiect pasiv secundar”²¹.

Latura subiectivă. Infracțiunile care împiedică înfăptuirea justiției, se comit, de regulă, cu intenție care poate fi directă sau indirectă.

Formele infracțiunii. Aceste infracțiuni, „fiind în marea lor majoritate infracțiuni comisive și de intenție, activitatea prin care se realizează conținutul lor este susceptibilă de o desfășurare în timp și pe faze. Sunt posibile deci, în general, la aceste infracțiuni, formele de activitate imperfectă: actele de pregătire și tentativă; însă în afară de puține excepții (tentativa la infracțiunea de evadare, potrivit art. 269 alin. ultim și la infracțiunea de înlesnire a evadării, potrivit art. 270 alin. ultim, acestea nu sunt incriminate.

Infracțiunile de nedenunțarea unor infracțiuni (art. 262), omisiunea sesizării organelor judiciare (art. 263), omisiunea încunoștințării organelor judiciare (art. 265), fiind fapte de inacțiune, nu sunt susceptibile de faze premergătoare și în consecință nici de formele acte preparatorii sau tentativă”²².

5. Noul Cod penal în raport cu legea anterioară

În Codul penal în vigoare, acest grup de infracțiuni este prevăzut în Titlul IV cu denumirea marginală sugestivă „Infracțiuni contra înfăptuirii justiției”, în cuprinsul acestuia fiind incluse un număr de 22 infracțiuni după cum urmează: nedenunțarea (art. 266); omisiunea sesizării (art. 267); inducerea în eroare a organelor judiciare (art. 268); favorizarea făptuitorului (art. 269); tăinuirea (art. 270); obstrucționarea justiției (art. 271); influențarea declarațiilor (art. 272); mărturia mincinoasă (art. 273); răzbunarea pentru ajutorul dat justiției (art. 274); sustragerea sau distrugerea de probe ori înscrisuri (art. 275); compromiterea intereselor justiției (art. 277); încălcarea solemnității ședinței (art. 278); ultrajul judiciar (art. 279); cercetarea abuzivă (art. 280); supunerea la rele tratamente (art. 281); tortura (art. 282); represiunea nedreaptă (art. 283); asistența și reprezentarea neloială (art. 284); evadarea (art. 285); înlesnirea evadării (art. 286); nerespectarea hotărârilor judecătorești (art. 287) și neexecutarea sancțiunilor penale (art. 288).

După anul 1989, noul legiuitor a operat mai multe modificări în cadrul redactării inițiale a infracțiunilor din Codul penal din 1969, astfel că înainte de intrarea în vigoare a noului Cod penal, Titlul VI era denumit „Infracțiuni

¹⁶ Legea nr. 5/1954 pentru organizarea și funcționarea Arbitrajului de Stat republicată prin Decretul nr. 259/1959 și Regulile procedurii arbitrale pentru Arbitrajul de Stat aprobat prin H.C.M. nr. 1397/1954, republicate prin H.C.M. nr. 1183/1959.

¹⁷ Decretul nr. 495/1953 pentru organizarea și funcționarea Comisiei de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerț a R.S. România.

¹⁸ Art. 1 din Legea nr. 59/1968 privind comisiile de judecată prevede în alin. 1 că Comisiile de judecată sunt organe obștești de influențare și jurisdicție, iar în alin. 2, că printre alte atribuții o are și pe aceea de a judeca abaterile de la regulile de conviețuire socială, litigii de muncă, precum și unele litigii patrimoniale.

¹⁹ Nicoleta Iliescu în, Vintilă Dongoroz (consultant științific: titlul VII; dispoziții finale; conducătorul și coordonatorul întregului volum), Siegfried Kahane, Ion Oancea, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *op. cit.*, pp. 162-163.

²⁰ *Ibidem*, p. 164.

²¹ *Ibidem*, p. 165.

²² *Ibidem*, p. 165.

care aduc atingere unor activități de interes public sau altor activități reglementate de lege”, iar Capitolul II „Infrațiunile care împiedică înfăptuirea justiției” (observăm că în acest caz s-a păstrat denumirea marginală).

În redactarea sa anterioară intrării în vigoare a noului Cod penal, în capitolul menționat erau prevăzute următoarele infrațiuni: denunțarea calomnioasă (art. 259); mărturia mincinoasă (art. 260); încercarea de a determina mărturia mincinoasă (art. 261); împiedicarea participării în proces (art. 261¹); nedenunțarea unor infrațiuni (art. 262); omisiunea sesizării organelor judiciare (art. 263); favorizarea infractorului (art. 264); omisiunea de a încunoaștința organele judiciare (art. 265); arestarea nelegală și cercetarea abuzivă (art. 266); supunerea la rele tratamente (art. 267); tortura (art. 267¹); represiunea nedreaptă (art. 268); evadarea (art. 269); înlesnirea evadării (art. 270); nerespectarea hotărârilor judecătorești (art. 271); reținerea sau distrugerea de înscrisuri (art. 272) și sfidarea organelor judiciare (art. 272¹).

Dacă ne raportăm la diferențele care existau între reglementările din redactarea inițială și cele anterioare intrării în vigoare a noului Cod penal pe care le-am menționat mai sus, constatăm următoarele:

- au fost menținute toate incriminările;
- au fost introduse noi incriminări, respectiv: împiedicarea participării la proces, tortura, reținerea sau distrugerea de înscrisuri și sfidarea organelor judiciare.

O examinare comparativă a dispozițiilor cuprinse în Codul penal din 1969 din perioada anterioară intrării în vigoare a noului Cod penal și actualele reglementări ne permite formularea următoarelor observații:

- nu au mai fost prevăzute următoarele infrațiuni: denunțarea calomnioasă, încercarea de a determina mărturia mincinoasă, împiedicarea participării la proces, arestarea nelegală și cercetarea abuzivă, reținerea sau distrugerea de înscrisuri și sfidarea organelor judiciare; precizăm însă că aceste infrațiuni nu mai apar în noua lege în ceea ce privește denumirea lor marginală, deoarece unele acțiuni prin care se realizează elementul material al laturii obiective sunt incriminate în conținutul juridic al altor infrațiuni din acest grup;

- în acest grup au fost incluse noi infrațiuni, după cum urmează: nedenunțarea, inducerea în eroare a organelor judiciare, tănuirea, obstrucționarea justiției, influențarea declarațiilor, răzbunarea pentru ajutorul dat justiției, sustragerea sau distrugerea de probe ori de înscrisuri, compromiterea intereselor justiției, încălcarea solemnității ședinței, ultrajul judiciar, cercetarea abuzivă, asistența și reprezentarea neloială, neexecutarea sancțiunilor penale; facem precizarea că o parte din acțiunile prin care se realiza elementul material al laturii obiective din conținutul acestor infrațiuni, apar incriminate și în Codul penal anterior²³.

Potrivit doctrinei recente, „Noul Cod penal lărgeste sfera de cuprindere a infrațiunilor contra înfăptuirii justiției fie prin incriminarea unor fapte care anterior nu constituiau infrațiuni (spre exemplu, asistența și reprezentarea neloială), fie prin preluarea unor infrațiuni care, în reglementarea anterioară, făceau parte din categoria infrațiunilor contra patrimoniului). În alte situații, chiar dacă incriminările au fost menținute în categoria celor contra înfăptuirii justiției, conținutul acestora a fost modificat. Cu titlu exemplificativ, facem referire la favorizarea infractorului (art. 264 C. pen. anterior), faptă incriminată sub forma favorizării făptuitorului (art. 269 C. pen.)”²⁴.

6. Unele elemente de continuitate a incriminărilor începând cu adoptarea primului Cod penal (Codul penal de la 1864)

Așa cum rezultă din examinarea succintă a grupului de infrațiuni contra înfăptuirii justiției, această categorie de infrațiuni a fost permanent în atenția legiuitorului român încă de la adoptarea primului Cod penal.

Examinarea evoluției incriminărilor ne permite formularea unor observații, care în esența lor evidențiază consecvența legiuitorului român în ceea ce privește incriminarea unor asemenea fapte.

Pentru a evidenția consecvența legiuitorului român în incriminarea faptelor ce fac parte din acest grup, precum și evoluția incriminărilor, în ceea ce privește în primul rând conținutul acestora, vom proceda la o succintă examinare comparativă, care va include cele patru coduri penale adoptate în România.

Astfel, vom porni de la prima incriminare și o vom prezenta evoluția sa așa cum a fost menținută și perfecționată în următoarele coduri penale adoptate în timp de legiuitorul român.

a) Infrațiunea prevăzută în art. 140 alin. (4) din Codul penal de la 1864 se regăsește în dispozițiile art. 292 cu titlul marginal „sustragerea actelor de la instanță” din Codul penal Carol al II-lea, în art. 272 cu titlul marginal „reținerea sau distrugerea de înscrisuri” din Codul penal din 1969 și în art. 275 cu titlul marginal „sustragerea sau distrugerea de probe ori de înscrisuri” în Codul penal în vigoare;

²³ Ion Rusu, *Aspecte generale privind infrațiunile contra înfăptuirii justiției în concepția noului Cod penal*, Conferința națională cu participare internațională „Devianță și Criminalitate. Evoluție, Tendințe și Perspective, DECRET 2017, 9-10 noiembrie 2017, Bacău, volum nepublicat la momentul redactării studiului (volumul Conferinței urmează a fi publicat la Editura Universul Juridic).

²⁴ Tudorel Toader, Marieta Safta în, George Antoniu, Tudorel Toader (coordonatori), Versavia Brutaru, Ștefan Daneș, Constantin Duvac, Ioan Griga, Ion Ifrim, Gheorghe Ivan, Gavril Paraschiv, Ilie Pascu, Ion Rusu, Marieta Safta, Iancu Tănăsescu, Tudorel Toader, Ioana Vasii, *Explicațiile noului Cod penal, vol. IV, art. 257-366*, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 71-72.

b) Infracțiunea prevăzută în art. 144 (delictul de mituire) din Codul penal de la 1864 se regăsește într-un alt grup de infracțiuni (Capitolul I cu denumirea marginală „Crime și delictе săvârșite de funcționari publici” din Titlul III cu denumirea marginală „Crime și delictе contra administrației publice”, secțiunea II „Nedrepte luări”) art. 238-241 și în art. 250-251 (darea și luarea de mită din Capitolul II al aceluiași titlu „Delictе săvârșite de funcționari și particulari”), în art. 254 din Codul penal din 1969 (la fel, într-un alt grup de infracțiuni, respectiv, Titlul VI „Infracțiuni care aduc atingere activității organizațiilor de stat, organizațiilor obștești sau altor activități reglementate de lege”, Capitolul I „Infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul”) și în art. 289 din Codul penal în vigoare (la fel, în alt grup de infracțiuni (Titlul V „Infracțiuni de corupție și de serviciu”, Capitolul I „Infracțiuni de corupție”);

c) Infracțiunea prevăzută în art. 146 (trafic de influență) din Codul penal de la 1864 se regăsește în art. 252 „Traficul de influență” text inclus de asemenea în alt grup de infracțiuni (Titlul III cu denumirea marginală „Crime și delictе contra administrației publice”, Capitolul II „Delictе săvârșite de funcționari și particulari”), în art. 257 din Codul penal din 1969 (traficul de influență) și art. 291 din Codul penal în vigoare (textele ultimelor două coduri fiind incluse în alte grupe de infracțiuni);

d) Infracțiunea prevăzută în art. 147 (abuz de putere) din Codul penal de la 1864 se regăsește în art. 245 din Titlul III, Capitolul I, Secțiunea V din Codul penal Carol al II-lea, cu aceeași denumire marginală, în art. 246 și art. 247 din Codul penal din 1969 cu denumirile marginale de abus în serviciu contra intereselor persoanelor și abus în serviciu contra intereselor obștești și în art. 297 din Codul penal în vigoare, firește, în alte grupe de infracțiuni decât cele care împiedică înfăptuirea justiției;

e) Infracțiunea prevăzută în art. 148 (cercetare abuzivă) din Codul penal de la 1864 are corespondent în art. art. 289 din Codul penal Carol al II-lea, cu aceeași denumire marginală, art. 266 din Codul penal din 1969 cu denumirea marginală arestarea nelegală și cercetarea abuzivă și în art. 280 cu denumirea marginală de cercetare abuzivă din Codul penal în vigoare;

f) Infracțiunea prevăzută în art. 149 (arestarea nelegală) din Codul penale de la 1864 se regăsește în conținutul infracțiunii prevăzute în art. 272 (arestare ilegală), art. 273 (executarea ilegală a arestării) și art. 275 (tolerarea arestării ilegale) din Codul penal Carol al II-lea, în art. 266 (arestarea nelegală și cercetarea abuzivă din Codul penal din 1969 și art. 283 alin. (2) din Codul penal în vigoare, cu denumirea marginală represiunea nedreaptă;

g) Infracțiunea prevăzută în art. 150 (tortura) din Codul penal de la 1864 are corespondent în art. 289 cu denumirea marginală cercetări abuzive din Codul penal Carol al II-lea, în art. 267 cu denumirea marginală supunerea la rele tratamente din Codul penal din 1969 și art. 282 cu denumirea marginală tortura din Codul penal în vigoare; facem precizarea că denumirea marginală de tortură apare numai în actualul Cod penal.

7. Concluzii

Prezentul studiu evidențiază realitatea că în decursul timpului, odată cu adoptarea primului Cod penal român din epoca modernă a României (Codul penal de la 1864) și până în zilele noastre, legiuitorul român a manifestat o preocupare constantă pentru apărarea intereselor justiției prin incriminarea unor fapte prin care se aduce atingere activității de înfăptuire a justiției în ansamblul său.

Examinarea infracțiunilor contra înfăptuirii justiției evidențiază pașii făcuți de către legiuitorul român în decursul timpului, care au presupus mai întâi menționarea acestor infracțiuni împreună cu altele în care subiecții activi erau și alți funcționari administrativi, după care prevederea lor separată în capitole sau titluri distincte.

Astfel, începând cu Codul penal Carol al II-lea (al doilea Cod penal român în ordinea promovării), aceste infracțiuni au fost grupate în titluri sau capitole distincte cu denumiri marginale sugestive, cum sunt: Titlul IV din Codul penal Carol al II-lea cu denumirea marginală „Delictе contra administrației justiției”, Capitolul II cu denumirea marginală Infracțiuni care împiedică înfăptuirea justiției” din Titlul VI din Codul penal din 1969 și Titlul IV cu denumirea marginală „Infracțiuni contra înfăptuirii justiției” din Codul penal în vigoare.

Continuitatea și consecvența incriminării acestei categorii de fapte realizată în timp de legiuitorul român este evidențiată distinct în cadrul examinării modului în care unele infracțiuni, cu conținuturi juridice asemănătoare, unele vând chiar și denumiri marginale identice, se regăsesc în cele patru coduri penale.

Continuitatea incriminării acestui grup de infracțiuni evidențiază importanța acordată în timp de legiuitorul român activității de înfăptuire a actului de justiție, concomitent cu preocuparea manifestată pentru sancționarea penală a unor acțiuni sau inacțiuni care pun în pericol această valoare socială sopecială.

DESPRE PRAGUL VALORIC LA INFRAȚIUNEA DE ABUZ ÎN SERVICIU ÎN LEGISLAȚIA NOASTRĂ PENALĂ. DIMENSIUNI ȘI TENDINȚE

Ion IFRIM*

Abstract: The purpose of this communication is to present the dynamics of the value threshold to the crime of abuse of service, some controversial issues related to the threshold value criteria for this crime, and finally, we propose some solutions.

Key words: value threshold; crime abuse; normative acts

1. Importanța deosebită ce s-a acordat și se acordă combaterii infracțiunilor care aduc pagube unității publice sau private, rezultă din preocuparea legiuitorului nostru de a îmbunătăți permanent normele de drept penal care incriminează astfel de infracțiuni și din atenția ce se acordă **în prezent**, perfecționării sistemului de sancționare a acestora, în **special** în direcția **stabilirii pedepsei** în **raport cu paguba cauzată** prin săvârșirea infracțiunii (adică, crearea unui sistem nou de sancționare).

2. În legătură cu aceasta, amintim că, în prezent, legiuitorul incriminează în art.297 abuzul în serviciu astfel: fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică. În alineatul doi al aceluiași articol se arată că, cu aceeași pedeapsă se sancționează și fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, îngreuește exercitarea unui drept al unei persoane ori creează pentru aceasta o situație de inferioritate pe temei de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, orientare sexuală, apartenență politică, avere, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA.

3. Precizând norma de incriminare, constatăm că, în anul 2017, Curtea Constituțională prin Decizia 392 din 6 iunie 2017¹ decide că „legiuitorul are obligația de a **reglementa pragul valoric al pagubei și intensitatea vătămării dreptului sau interesului legitim rezultate din comiterea faptei în cuprinsul normelor penale referitoare la infracțiunea de abuz în serviciu**, pasivitatea acestuia fiind de natură să determine apariția unor situații de incoerență și instabilitate, contrare principiului securității raporturilor juridice în componența sa referitoare la claritatea și previzibilitatea legii”.

În aceste condiții, unii autori propun (amendamente), într-un proiect legislativ, pentru modificarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, la infracțiunea de abuz în serviciu **un prag valoric**, ca de exemplu: să fie stabilit la **200.000 de euro**², sau mai mare de **100.000 lei**; ori mai mare de **1.000 de lei**; sau mai mare de **200.000 lei**; ori o pagubă unei persoane fizice sau persoane juridice **echivalenta cu minim 10 salarii minime pe economie**.

De aici, rezulta că este necesar *reexaminarea actualei legislații*, în scopul *introducerii pragului valoric* la infracțiunea abuzului în serviciu.

4. Pentru a cunoaște felul în care s-a manifestat preocuparea legiuitorului nostru în direcția aceasta, este util cunoașterea **tuturor textelor** succesive, în forma cum au apărut, în legislația noastră penală anterioară³. Astfel:

I. Observăm că, **textul art. 245⁴**, în urma modificărilor aduse prin **Decretul nr. 202, publicat în B. Of. nr. 15 din 14 mai 1953**, avea următorul cuprins: „încălcarea îndatoririlor de serviciu săvârșită de către un funcționar, prin

* cercetător științific gr. II la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, e-mail: ionut_ifrim24@yahoo.com.

¹ https://www.luju.ro/static/files/2017/iunie/21/ccr_prag_abuz.pdf

² <http://www.mediafax.ro/politic/proiect-psd-pragul-pentru-abuzul-in-serviciu-sa-fie-stabilit-la-200-000-de-euro-16906141>

³ Constatăm, în mod pozitiv, că unii autori (de pildă, profesorul Viorel Pașca, profesorii Augustin Lazăr și Ovidiu Predescu, Bogdan Marin Giurcă, și alții) arată pe larg evoluția infracțiunii de abuz în serviciu în codurile penale anterioare, în lucrările lor. Cu toate acestea, observăm că, autorii citați **omit** să sublinieze **pragul valoric la infracțiunea de abuz în serviciu**. A se vedea, Viorel Pașca, Cum a devenit infracțiunea de abuz în serviciu cea mai frecventă infracțiune de corupție, în *Revista Universul Juridic*, nr.5 din 2017, p.7-31, http://revista.universuljuridic.ro/wpcontent/uploads/2017/06/01_Revista_Universul_Juridic_nr_052017_PAGINAT_BT_V_Pasca.pdf Punct de vedere asupra reglementării unui prag valoric al pagubei în cuprinsul normelor penale referitoare la infracțiunea de abuz în serviciu în *Revista Universul Juridic*, nr.7 din 2017, pp.7-12. http://revista.universuljuridic.ro/wp_content/uploads/2017/09/01_Revista_Universul_Juridic_nr_07,2017_PAGINAT_BT_A_Lazar_O_Predescu.pdf; Bogdan Marin Giurcă, Unele considerații cu privire la modificările aduse infracțiunii de abuz în serviciu, *comunicare științifică prezentată la Facultatea de Drept din cadrul Universității Hyperion*, 2017.

depășirea sau folosirea abuzivă a atribuțiilor sale, ori prin violarea sau nerespectarea obligațiilor impuse prin dispoziții legale, dacă prin aceasta se împiedică, îngreunează sau întârzie lucrările de întocmire a planului de stat sau executarea sarcinilor decurgând din planul de stat, se stânjenește bunul mers al unităților sau organizațiilor obștești ori se produce o pagubă avutului obștesc sau intereselor legale ale cetățenilor, dacă fapta nu constituie o altă infracțiune pedepsită de lege ca fiind săvârșită de funcționar în exercițiul atribuțiilor sale, constituie infracțiunea de abuz în serviciu și se pedepsește cu închisoare corecțională de la 2 la, 10 ani sau amendă de la 100 la 2000 lei”. De aici, așa cum se poate observa, la acea dată **nu a existat** un prag valoric la *infracțiunea de abuz în serviciu*.

II. Prin Decretul nr.255 din 29 august din 1953, au fost organizate *primele consilii de judecată* din țara noastră, („consiliile de judecată”). Competența consiliilor de judecată cuprindea următoarele fapte, în cazul în care erau comise de angajați ai unităților: *atitudinile neglijente față de avutul obștesc; furturile săvârșite pentru prima dată în incinta unităților respective, asupra bunurilor ce aparțin acestor unități...dacă valoarea bunurilor nu depășea 200 de lei*.

Cu privire la textul menționat, s-a spus că aceste fapte constituiau în sensul reglementării amintite, abateri disciplinare și își păstrau acest caracter atâta vreme cât nu aveau gradul de pericol social al unei infracțiuni⁵. Sancțiunile ce se putea aplica de consiliile de judecată erau printre altele: acoperirea prejudiciului cauzat prin abaterea săvârșită, dacă valoarea acestuia **nu** depășea *suma de 200 de lei*⁶.

Pe lângă aceasta, adăugăm și faptul că, în practica judiciară și în literatura de specialitate au avut loc soluții contradictorii și vii controverse în legătură cu interpretarea art.2, lit.b) din decretul nr.255/1953.

Sub acest aspect, unii autori au considerat că a *avut loc o dezincriminare* a acestor fapte, ele pierzând caracterul penal și păstrându-l numai pe cel disciplinar⁷.

Din contra, alții autori⁸ au susținut că acest decret *nu a operat o dezincriminare*, deoarece faptele date în competența consiliilor de judecată nu au fost *scoase direct și imediat* din sfera ilicitului penal, ci *numai condiționat* de existența, în fiecare caz în parte, a unui pericol social concret redus, sub nivelul aceluia al unei infracțiuni.

În aceste condiții, Tribunalul Suprem, Colegiul penal⁹, a decis, că îndeplinirea condițiilor prevăzute în Decretul nr.nr.255 din 1953 *nu justifică* prin ea *însăși scoaterea de sub incidența legii penale* a faptelor la care se referă decretul, dacă acestea prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni.

III. Prin Decretul nr.184 din 1954 s-a realizat *înlocuirea legală, necondiționată, pură și simplă*, a răspunderii penale cu răspunderea administrativă, pentru întreagă categorie de fapte, **până atunci considerate infracțiuni**, caracterizate *printr-un pericol social redus*.

De observat, că din expunerea succintă, până aici, în ordinea succesiunii lor, a dispozițiilor de lege penală, se poate observa că, legiuitorul nostru, chiar dacă **a prevăzut un prag valoric la unele fapte de serviciu**, totuși, **nu a prevăzut un prag valoric și la infracțiunea de abuz în serviciu**.

IV. Prin Decretul nr. 318/1958 din 21 iulie 1958, textul art.245 din C.pen. a fost modificat¹⁰, și avea următoarea redactare: „Încălcarea de către un funcționar a îndatoririlor de serviciu prin îndeplinirea lor abuzivă, sau

⁴ Remarcăm că, **acest text a fost modificat în repetate rânduri** după republicarea Codului penal din 1948. A se vedea pentru detalii: *Codul penal republicat la 27 februarie 1948, cu modificările ce i s-a adus până la data de 1 decembrie 1960*, precum și o anexă cuprinzând câteva legii penale speciale. Ed. Științifică, 1960, p. 149.

⁵ Constantin Flitan, *Răspunderea disciplinară a angajaților*, Ed. Științifică, București, 1970, p. 49.

⁶ Gh. Dăringă și Ion Petcu, *Despre infracțiunea de abuz în serviciu*, Justiția Nouă, 1962, nr.2 p.62.

⁷ S.Feller, *Cu privire la natura juridică a consiliilor de judecată și a activității lor*, în Justiția Nouă nr.1/1954; Grigore Ripeanu, *Cu privire la natura juridică a consiliilor de judecată și a activității lor*, în Justiția Nouă nr.1/1955 s.a.

⁸ Ștefan Daneș, *Înlocuirea răspunderii penale*, 1970, p.83.

⁹ Decizia nr.596 din 1955 în Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1955, vol. II, Ed.Științifică, București, 1956, p.10.

¹⁰ În această privință, s-a spus că, precizarea conținutului și îmbunătățirea redacțiunii unui text incriminator, *constituie o îndoită chează* pentru realizarea legalității, fiindcă pe de o parte se asigură cetățenilor posibilitatea de a înțelege și observa mai ușor norma juridică, iar pe de altă parte, se asigură și organelor judiciare posibilitatea de a face o justă aplicare a legii. Manifestarea *restrângerii aferei de aplicare a dreptului penal a avut loc* pe de o parte, prin dezincriminarea acelor fapte care într-o anumită perioadă au încetat de a mai prezenta gradul de pericol social pe care-l aveau pentru ordinea juridică dintr-o altă perioadă, pe de altă parte, prin deschiderea unor posibilități de înlocuire a răspunderii penale cu răspunderea administrativă sau disciplinară, pentru faptele care ar putea prezenta uneori, **în concret, un grad de pericol social foarte scăzut**, așa încât aplicarea de sancțiuni penale nu mai apărea necesară, fiind suficiente sancțiunile administrative sau disciplinare. Această preocupare de continuă *degrevare a cadrului de incriminări* și a *câmpului de aplicare a sancțiunilor penale*, o găsim prezentă și în modificările aduse Codului penal între anii 1956-1968. Astfel, au fost dezincriminate unele fapte și s-a creat posibilitatea *înlocuirii răspunderii penale cu răspunderea disciplinară* pentru faptele prevăzute în art. 2 lit. b și c din Decretul nr. 320 din 21 iulie 1958 privitor la consiliile de judecată din întreprinderi și instituții, precum și pentru infracțiunile unele infracțiuni, adunările obștești pot decide că nu este locul să se aplice sancțiuni penale (art. 505¹ alin. 2 C. pr. pen.). S-a motivat că, **gradul de pericol social** al infracțiunilor se **modifică în decursul timpului**, devenind mai mare sau mai mic, în raport de modificările intervenite în relațiile sociale supuse ocrotirii, precum și de gradul de consolidare a acestorași relații. Faptul că pe parcursul dezvoltării societății, infracțiunile suferă schimbări în ceea ce privește gradul lor de pericol social, poate face ca, în raport de aceste schimbări, ele să rămână tot fapte penale, dar cu un grad mai ridicat, sau mai redus de gravitate decât cel avut înainte, ori să iasă din sfera faptelor penale, dacă nu mai prezintă acel minim de pericol social cerut pentru existența unei infracțiuni. În acest din urmă caz, faptele **încetând de a mai fi infracțiuni**, pot deveni abateri de altă natură (administrativă, disciplinară etc.). Un alt argument a fost, **punerea de acord a pedepselor prevăzute în partea specială a Codului penal**, pentru diferite infracțiuni, **cu realitățile care determină măsura** în care trebuia să fie stabilite limitele acestor pedepse. O primă realitate, de care legiuitorul trebuie să țină seama potrivit principiilor dreptului penal și

neîndeplinirea lor, care aduce o tulburare bunului mers al unității obștești, o vătămare intereselor legale ale cetățenilor, dacă fapta este săvârșită **în mod repetat sau chiar numai, o singură dată, dar prezentând un caracter grav, ori dacă este săvârșită din interese materiale, sau din alte interese personale**, constituie infracțiunea de abuz în serviciu și se pedepsește cu închisoare corecțională de la 2-10 ani sau cu amendă de la 500-3000 lei.

Abuzul în serviciu prin care s-a produs o pagubă avutului obștesc **se pedepsea, în raport cu valoarea pagubei produse**, după cum urmează:

- a) până la 1000 lei inclusiv, 3 luni la 1 an închisoare corecțională;
- b) 1000-3000 lei inclusiv, 6 luni la 2 ani închisoare corecțională;
- c) 3000-10000 lei inclusiv, 2-5 ani închisoare corecțională;
- d) 10000-50000 lei inclusiv, 5-8 ani închisoare corecțională, confiscarea parțială sau totală a averii și interdicție corecțională de la 1-6 ani;
- e) peste 50000 lei, 8-12 ani închisoare corecțională, confiscarea parțială sau totală a averii și interdicție corecțională de la 1-6 ani.

Dispozițiile art. 236 din C.pen. privitoare la *tentativă, instigatori, complici, tăinuitori și favorizatori* se aplica ca și în cazurile prevăzute în alineatul precedent¹¹.

Prin Decretul nr. 318 din 1958, s-au adus art. 245 substanțiale modificări atât din punctul de vedere al **conținutului incriminării**, cât și din punctul de **vedere al sancțiunii**. În această privință este interesantă viziunea profesorului Vintilă Dongoroz¹², asupra **modificărilor** aduse art. 245 prin Decretul nr. 318/1958.

Pe lângă acestea, mai redăm, și modul în care Decretului nr.318 din 21 iulie 1958¹³ reglementa **stabilirea valorii pagubelor** aduse avutului obștesc prin săvârșirea infracțiunii. Textul articolului 2 arăta **criteriile** după care trebuia să se facă evaluarea, și anume că avea să se ia ca **bază de calcul prețul de vânzare al bunurilor respective la consumator (criteriul obișnuit)**, iar dacă bunul nu se afla în circuitul comercial urma să ia **ca bază întreitul prețului cost (criteriul subsidiar)**.

Criteriile de evaluare prevăzute în dispoziția din art. 2 erau **generale și obligatorii**. Așadar, în mod obișnuit, se lua ca **bază prețul de vânzare** al bunurilor respective la consumator, și numai atunci când bunul nu se afla în circuitul comercial (civil) se lua ca bază de evaluare **întreitul prețului de cost**.

Dispozițiunea prevedea însă o excepție *pentru cazul în care autorul este pedepsit „cu moartea”*; în acest caz, complicitii, tăinuitorii și favorizatorii se pedepseau, potrivit Decretului nr. 318/1958, cu munca silnică de la 15 la 20 de ani, **confiscarea totală a averii și degradarea civică** de la 3 la 10 ani.

V. Prin Decretul nr. 1 din 14 ianuarie 1959, alin. 2 lit. b din art. 245 a fost modificat. Astfel, prezentăm, textul alin. 2, lit. b al art. 245, în forma modificată prin Decretul citat, publicat în B.Of. nr.1 din 14 ianuarie 1959:

„b) **1000-3000 lei inclusiv, 1-2 ani închisoare corecțională**”.

Dispozițiile art.236¹⁴ *privitoare la tentativă, instigatori, complici, tăinuitori și favorizatori se aplică și în cazurile prevăzute în alin.3*

orientărilor de politică penală, era **gradul de pericol social** pe care îl prezinta faptele incriminate în condițiile și variațiile pe care le înregistrează acest grad de pericol social datorită succesivelor transformări intervenite în sfera relațiilor sociale care formează obiectul ocrotirii penale. Apoi, **în special**, s-a arătat că, în perioada de trecere de la capitalism la socialism – și deci și în **intervalul 1956-1960** în care au fost edictate actele normative la care ne referim – frecvența modificărilor aduse legiurii penale în anumite părți ale acestia reprezintă **chiar regula**, iar **stabilitatea trebuie să fie considerată doar ca o excepție**, fiindcă dăinuirea unor norme penale depășite constituie o stare dăunătoare pentru realizarea scopului urmărit prin reglementările dreptului penal. A se vedea, Vintilă Dongoroz, *Principalele transformări ale dreptului penal al R.P.R. în lumina concepției marxist-leniniste* apărut în *Studii Juridice*, Editura Academiei R.P.R., București, 1960; Ștefan Daneș, *Înlocuirea răspunderii penale*, op.cit.p. 9.

¹¹ A se vedea, *Codul penal republicat la 27 februarie 1948, cu modificările ce i s-a adus până la data de 1 decembrie 1960*, op.cit.p. 137; Gheorghe Ivan, *Abuzul în serviciu-intre incriminare și dezincriminare*, Revista Pro lege, anul LXIV,, nr.3/2016, p. 17.

¹² A se vedea, pe larg, *Modificările aduse Codului penal și Codului de procedură penală prin actele normative din anii 1956 1960*, Ed. Academiei Române, op.cit.p147 și urm.

¹³ A se vedea, *Anexa, Dispozițiunii tranzitorii*, în Decretul nr.318 din 21 iulie 1958.

¹⁴ Prin Decretul nr.1 din 14 ianuarie 1959, **textul art.236** a fost astfel modificat:

„Însușirea, folosirea sau trafizarea de către un funcționar, în interesul său ori pentru altul de bani, valori ori vreun alt bun din avutul obștesc pe care le gestionează ori administrează, constituie infracțiunea de delapidare și se pedepsește, **în raport cu valoarea pagubei produse**, după cum urmează:

- a) *Până la 1000 lei inclusiv, 3 luni la 1 an închisoare corecțională;*
- b) *1000-3000 lei inclusiv, 1-2 ani închisoare corecțională ;*
- c) *3000-5000 lei inclusiv, 2-4 ani închisoare corecțională;*
- d) *5000-10.000 lei inclusiv, 4-7 ani închisoare corecțională, confiscarea parțială sau totală a averii și interdicție corecțională de la 1-6 ani;*
- e) *10.000-20.000 lei inclusiv, 7-12 ani închisoare corecțională, confiscarea parțială sau totală a avrii și interdicție corecțională de la 1-6 ani ;*
- f) *20.000-50.000 lei inclusiv, 12-15 ani muncă silnică, confiscarea totală a averii și degradarea civică de la 3 la 10 ani ;*
- g) *50.000-100.000 lei inclusiv, 15-25 ani muncă silnică, confiscarea totală a averii și degradarea civică de la 3-10 ani ;*
- h) *Peste 100.000 lei, pedeapsa cu moartea și confiscarea totală a averii .*

În doctrina penală¹⁵, s-a arătat că, prin această modificare s-a urmărit realizarea unui *sistem unitar* în scara pedepselor prevăzute în art. 245, în sensul că maximul pedepsei de la o treaptă inferioară constituia în toate cazurile minimul pedepsei de la treapta imediat superioară.

VI. Modificările aduse dispozițiilor din art. 245 prin **Decretul nr. 212/1960** au pus capăt discuțiilor și controversei pe care le prilejuiseră dispozițiile anterioare și au înlăturat neajunsurile la care conduceau cele două păreri cu privire la interpretarea acestor dispozițiuni.

Prezentăm, textul art.245 astfel cum a fost modificat prin Decretul nr. 212, publicat în B.Of. nr.8 din 17 iunie 1960:

Art.245. „*Încălcarea de către un funcționar a îndatoririlor de serviciu, săvârșită în mod repetat sau chiar numai o singură dată dar prezentând un caracter grav, ori săvârșită din interese materiale sau din alte interese personale, constituie infracțiunea de abuz de serviciu dacă:*

- 1.a cauzat o tulburare bunului mers al unității obștești sau o vătămare intereselor legale ale cetățenilor, sau*
- 2.a cauzat în mod direct o pagubă avutului obștesc.*

Abuzul de serviciu care a avut urmările arătate în alin. 1 pct. 1 se pedepsește cu închisoare corecțională de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă de la 500-3000 lei.

Abuzul de serviciu care a avut urmările arătate în alin. 1 pct. 2 se pedepsește, în raport cu valoarea pagubei produse, după cum urmează:

- a) pînă la 20000 lei inclusiv, 3 luni la 2 ani închisoare corecțională;*
- b) 20000-50000 lei inclusiv, 2-5 ani închisoare corecțională și interdicție corecțională de la 1-3 ani;*
- c) peste 50000 lei, 5-10 ani închisoare corecțională, confiscarea parțială sau totală a averii și interdicție corecțională de la 1 -6 ani.*

Fapta nu constituie infracțiune dacă a fost cerută de nevoile serviciului.

Dispozițiile art.236 privitoare la tentativă, instigatori, complici, tăinuitori și favorizatori se aplică și în cazurile prevăzute în alin.3

Remarcăm, că în redacțiunea textului au fost întrunite în dispozițiunea din alin. 1 toate condițiile de incriminare care alcătuiesc conținutul infracțiunii de abuz de serviciu (elementele sale constitutive), iar în alin. 2 și 3 erau prevăzute pedepsele pentru această infracțiune, **diferențiate în raport cu urmările faptei**.

În alin. 4 s-a prevăzut că **nu constituie** infracțiune de abuz de serviciu comportarea formal abuzivă atunci cînd a fost cerută de **nevoile serviciului**.

În legătură cu această modificare, observăm că această îngăduință acordată funcționarului **nu trebuia să devină un pretext** pentru încălcarea îndatoririlor de serviciu. Așadar, pentru îndeplinirea condiției justificative **trebuia să fi existat o reală și serioasă necesitate a serviciului**, deci o nevoie **certă și evidentă** pentru salariatul care se vedea nevoit să încalce îndatoririle sale de serviciu. S-ar putea întâmpla ca un salariat, datorită împrejurărilor concrete, să socotească că anumite nevoi ale serviciului nu ar putea fi satisfăcute fără o încălcare a îndatoririlor sale și totuși acele nevoi să fi fost numai aparente. În atare cazuri, dacă salariatul a fost de bună-credință, deoarece aparențele pe care le-a avut în vedere au fost în raport cu împrejurările de fapt, de natură să-l facă a crede, în mod plauzibil, că există nevoia de serviciu care îngăduie încălcarea îndatoririlor sale, fapta sa nu va constitui infracțiunea de abuz de serviciu.

Pentru evitarea unor discuții ulterioare cu privire la *realitatea și seriozitatea nevoii* care a determinat încălcarea îndatoririlor de serviciu, este recomandabil ca salariatul care s-a găsit într-o astfel de *situație să consemneze de îndată* aceste împrejurări într-un document, eventual chiar intactul constatare al operației prin care s-a produs încălcarea îndatoririlor. Prin aceasta trebuie să se înțeleagă că funcționarul a acționat în acest mod, fiindcă necesitățile serviciului pe care-l efectua cereau în mod obiectiv ca el să procedeze astfel¹⁶.

În această privință, s-a spus că, legiuitorul nostru s-a situat în această privință pe linia Codului penal al R.S.F.S.R. pe atunci în vigoare, care în art. 109 stabilea principiul că funcționarii nu pot fi pedepsiți pentru abateri formale, dacă se constată că ei s-au străduit să asigure bunul mers al unității¹⁷. De altfel, art. 170 din noul Cod penal al R.S.F.S.R., condiționa existența infracțiunii de abuz în serviciu de săvârșirea acesteia din interes material sau din alte interese

Dacă fapta prezintă un pericol social deosebit, datorită frecvenței faptelor de aceeași natură sau a gravității urmărilor provocate, se va putea aplica oricare dintre pedepsele mai grave, prevăzute mai sus, decât cea corespunzătoare valorii pagubei produse, chiar și pedeapsa cu moartea .

Tentativa se pedepsește ca și infracțiune consumată. În cazul în care nu se poate stabili valoarea pagubei ce urma să fie produsă, se va aplica, în raport cu împrejurările concrete ale săvârșirii faptei, oricare din pedepsele prevăzute în alin.I, de la lit.a-h .

Instigatorii, complicii, tăinuitorii și favorizatorii se pedepsesc ca și autorul, în afară de cazul în care pedeapsa prevăzută pentru autor este moartea, când pentru complici, tăinuitori și favorizatori pedeapsa este munca silnică de la 15-25 ani, confiscarea totală a averii și degradarea civică de la 3-10 ani .

În cazul când persoanele prevăzute în alineatul precedent nu au cunoscut valoarea pagubei produse, se va aplica, în raport cu împrejurările concrete ale faptei, oricare dintre pedepsele prevăzute în alin.I de la lit.a-h, fără a se putea însă depăși pedeapsa, prevăzută de lege pentru infracțiunea comisă de autor”.

¹⁵ A se vedea, Vintilă Dongoroz și colab., *Infracțiuni contra avutului obștesc*, p.50.

¹⁶ A se vedea I. Pohonțu, *Ultimele modificări ale părții speciale a Codului penal*, în „Legalitatea populară”, 1960, nr. 7, p. 34 și urm.

¹⁷ A se vedea, V. Rămureanu, *Modificarea Codului penal și a Codului de procedură penală*, în „Justiția nouă”, 1960, nr. 4, p. 608 și urm.

personale, ceea ce înseamnă că, atunci când infractorul acționează în interesul realizării nevoilor serviciului *fapta nu constituie infracțiune*, chiar dacă a provocat vreuna din urmările prevăzute de acest text.

Referindu-ne la criteriile *cantitativ* și *calitativ*, în literatura noastră s-a emis părerea (Vintilă Dongoroz¹⁸), că trebuia să fie folosite în *mod îmbinat*, iar *nu izolat*, fiindcă **gravitatea** unei fapte **nu este determinată** numai de urmările sale imediate (paguba produsă), **ci și de felul** în care a fost realizat conținutul faptei și de ansamblul împrejurărilor concrete în care a fost săvârșită fapta respectivă. De pildă, s-a arătat, (Vintilă Dongoroz¹⁹), că s-ar putea întâmpla uneori ca aceeași comportare abuzivă să producă o tulburare bunului mers al unității obștești respective sau o vătămare pentru interesele legale ale vreunui cetățean și totodată să cauzeze în mod direct și o pagubă avutului obștesc. Într-un astfel de caz, profesorul Vintilă Dongoroz, a răspuns că, *nu vor exista* mai multe infracțiuni, *ci un singur* abuz de serviciu cu *pluralitate de urmări* (concurs de urmări) și, întrucât legea diferențiază sancțiunea în raport cu urmările produse, se va aplica pedeapsa cea mai grea dintre acelea pe care le-ar fi atras fiecare urmare luată aparte.

De observat că **Decretul nr. 212 din 17 iunie 1960** a modificat **limitele diferitelor trepte din scara pedepselor**, începând de la **3 luni la 2 ani** închisoare corecțională, **când paguba era până la 20000** de lei inclusiv, și **urcând treptat** până la închisoare corecțională de la 5 la 10 ani, confiscarea parțială sau totală a averii și interdicție corecțională de la 1 la 6 ani, **când paguba depășește 50000 de lei**.

VII. Apoi, dispozițiile din art. 2 al Decretului nr.318/1958, comentate mai sus, au fost abrogate și prin **Decretul nr.220 din 20 octombrie 1960**, care prevedea **noi criterii** pentru **stabilirea valorii pagubelor cauzate avutului obștesc**. În acest sens, arătăm, totuși, că unele din observațiile făcute mai sus cu privire la art.2 al Decretului 318/1958 rămân valabile și în raport cu noua reglementare din Decretul nr.220 /1960, ca de pildă: interesul pe care îl prezintă în procesul penal operația de stabilire a valorii pagubei nu numai în ce privește rezolvarea acțiunii civile, ci și în ceea ce privește aplicarea pedepsei în cazul infracțiunilor contra avutului obștesc sau care au adus o pagubă acestui avut; data săvârșirii infracțiunii ca moment de care trebuia să se țină seama la evaluarea pagubei, atunci când aceasta servea la stabilirea pedepsei; cazurile în care trebuia să intre în calcul de evaluare urmările păgubitoare produse după consumarea infracțiunii; situația în caz de restituirea lucrurilor sau acoperirea daunei după descoperirea faptei. Așadar, și în cazul stabilirii valorii pagubei produse prin infracțiune în vederea aplicării pedepsei potrivit, criteriilor din Decretul nr. 220/1960²⁰, se va ține socoteală de momentul săvârșirii infracțiunii.

Apoi, s-a mai afirmat că Decretul nr.220 /1960 **confirmă** faptul că la stabilirea valorii pagubei trebuie să se țină seama **atât de valoarea bunului, cât și de câștigul nerealizat** (*damnum emergens* și *lucrum cessans*), întrucât evaluarea bunurilor se făcea luându-se ca bază prețurile cu amănuntul.

Totodată, adăugăm și faptul că Decretul nr.220/1960 nu epuizează materia determinării valorii pagubei, aceasta urmând să se facă în *mod special* de către experți, în cazul bunurilor netarifate sau câștigurile nerealizate care nu depind de tarife.

De asemenea, precizăm că, în art. 8 al Decretului 220/1960 se găsea înscrisă o dispoziție care interesează îndeosebi procesul penal. În esență, acest articol, conținea incontestabil o aplicare a principiului *legii mai favorabile în caz de succesiune a legilor*, principiu înscris în art. 3 din Codul penal și extins de data aceasta la o lege extrapenală, dar care are resfrângeri în sfera dreptului penal²¹.

VIII. Pe lângă acestea, importante modificări și perfecționări au fost aduse prin **Legea nr. 59 din 26 decembrie 1968** privind comisiile de judecată, și în materia înlocuirii necondiționate, precum și a înlocuirii condiționate, în forma sa directă și principală, a răspunderii penale. Legea citată prevedea că, în locul organelor obștești de influențare și jurisdicție existente, cu competență și proceduri diferite, va fi înființat un singur asemenea organ comisia de judecată²².

În această privință, amintim că, art 11 prevedea: Comisiile de judecată din întreprinderi, organizații economice, instituții și celelalte organizații socialiste de stat judeca pricinile privitoare la următoarele fapte săvârșite de angajații acestora la locul de muncă și care, **prezentind pericol social redus, nu se considera infracțiuni, ci constituie abateri**²³ :

a) lovirea sau alte violente care nu au cauzat o vătămare integrității corporale sau sănătății, amenințarea, precum și insulta;

b) furtul și **abuzul de încredere** între membrii aceluiași colectiv, dacă valoarea pagubei **nu depășește 500 lei**;

¹⁸ A se vedea Vintilă Dongoroz și colab., *Modificările aduse codului penal și codului de procedură penală*, op.cit.p. 149 și urm.

¹⁹ *Ibidem*, op.cit., 150.

²⁰ Anterior, calculul se făcea potrivit art. 2 din Decretul nr. 318/1958.

²¹ În vigoare de la 20 octombrie 1960 până la 03 august 1976, fiind abrogat și înlocuit prin Decret 208/1976. A se vedea, lege5.ro/Gratuit/g43daobz/decretul-nr-220-1960-privind-stabilirea-valorii-pagubelor-cauzate-avutului-obstesc

²² Ștefan Daneș, *Înlocuirea răspunderii penale*, op.cit.p.109.

²³ *Textul art. 11 alin. 1 prima fază este reprodus astfel cum a fost modificat prin Decretul nr.86/1973, publicat în B. Of. nr 20 din februarie 1973.*

c) sustragerile sub orice formă din avutul obțesc, **când săvârșirea lor nu a** fost înlesnită prin fals, distrugerea sau degradarea cu intenție a unui bun din avutul obțesc și **abuzul în serviciu**²⁴, dacă în toate aceste cazuri valoarea pagubei pricinuite **nu depășea 500 lei**, cu excepția cazurilor în care fapta a pus sau ar fi putut pune în pericol mașini, instalații, depozite, alte bunuri sau valori importante, ori ar fi putut provoca tulburări grave în desfășurarea procesului muncii;

d) **neglijența în serviciu**, dacă valoarea pagubei pricinuite avutului obțesc **nu depășea 1000 lei**²⁵, cu excepția cazurilor în care fapta a pus sau ar fi putut pune în pericol mașini, instalații, depozite, alte bunuri sau valori importante, ori ar fi putut provoca tulburări grave în desfășurarea procesului muncii, precum și a celor în care fapta a creat o stare de pericol pentru siguranța circulației trenurilor sau a avut ca urmare o tulburare în activitatea de transport pe calea ferată.

Constituie de asemenea abateri și se judecă de aceleași comisii faptele constând în stricăciuni provocate locuințelor, precum și instalațiilor comune din imobilele proprietate de stat, aflate în administrarea directă a organizațiilor socialiste cu care angajații se afla în raporturi de muncă, săvârșite de aceștia cu intenție și prin care s-a adus avutului obțesc o pagubă ce nu depășea 500 lei²⁶.

Prejudiciile cauzate prin fapte repetate săvârșite cu intenție, până la aplicarea unei pedepse sau a unei sancțiuni cu caracter administrativ ori luarea unei măsuri de influențare obștească, se totalizează. În același fel se proceda și când prejudiciile au fost cauzate prin fapte săvârșite fără intenție.

Din această perspectivă, s-a afirmat că, aceste abateri de la regulile de conviețuire socială, **nu au fost altceva** decât fapte prevăzute de legea penală, pe care, legiuitorul, datorită pericolului lor social abstract redus, a considerat indicat să le treacă din sfera penală în sfera ilicitului extrapenal, procedând la o înlocuire legală a răspunderii penale.

În fine, mai adăugăm și faptul că, legea privind comisiile de judecată a înfăptuit o înlocuire legală a răspunderii penale, o dezincriminare; în timp ce însă pentru unele dintre faptele vizate această înlocuire este necondiționată pură și simplă, pentru altele înlocuirea răspunderii penale era condiționată în modalitatea ei directă și principală²⁷.

IX) Apoi, Decretul nr. 208/1976 privind evaluarea pagubelor aduse avutului obțesc prin lipsuri sau degradări de bunuri, fiind în vigoare de la 04 august 1976. Acest decret a devenit Legea nr. 31/1976. În noua reglementare se diferențiază **modul de evaluare a pagubei** în cazul în care răspunderea urma a fi stabilită **în condițiile Codului muncii** de situația în care paguba era urmarea unei infracțiuni sau a unui delict civil. Pentru cazurile în care răspunderea se stabilea conform Codului muncii, se păstra, principiul evaluării pagubei produse prin lipsuri de bunuri pe **baza pretului cu amanuntul**. Dacă paguba a fost produsă prin infracțiune sau delict civil, la suma stabilită ca mai sus se adăuga suma reprezentând folosul de care a fost lipsită unitatea pagubită.

X. În sfârșit, Parlamentul României a adoptat Legea nr. 1/1992 privind abrogarea unor acte normative²⁸ inclusiv Decretul nr. 208 din 5 iulie 1976 privind evaluarea pagubelor aduse avutului obțesc prin lipsuri sau degradări de bunuri.

5. Din cele arătate, rezultă că, normele dreptului penal a ocrotit cu mai multă eficiență patrimoniul statului dacă acest drept era degrevat de faptele de importanță redusă, împotriva cărora pot fi folosite alte mijloace decât mijloacele specifice dreptului penal. Apoi, mai rezultă, o treptată restrângere a sferei ilicitului penal, în raport de gradul de pericol social redus²⁹ al unor fapte prevăzute de legea penală ceea ce au făcut necesare substanțiale schimbări în domeniul legislației penale³⁰.

Pe lângă aceasta, mai adăugăm că, **sistemul de sancționare** a infracțiunii de abuz de serviciu, introdus în codul penal prin decretul 318 din 1958 și modificat ulterior, a constatat în **raportarea pedepsei la paguba cauzată** prin infracțiune (vezi art. 236).

6. De aceea, trăgând toate concluziile care se impun din analiza textelor arătate, considerăm că, în prezent, legiuitorul ar trebui să țină seama, dacă realitatea confirmă sau nu introducerea unui prag valoric la infracțiunea de

²⁴ Precizăm, că **faptele de abuz în serviciu** în dauna **unei persoane particulare, indiferent** dacă prin aceasta s-au cauzat ori nu pagube, **nu puteau constitui** abateri de competența comisiilor de judecată. A se vedea, Tribunalul Suprem, decizia de îndrumare nr. 9 din 1969, în Revista Română de Drept, nr. 9 din 1969, p. 123; Ștefan Daneș, *Înlocuirea răspunderii penale*, p. 111.

²⁵ *Profesorul Viorel Pașca, arată în lucrarea sa, Cum a devenit abuzul în serviciu cea mai frecventă infracțiune de corupție, la pagina 11 că, prin art. 11 din Legea nr. 59/1968 abuzul în serviciu constituia abatere de competența comisiilor de judecată, dacă în toate aceste cazuri valoarea pagubei pricinuite nu depășea 1000 lei, cu excepția cazurilor în care fapta a pus sau ar fi putut pune în pericol mașini, instalații, depozite, alte bunuri sau valori importante, ori ar fi putut provoca tulburări grave în desfășurarea procesului muncii. Cu toate acestea, se poate observa că, limita maximă în cazul abuzului în serviciu era de 500 de lei și nu de 1000 lei. Așa cum se poate observa, acest prag valoric era prevăzut așa cum rezultă din art. 11, dar pentru infracțiunea de neglijență în serviciu. A se vedea pe larg, Viorel Pașca, op.cit. p. 11. http://revista.universuljuridic.ro/wp-content/uploads/2017/06/01_Revista_Universul_Juridic_nr_05-2017_PAGINAT_BT_V_Pasca.pdf*

²⁶ Textul art. 11 alin. 2 este reprodus astfel cum a fost modificat prin **Decretul nr. 86/1973**, publicat în B. Of. nr. 20 din 28 februarie 1973.

²⁷ Ștefan Daneș, *Înlocuirea răspunderii penale*, p. 124.

²⁸ http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.http_act?ida=2287

²⁹ A se vedea, *Înlocuirea răspunderii penale*, op.cit. p. 109.

³⁰ N. Iliescu, *Influențarea obștească în domeniul ilicitului penal*, Studii și Cercetări Juridice, nr. 3/1964, p. 453.

abuz în serviciu. Așa de pildă, o realitate, de care legiuitorul trebuie să țină seama la introducerea unui **prag valoric** la infracțiunea de abuz în serviciu, ar fi, dacă această faptă penală **a încetat în practica judiciară de a mai prezenta gradul de pericol social**, așa încât aplicarea de sancțiuni penale **nu mai apare necesară**, fiind suficiente sancțiunile administrative. În măsura în care, realitatea confirmă aceste speranțe, legiuitorul pe de o parte, **va introduce** un prag valoric la infracțiunea de abuz în serviciu, pe de altă parte, ar trebui introdus acest prag valoric și la alte infracțiuni, cum ar fi: furtul, delapidarea, neglijența în serviciu etc., fiind totodată, și rațiunea modificării textelor. Înlocuirea răspunderii penale își găsește temeiul, așa cum am arătat, în necesitatea unei **concordante între natura și gravitatea** diverselor încălcări ale ordinii de drept, pe de o parte, și **natura și gravitatea răspunderii** ce urmează a reveni suspecților, pe de altă parte.

INCRIMINAREA TRANSMITERII HIV ÎN EUROPA

Mihaela AGHENIȚE, Luiza Tatiana PRICOP***

Abstract : HIV transmission have been on the increase across Europe - most noticeably in a series of cases in Finland, the Netherlands, Sweden, and the United Kingdom. During this same period, HIV incidence and prevalence has increased, particularly in the countries of Eastern Europe and the Western and Central Asian Republics. In light of this and high profile media coverage of HIV transmission cases, there is concern that States might increasingly choose to legislate the criminalization of the transmission of HIV and prosecute people who transmit HIV, leading to the infringement of the human rights of people living with HIV or AIDS (PLWHA).

Keywords: Criminalization; HIV; AIDS; public health; international human rights.

În ultimii ani, au existat dovezi substanțiale anecdotale conform cărora urmărirea penală pentru transmiterea HIV au crescut în Europa - cel mai vizibil într-o serie de cazuri în Finlanda, Olanda, Suedia și Regatul Unit. În aceeași perioadă, incidența și prevalența HIV au crescut, în special în țările din Europa de Est și în republicile din Asia de Vest și din Asia Centrală. Având în vedere această acoperire mediatică a cazurilor de transmitere a infecției HIV, există îngrijorarea că statele ar putea alege din ce în ce mai mult să legitimeze criminalizarea transmiterii HIV și să acuze persoanele care transmit HIV, ceea ce duce la încălcarea drepturilor omului ale persoanelor care trăiesc cu HIV sau SIDA (PLWHA). Mai mult, astfel de legi pot fi văzute din ce în ce mai mult, în noul cadru juridic al unei Uniuni Europene extinse, ca instrument viabil de combatere a comportamentului care riscă transmiterea HIV, fără ca alte opțiuni să fie luate în considerare în mod adecvat.¹

Aceste preocupări au fost ridicate pe fondul unei lungi istorii de dezbateri de la începutul epidemiei HIV privind valoarea și oportunitatea utilizării dreptului penal și a altor măsuri punitive în răspunsul la epidemie. Pentru a contribui la dezvoltarea unei politici și legi publice solide în ceea ce privește problema dreptului penal și a HIV / SIDA, UNAIDS a elaborat în 2002 Legea penală, sănătatea publică și transmisia HIV: un document privind opțiunile de politică.² Lucrarea a identificat o serie de politici publice, sănătate publică, drepturile omului și considerente juridice pe care statele ar trebui să le ia în considerare atunci când iau decizii cu privire la utilizarea legii penale în contextul HIV și SIDA. Aceasta a recomandat ca legea penală să fie utilizată doar în anumite cazuri ca o ultimă soluție după ce legile și politicile în materie de sănătate publică nu au reușit să atingă obiectivele dorite. Mai mult, a recomandat ca, în cazul în care legea penală ar trebui să fie utilizată, nu ar trebui să fie specifică HIV, nu ar trebui aplicată actelor care nu prezintă risc substanțial de transmitere a HIV, nu ar trebui să se aplice cazurilor în care partenerul era conștient de situația pozitivă a pârâtului și de statutul acestuia și nu a existat nici o înșelăciune sau coerciție, nu ar trebui să se aplice pentru transmiterea neglijentă și ar trebui să se solicite ca persoana HIV pozitivă să fi știut că a fost infectată și să fi știut că prin comportamentul său a reprezentat un risc semnificativ de transmitere a virusului HIV.³

La baza oricărui răspuns, în rezumat, lucrarea recomandă:

- orice reacții legale sau politice la HIV și SIDA, în special utilizarea coercitivă a puterii de stat, ar trebui să fie eficace în urmărirea generală a sănătății publice și ar trebui să respecte normele internaționale privind drepturile omului, în special principiile nediscriminării și ale procesului echitabil;
- Acțiunile statului care încalcă drepturile omului trebuie să fie justificate în mod corespunzător, astfel încât factorii de decizie politică să efectueze întotdeauna o evaluare a impactului legii sau politicii asupra drepturilor omului și ar trebui să prefere măsurile mai "puțin invazive" posibile pentru atingerea obiectivului justificabil și demonstrabil de prevenire a transmiterii bolii.

* Lect. univ.dr. Facultatea de Drept, Universitatea "Dunărea de Jos", Galați; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: maghenitei@gmail.com

** Consilier Juridic, ADR Regiunea de sud-est

¹ Detention or Prevention”, AIDS FONDS, 2004;D -v- United Kingdom, (1997) 24 EHRR 423; Weiss R (May 1993). "How does HIV cause AIDS?". Science 260 (5112): 1273–9. Bibcode:1993Sci...260.1273W. doi:10.1126/science.8493571. PMID 8493571.; Douek D, Roederer M, Koup R (2009). "Emerging Concepts in the Immunopathogenesis of AIDS". Annu. Rev. Med. 60: 471–84. doi:10.1146/annurev.med.60.041807.123549. PMC 2716400. PMID 18947296.; UNAIDS; WHO (December 2007). "2007 AIDS epidemic update" (PDF). p. 10. Retrieved 2008-03-12

² Elliot, R, Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: A Policy Options Paper, UNAIDS, 2002

³ Cunningham A, Donaghy H, Harman A, Kim M, Turville S (2010). "Manipulation of dendritic cell function by viruses". Current opinion in microbiology 13 (4): 524–

529. doi:10.1016/j.mib.2010.06.002. PMID 20598938.; Garg H, Mohl J, Joshi A (Nov 9, 2012). "HIV-1 induced bystander apoptosis". Viruses 4 (11): 3020–43. doi:10.3390/v4113020. PMC 3509682. PMID 23202514.; Kumar, Vinay (2012). *Robbins Basic Pathology* (9th ed.). p. 147. ISBN 9781455737871.; International Committee on Taxonomy of Viruses (2002). "61.0.6. Lentivirus". National Institutes of Health. Retrieved February 28, 2006.; International Committee on Taxonomy of Viruses (2002). "61. Retroviridae". National Institutes of Health. Retrieved February 28, 2006.

În acest context, studiul actual a căutat să identifice, să descrie pe scurt și să analizeze legea în legătură cu incriminarea transmiterii HIV în uz la momentul studiului (2004) de către statele semnatare ale Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului (CEDO) și a libertăților fundamentale. Acest lucru a fost realizat astfel încât: (a) să furnizeze o analiză a tendințelor actuale în ceea ce privește incriminarea transmiterii HIV în Europa; (b) să asiste guvernele, organizațiile neguvernamentale și persoanele care trăiesc cu HIV și SIDA în examinarea compatibilității și conformității acestor legi cu principiile și obligațiile privind drepturile omului; și (c) să realizeze o abordare informată și măsurată care se bazează pe drepturile omului și sănătatea publică asupra utilizării legii pentru reglementarea comportamentului care poate duce la transmiterea HIV.

Studiul a arătat că în momentul de față au fost folosite multe tipuri diferite de legi pentru a incrimina transmiterea HIV. Aceste legi variază de la legile specifice HIV până la folosirea dispozițiilor de drept penal general, la astfel de cazuri. Unele legi au impus intenția deoarece unii nu au făcut-o cu intenție ci au săvârșit doar o transmitere reală, ceea ce a determinat neincriminarea, în timp ce alții au incriminat riscul transmiterii. În plus, unele legi au incriminat comportamentul "neglijent", în plus față de comportamentul "intenționat". Deși datele au fost greu de găsit cu privire la sex, etnie și statutul juridic al celor urmăriți, aceasta s-a constatat și la un număr semnificativ de bărbați, adesea imigranți și din grupuri marginalizate.

Un punct de plecare al chestionarului a fost acela de a separa țările care au incriminat transmiterea HIV de cele care nu au făcut-o. Cu toate acestea, din răspunsurile primite, a fost evident că a existat o a treia categorie: respondenții care nu au putut spune categoric dacă transmiterea HIV ar putea fi urmărită și în țara lor. Respondenții din Bosnia și Herțegovina au raportat că s-au aflat în această situație; cu toate acestea, răspunsurile altor persoane, cum ar fi cele din Regatul Unit, au arătat că situația nu ar fi evidentă până la obținerea primei condamnări.

În cazul transmiterii HIV, comportamentul prin care poate apărea transmiterea, în general, nu este considerat în sine ca fiind criminal, cu excepția consumului de droguri injectabile și, în anumite jurisdicții, a sexului între bărbați și/sau sexul anal. Există teoreticul "om care amenință oamenii cu un ac umplut cu sânge infectat cu HIV", dar acest comportament ar fi ilegal chiar dacă sângele conținut nu a fost infectat cu HIV. În țările analizate, nu au fost raportate astfel de incidente. De asemenea, nu au existat hotărâri de condamnare pentru transmiterea HIV de la mamă la copil. Când se iau în considerare efectele negative ale transmiterii HIV, cel mai evident lucru se referă la infectarea reală a unei persoane cu HIV. Cu toate acestea, respondenții au raportat că în cel puțin 15 țări, legea prevede, de asemenea, incriminarea expunerii unei alte persoane la riscul infectării cu HIV.

În Armenia, din informațiile primite reiese că prejudiciul mai mic creat prin expunerea la infectarea cu HIV, raportat la un alt "risc evident" s-a reflectat prin sentința mai mică pronunțată (munca corecțională). În Norvegia nu s-au făcut distincții între transmisia și expunerea reală, ambele fiind pedepsite în aceeași frază. În Rusia, situarea unei alte persoane "sub riscul transmiterii HIV" este pedepsită prin limitarea libertății de până la trei ani, în timp ce infectarea unei persoane de o altă care este conștientă de statutul său HIV pozitiv se pedepsește cu închisoare de până la cinci ani. Majoritatea țărilor care au pedepsit expunerea unei alte persoane la riscul infectării cu HIV, au raportat că au o legislație specifică care incriminează transmiterea HIV. În mod excepțional, Georgia a avut o legislație specifică în legătură cu HIV, însă expunerea la HIV nu a fost incriminată.

În țările fără legislație specifică HIV, s-a raportat că acuzațiile de transmitere a virusului HIV au fost incluse într-o varietate de legi diferite. Etichetele utilizate ar putea fi în mare parte clasificate în trei grupe, deși etichetarea similară nu implică uniformitatea sancțiunii. În unele țări, urmărirea penală pentru transmiterea HIV s-ar putea regăsi în mai multe legi, depășind această clasificare (a se vedea Finlanda)⁴. Cele trei categorii și modalitățile lor au fost:

1. Transmiterea de boli contagioase/infecții cu transmitere sexuală/provocarea de vătămări corporale : • Austria - pericol de boală transferabilă; • Belgia - cauzând boală; • Bosnia și Herțegovina - transmiterea bolilor transmisibile; • Croația - care infectează cu o boală venerică;

• Republica Cehă - transmiterea bolii; • Estonia - cauzând pagube produse de sănătate; • Islanda - răspândirea bolii contagioase; • Irlanda - rău grav; • Liechtenstein - pericol prin intermediul bolii; • Lituania - bolnav sau rănit; • Olanda - cauzează un efect negativ asupra sănătății cuiva; Portugalia - ofensează sănătatea; • Suedia - provoacă boală; • Elveția - răspândirea bolilor umane

2. Vătămarea corporală /Tentativă omor /Vătămarea corporală gravă/Tentativă omor cu rezultate agravate: • Croația - provoacă vătămări corporale grave; • Finlanda - Tentativă omor, agresiune agravantă; • Franța - vătămare corporală; • Germania - vătămare corporală, vătămare corporală periculoasă, vătămare corporală gravă; • Ungaria - vătămare corporală; • Liechtenstein - vătămare corporală, vătămare corporală gravă; • Olanda - vătămare corporală gravă; • Suedia - Tentativă omor, vătămare corporală; • Elveția - vătămarea corporală gravă; • Regatul Unit - care provoacă vătămări corporale grave.

3. Uciderea/omuciderea/otrăvirea/omuciderea: • Finlanda - omor, ucidere, omucidere; • Franța - otrăvire; • Suedia - pericol mortal.

⁴ Detention or Prevention, AIDS FONDS, 2004.

Deși nu este surprinzător faptul că există multe formulări diferite ale legilor privind incriminarea transmiterii HIV, aceste diferențe depășesc cu mult limitele legate de limbaj și etichetare. Eticheta atașată unei infracțiuni este importantă deoarece se referă la posibilitatea de a prevedea sancțiuni penale pentru anumite comportamente. aceeași "vătămare" (transmiterea HIV), aplicarea diferitelor etichete a dus la o divergență largă în ceea ce privește previzibilitatea infracțiunii, gradul de sancționare impus și/sau condamnarea morală implicită. În afară de Belgia, Croația și Slovacia, unde nu a fost cerut niciun element de vină, adică provocarea unei vătămări per se a fost suficientă pentru a fi un act infracțional.⁵

Studiul a confirmat necesitatea cercetării în continuare a potențialelor încălcări ale drepturilor omului prezente într-un anumit aspect al sistemelor de aplicare a legii penale și al sistemelor judiciare în ceea ce privește HIV. De exemplu, lipsa furnizării sau întreruperea îngrijirii și tratării efective din cauza aplicării pedepsei privative de libertate sau deportare ar putea constitui o încălcare a drepturilor la viață, sănătate și libertate față de tratamentul crud, inuman sau degradant. În unele cazuri menționate mai sus, deportarea a fost în principal în țările africane, unde tratamentul antiretroviral nu este încă garantat fiecărei persoane care trăiește cu HIV și SIDA. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că trimiterea unui om HIV pozitiv într-o țară în care nu se putea garanta un tratament sau o îngrijire eficientă a constituit o încălcare a articolului 3 din CEDO care prevede că "nimeni nu va fi supus torturii, inumanității, degradării sau pedepsei"⁶.

Cazul finlandez menționat mai sus, în care un bărbat a fost deportat și separat de soția finlandeză și de copii, ridică posibilitatea încălcării articolului 8: "Dreptul la respectarea vieții private și de familie".

Detenția și izolarea forțată ar putea constitui o încălcare a articolului 5 din CEDO, care garantează "dreptul la libertate și securitate". Având în vedere tot ceea ce se știe despre modul în care este transmis HIV, ar fi greu să justificăm izolarea timp de peste șase ani, așa cum s-a întâmplat într-un incident din Suedia.

Unele dintre organizațiile de sprijin care au răspuns, au avut de-a face cu aceste probleme deja, într-un fel sau altul. Extinderea acestei implicări a variat de la supravegherea evenimentelor până la sprijinul activ pentru cei urmăriți penal sau pentru avocații acestora. Unele organizații au fost, de asemenea, campanii pentru a-și schimba sau forma legile lor naționale privind incriminarea transmiterii HIV.

Cu toate acestea, a existat adesea un sentiment că organizațiile au fost depășite de evenimente. Este posibil ca, în fața mijloacelor de informare în masă sau a ostilității publice și împiedicate de dificultățile de a obține informații factice sau de a accepta o viziune asupra problemei, unele organizații au considerat prudent să rămână tăcute. Oricare ar fi cauza, s-a constatat că, în mai multe țări, nu există o sursă de experiență comunitară sau ONG cu privire la HIV și legea de incriminare a răspândirii acestei boli. Se speră că exercițiul actual va contribui la relansarea atenției asupra problemei, la construirea înțelegerii, interesului și capacității naționale interne în ceea ce privește HIV și legea care să prevadă expres toate situațiile analizate.

⁵ Levy J (1993). "HIV pathogenesis and long-term survival". *AIDS* 7 (11): 1401–10. doi:10.1097/00002030-199311000-00001. PMID 8280406.; Smith J, Daniel R (2006). "Following the path of the virus: the exploitation of host DNA repair mechanisms by retroviruses". *ACS Chem Biol* 1 (4): 217–26. doi:10.1021/cb600131q. PMID 17163676.; Gilbert P, McKeague I, Eisen G, Mullins C, Guéye-NDiaye A, Mboup S et al. (February 28, 2003). "Comparison of HIV-1 and HIV-2 infectivity from a prospective cohort study in Senegal". *Statistics in Medicine* 22 (4): 573–593. doi:10.1002/sim.1342. PMID 12590415.; Reeves J, Doms R (2002). "Human Immunodeficiency Virus Type 2". *Journal of General Virology* 83 (Pt 6): 1253–65. doi:10.1099/vir.0.18253-0 (inactive 2015-01-13). PMID 12029140.; McGovern S, Caselli E, Grigorieff N, Shoichet B (2002). "A common mechanism underlying promiscuous inhibitors from virtual and high-throughput screening". *Journal of Medical Chemistry* 45 (8): 1712–22. doi:10.1021/jm010533y. PMID 11931626.

⁶ D -v- United Kingdom, (1997) 24 EHRR 423.

ORDINUL EUROPEAN DE ANCHETĂ - CEL MAI NOU INSTRUMENT DE COOPERARE JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ*

Daniela DEDIU*

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the newest instrument for international cooperation in criminal matters – the European Investigation Order. The Order was laid out in the Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 and the main goal was the introduction of a single instrument for the gathering of evidence between EU Member States in cases with a cross-border dimension. The paper tries to systematize the general framework in which the European Investigation Order works and to present the novelties for the instruments of judicial cooperation in criminal matters under the principle of mutual recognition. However, the presentation is not exhaustive; it is meant to offer a preliminary analysis of the provisions of the Directive and to open new direction of research.

Key words: European investigation order; principle of mutual recognition; judicial cooperation in criminal matters; mutual legal assistance.

1. Contextul adoptării ordinului european de anchetă

Directiva 2014/41/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind ordinul european de anchetă în materie penală,¹ (în continuare – “Directiva”) a fost transpusă în legislația noastră internă prin cele mai recente modificări ale Legii nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală² (în continuare – “Legea”), scopul său fiind acela de a facilita și grăbi obținerea și transferul probelor între statele membre ale Uniunii Europene, dar și de a institui proceduri armonizate de obținere a acestora.

Originile îndepărtate ale ordinului european de anchetă pot fi identificate în lucrările Consiliului European de la Tampere (1999), prilej cu care, în paradigma cooperării judiciare în materie penală³ între statele membre ale Uniunii Europene și-a făcut loc principiul recunoașterii reciproce denumit „piatra de temelie a cooperării judiciare în materie penală”⁴. Astfel, în punctul 36 al Programului de măsuri adoptate de Consiliu, se prevede că „principiul recunoașterii reciproce se va aplica și măsurilor anterioare judecătii, în special celor care vor permite autorităților competente să obțină probe și să sechestreze bunuri mobile; probele obținute legal de o autoritate a unui stat membru vor fi admisibile în fața instanțelor din alt stat membru, luând în considerare standardele aplicabile în aceasta din urmă”.

În anii care au urmat, s-a încercat îndeplinirea acestor obiective. În acest sens, Programul de la Haga a menționat în mod expres obținerea și admisibilitatea probelor printre măsurile de implementare a principiului recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare în materie penală⁵. Ulterior, prin Programul de la Stockholm, acest obiectiv este readus în discuție, considerându-se că trebuie să se urmărească instituirea unui sistem cuprinzător pentru obținerea probelor în cazurile cu o dimensiune transfrontalieră, pe baza principiului recunoașterii reciproce și, întrucât instrumentele existente în domeniu constituie un regim fragmentar, este necesară o nouă abordare, pe baza acestui principiu, dar de asemenea, trebuie să se ia în considerare flexibilitatea sistemului tradițional de asistență judiciară reciprocă⁶.

În aceste condiții, Directiva privind ordinul european de anchetă în materie penală vine să înlocuiască „dispozițiile corespunzătoare” din convențiile de asistență judiciară aplicabile între statele membre, în special: Convenția europeană privind asistența judiciară reciprocă în materie penală a Consiliului Europei din 20 aprilie 1959,

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “*Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească*”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

* *Doctorand*, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Procuror, Parchetul de pe lângă Judecătoria Sector 1 București; e-mail: dannyelle_dediu@yahoo.com

¹ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L130/1 din 01 mai 2014.

² Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 377 din 31 mai 2011, completată prin Legea nr. 236 din 5 decembrie 2017, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 993 din 14 decembrie 2017.

³ În prezent, sediul materiei pentru cooperarea judiciară în materie penală în Uniunea Europeană se regăsește în Titlul V art. 82-86 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene.

⁴ Consiliul de la Tampere, Finlanda, 15-16 octombrie 1999. Programul de măsuri adoptate cu acest prilej a fost publicat în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene nr. C 12 E din 15 ianuarie 2001.

⁵ A se vedea pct. 3.3.1 din Programul de la Haga: consolidarea libertății, securității și justiției în Uniunea Europeană, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C 53/1 din 03 martie 2005.

⁶ A se vedea pct. 3.1.1. din Programul de la Stockholm - O Europă deschisă și sigură în serviciul cetățenilor și pentru protecția acestora, publicat în Jurnalul Oficial C 115 din 04 mai 2010.

precum și cele două protocoale suplimentare aferente, Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen⁷, Convenția privind asistența judiciară reciprocă în materie penală între statele membre ale Uniunii Europene din 29 mai 2000 și protocolul său adițional. Aceste instrumente nu sunt totuși eliminate, Directiva înlocuind numai dispozițiile acestora referitoare la executarea măsurilor de anchetă.⁸ Ordinul european de anchetă înlocuiește de asemenea alte instrumente din sfera recunoașterii reciproce: Decizia-cadru 2008/978/JAI privind mandatul european de obținere a probelor⁹, iar dispozițiile Deciziei-cadru 2003/577/JAI sunt înlocuite numai în ceea ce privește înghețarea probelor¹⁰.

Prevederile Directivei se aplică în relația dintre statele membre care au transpus actul în legislația internă, mai puțin în relația cu Irlanda și Danemarca.

2. Ordinul european de anchetă – o decizie judiciară emisă sau validată de o autoritate judiciară

Ordinul european de anchetă este definit ca o decizie judiciară emisă sau validată de o autoritate judiciară a unui stat membru, în scopul ducerii la îndeplinire a uneia sau mai multor măsuri de anchetă specifice într-un alt stat membru, în vederea obținerii de probe sau în vederea transmiterii probelor care se află deja în posesia autorității competente din statul de executare. (art. 1 alin. 1 din Directivă).

Un ordin european de anchetă include orice măsură de anchetă, cu excepția instituirii unei echipe comune de anchetă și a strângerii de probe în cadrul unei echipe comune de anchetă. Excluderea din domeniul de aplicare a echipelor comune de anchetă își găsește motivația în aceea că, în privința acestora, cadrul legal existent deja este mai favorabil obținerii probelor decât cel oferit de recunoașterea reciprocă, în plus probele astfel obținute pot fi folosite fără restricții între membrii echipei de anchetă¹¹.

În afară de constituirea echipelor comune de anchetă, din domeniul de aplicare al Directivei sunt excluse alte forme de asistență care nu vizează obținerea probelor sau pentru care există o procedură mai simplă de transmitere sau executare (cum este cazul notificării actelor procedurale, pentru care art. 5 alin. 1 din Convenția din 2000 prevede comunicarea prin poștă)¹².

Încă din definiția dată de art. 1 din Directivă, se subliniază că ordinul european de anchetă reprezintă o decizie judiciară emisă sau validată de o autoritate judiciară a unui stat membru. Ca element de noutate, Directiva a optat pentru definirea termenilor de „autoritate judiciară emitentă”, punând astfel capăt discuțiilor cu privire la această noțiune prin prisma celorlalte instrumente de cooperare judiciară în materie penală bazate pe recunoaștere reciprocă. Astfel, în acest concept se poate include nu numai un judecător sau instanțele unui stat membru, ci potrivit Directivei, autoritatea judiciară este reprezentată de un judecător, o instanță judecătorească, un judecător de instrucție sau un procuror competent pentru cauza vizată. (art. 2 lit. c, pct. i din Directivă) Deopotrivă, ținând cont de diversitatea sistemelor juridice ale statelor membre, Directiva recunoaște ca provenind de la o autoritate judiciară competentă și un ordin european de anchetă emis de orice altă autoritate competentă, astfel cum este definită de către statul emitent, care acționează, în cazul respectiv, în calitate de autoritate de anchetă în cadrul procedurilor penale, care are competența să dispună strângerea de probe în conformitate cu dreptul intern. Totuși, înainte de a fi transmis autorității executante, ordinul european de anchetă trebuie validat, după examinarea conformității sale cu condițiile pentru emiterea unui ordin european de anchetă, de către un judecător, o instanță judecătorească, un judecător de instrucție sau un procuror din statul emitent. (art. 2 lit. c, pct. ii din Directivă) În cazul în care ordinul european de anchetă a fost validat de o autoritate judiciară, autoritatea respectivă poate fi considerată, de asemenea, autoritate emitentă în sensul transmiterii ordinului european de anchetă¹³.

Reglementarea poate fi completată cu principiile dezvoltate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene într-o serie de hotărâri recente pe temeiul altui instrument de cooperare bazat pe principiul recunoașterii reciproce, mandatul european de arestare¹⁴, în care a negat posibilitatea ca un Minister al Justiției al unui stat membru sau un organ de

⁷ Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 între guvernele statelor din Uniunea Economică Benelux, Republicii Federale Germania și Republicii Franceze privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele comune, publicată în Jurnalul Oficial L 239 din 22 septembrie 2000.

⁸ Flore, D., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 559.

⁹ Decizia-cadru 2008/978/JAI a Consiliului din 18 decembrie 2008 privind mandatul european de obținere a probelor în scopul obținerii de obiecte, documente și date în vederea utilizării acestora în cadrul procedurilor în materie penală, publicată în Jurnalul Oficial L 350 din 30 decembrie 2008.

¹⁰ Decizia-cadru 2003/577/JAI a Consiliului din 22 iulie 2003 privind executarea în Uniunea Europeană a ordinelor de înghețare a bunurilor sau a probelor, publicată în Jurnalul Oficial L 196, din 02 august 2003.

¹¹ Flore, D., *op. cit.*, p. 558.

¹² A se vedea Eurojust, *Note on the meaning of „corresponding provisions” and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive*, disponibil on-line la <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9936-2017-INIT/en/pdf>.

¹³ A se vedea pentru detalii Bachmaier, L., *Transnational Evidence. Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, în „*Eucrim*”, nr. 2/2015, p. 49-50.

¹⁴ Decizia-cadru 2002/584/JAI a Consiliului din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre, publicată în Jurnalul Oficial L 190, din 18 iulie 2002.

poliție să fie incluse în sfera noțiunii de autoritate judiciară, însă a recunoscut încadrarea în noțiunea de decizie judiciară a unui mandat emis de poliția națională și validat de către procuror¹⁵.

În reglementarea noastră națională, potrivit art. 268³ alin. 1 din lege, autoritățile competente române pentru emiterea unui ordin european de anchetă sunt reprezentate de procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală sau judecătorul competent, potrivit fazei procesuale, din oficiu sau la cererea părților sau subiecților procesuali principali, în condițiile prevăzute de Codul de procedură penală.

Atunci când România este stat de executare, recunoașterea și executarea unui ordin european de anchetă sunt de competența parchetului sau instanței competente material și după calitatea persoanei, potrivit legii române. Competența teritorială este determinată în funcție de locul unde urmează să fie dusă la îndeplinire măsura de anchetă. Ordinele europene de anchetă care privesc fapte care, potrivit legii, sunt de competența Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism sau a Direcției Naționale Anticorupție se recunosc și se execută de către acestea (art. 268³ alin. 2 din lege).

3. Tipuri de proceduri pentru care poate fi emis ordinul european de anchetă

Un ordin european de anchetă poate fi emis în cadrul procedurilor prevăzute de art. 4 din Directivă, în care se includ nu numai proceduri penale, ci și anumite proceduri de tip administrativ sau civile: în cazul procedurilor penale inițiate de către o autoritate judiciară sau care pot fi inițiate în fața unei autorități judiciare cu privire la o infracțiune în temeiul dreptului intern al statului emitent; în proceduri inițiate de autorități administrative sau autorități judiciare cu privire la fapte care constituie încălcări ale normelor de drept și care sunt incriminate prin dreptul intern al statului emitent și în cazul în care decizia poate da naștere unei acțiuni în fața unei instanțe competente în special în materie penală; în cazul procedurilor inițiate de autorități judiciare cu privire la fapte care constituie încălcări ale normelor de drept și care sunt incriminate prin dreptul intern al statului emitent și în cazul în care decizia autorităților menționate poate da naștere unei acțiuni în fața unei instanțe competente în special în materie penală; în legătură cu aceste proceduri care privesc infracțiuni sau încălcări care pot angaja răspunderea unei persoane juridice sau pot conduce la aplicarea de pedepse unei persoane juridice în statul emitent.

Dacă din punctul de vedere al sistemului juridic român includerea unor categorii de proceduri non-penale în sfera celor care pot da loc la emiterea unui ordin european de anchetă poate suscita rezerve, trebuie menționat că alte sisteme juridice ale statelor membre cunosc reglementate așa numitele „infracțiuni administrative”. Spre exemplu, sistemul de drept german se poate întâlni o astfel de o categorie de infracțiuni denumite „Ordnungswidrigkeiten” care nu sunt sancționate de instanțele penale, ci de instanțele administrative, însă în urma hotărârii luate de corpul administrativ poate fi declanșată o procedură în fața instanțelor penale¹⁶.

4. Conținutul și forma ordinului european de anchetă

Conținutul obligatoriu al ordinului european de anchetă se regăsește în art. 5 din Decizia-cadru care se reflectă în art. 268⁴ alin. 2 din Legea nr. 302/2004 și este dezvoltat în formularul anexă la ambele acte normative. Așadar, din punct de vedere formal, ordinul european de anchetă este reprezentat de un formular unic aflat la dispoziția autorităților judiciare din statele membre, menit să compenseze diferențele dintre sistemele judiciare ale acestuia. Ordinul european de anchetă cuprinde în special următoarele informații: date referitoare la autoritatea emitentă și, după caz, la autoritatea de validare; obiectul și motivele ordinului european de anchetă; informațiile necesare disponibile cu privire la persoana sau persoanele în cauză; o descriere a faptei penale care face obiectul anchetei sau al procedurilor, precum și dispozițiile de drept penal aplicabile ale statului emitent; o descriere a măsurii sau măsurilor de investigare solicitate și a probelor care urmează să fie obținute.

5. Condiții pentru emiterea ordinului - proporționalitatea

Potrivit art. 6 din Directivă, un ordin european de anchetă poate fi emis dacă emiterea acestuia este necesară și proporțională față de scopul procedurilor menționate la articolul 4, ținând cont de drepturile persoanei suspectate sau acuzate și măsura sau măsurile de investigare indicate în ordinul european de anchetă ar putea fi dispuse în același condiții într-o cauză internă similară.

Înainte de emiterea sau validarea ordinului european de anchetă, îi revine astfel autorității emitente să stabilească sunt dacă necesare, adecvate și proporționale atât emiterea unui ordin european de anchetă, cât și probele sau măsurile cerute. Dintre aceste condiții – necesar, adecvat proporțional, proporționalitatea este cu siguranță cel mai greu de

¹⁵ A se vedea în acest sens, CJUE: C-452/16 PPU, *Krzysztof Marek Poltorak*, Hotărârea din 10 noiembrie 2016, ECLI:EU:C:2016:858; C-477/16 PPU, *Ruslanas Kovalkovas*, Hotărârea din 10 noiembrie 2016, ECLI:EU:C:2016:861; C-452/16 PPU, *Halil Ibrahim Özcelik*, Hotărârea din 10 noiembrie 2016, ECLI:EU:C:2016:860. Pentru o privire panoramică asupra celor trei hotărâri a se vedea și Dediu, D., *Cooperarea judiciară internațională în materie penală în lumina jurisprudenței recente a curții de justiție a uniunii europene*, comunicare susținută la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române „10 ani de la aderarea României la Uniunea Europeană. Impactul asupra evoluției dreptului românesc”, București, 2017, p. 633-643.

¹⁶ A se vedea site-ul www.gesetze-im-internet.de.

stabilit, dar mai ales este dificil de găsit un sens general valabil al termenului în toate statele membre¹⁷. În principiu, recunoașterea reciprocă este incompatibilă cu proporționalitatea, executarea deciziei care face obiectul acestuia făcându-se într-o manieră automată, fără o evaluare a deciziei străine¹⁸. În egală măsură, experiența mandatului european de arestare a determinat statele membre să manifeste mai multă precauție în privința ordinului european de anchetă, încercând a se limita folosirea abuzivă a acestuia în cadrul procedurilor penale¹⁹.

Cu toate acestea, Directiva nu introduce un motiv de refuz bazat pe lipsa de proporționalitate, controlul necesității și proporționalității revenindu-i autorității judiciare emitente, iar autoritatea de executare are posibilitatea în condițiile în care consideră că nu sunt îndeplinite aceste condiții să se consulte cu autoritatea emitentă cu privire la importanța executării ordinului european de anchetă, în urma căreia autoritatea emitentă poate alege să retragă ordinul european de anchetă. Pentru autoritatea emitentă, considerentul 11 din Preambulul Directivei explică conținutul controlului de proporționalitate ce trebuie efectuat de aceasta: „să determine dacă probele solicitate sunt necesare și proporționale față de scopul procedurilor, dacă măsura de investigare aleasă este necesară și proporțională față de strângerea probelor în cauză și dacă, prin emiterea unui ordin european de anchetă, un alt stat membru ar trebui implicat în strângerea probelor respective”.

Deopotrivă, un alt element de proporționalitate poate fi regăsit în art. 10 alin. 3 din Directivă care introduce regula „măsurii mai puțin intruzive”²⁰, care autorizează autoritatea de executare să recurgă la o măsură de investigare alta decât cea indicată în ordinul european de anchetă, atunci când măsura de investigare selectată de autoritatea executantă ar avea același rezultat ca măsura de investigare indicată în ordinul european de anchetă, prin mijloace mai puțin intruzive.

În afară de evaluarea proporționalității măsurii, un alt element care poate fi încadrat tot în conceptul de proporționalitate se referă la dimensiunea practică²¹, mai exact la impactul costurilor pentru statul de executare. Ca regulă, statul executant suportă toate costurile efectuate pe teritoriul statului executant care sunt legate de executarea unui ordin european de anchetă (art. 21. alin. 1 din Directivă). Totuși, art. 21 alin. 2 din Directivă introduce o procedură de consultare între autoritățile implicate, în cazul în care autoritatea executantă consideră că respectivele costuri ale executării ordinului european de anchetă pot deveni excepțional de ridicate. Consultarea vizează posibilitatea și modalitatea de împărțire a costurilor sau de modificare a ordinului european de anchetă. În situația în care nu se poate ajunge la un acord cu privire la costurile executării, autoritatea emitentă poate decide: să retragă parțial sau total ordinul european de anchetă sau să mențină ordinul european de anchetă și să suporte cea parte a costurilor considerată excepțional de ridicată.

Concluzii

Lucrarea tratează numai anumite aspecte referitoare la ordinul european de anchetă în materie penală, menite să ofere o analiză preliminară a reglementărilor din Directivă și din legislația națională cu privire la cel mai recent instrument de obținere a probelor în procedurile penale. Neîndoielnic, cu privire la acesta va fi nevoie de o analiză în detaliu, spre exemplu, procedura de recunoaștere și executare, motivele de nerecunoaștere și neexecutare sau respectul drepturilor fundamentale în lumina garanțiilor oferite de Directivă.

Am încercat totuși să sistematizăm cadrul general în care un ordin european de anchetă funcționează, pornind de la originile Directivei și prezentând câteva elemente de noutate pentru instrumentele de cooperare în materie penală aflate sub umbrela principiului recunoașterii reciproce.

¹⁷ Bachmaier, L., *op.cit.*, p. 51.

¹⁸ Flore, D., *op. cit.*, p. 629.

¹⁹ A se vedea Alegrezza, S., *Collecting criminal evidence across the European Union: The European investigation order between flexibility and proportionality*, în Ruggeri, S. (Ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland, 2014, p. 51-65.

²⁰ Ibidem, p. 64.

²¹ Flore, D., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 631.

RECURSUL ÎN CASAȚIE. PERSPECTIVE ISTORICE ȘI ACTUALITATE*

Versavia BRUTARU*

Abstract : *The study does not intend to make an in extenso presentation of cassation appeal as an extraordinary way of attack, but only briefly outlines the evolution of regulations in this field, as well as actual trends in recent history.*

Remedies are means provided by the law by which the State, through the Public Ministry, and the persons designated by law promote a judicial control in which criminal judgments are verified in order to abolish those judgments which contain factual and legal errors and replacing them with judgements in accordance with law and truth. Remedies against court decisions, both ordinary and extraordinary, are based on the need to control the work of the courts. Following the exercise of judicial control, possible errors in the judicial process can be avoided either in establishing facts or in law enforcement.

Key words: *appeal, extraordinary appeal, control, judgement, cassation*

1. Căile de atac sunt mijloace prevăzute de lege prin care Statul, prin Ministerul Public, dar și persoanele anume desemnate de lege promovează un control judecătoresc în cadrul căruia se verifică hotărârile judecătorești penale, în vederea desființării acelor hotărâri care conțin erori de fapt și de drept și înlocuirea lor cu hotărâri conforme cu legea și adevărul.

Legea fundamentală, Constituția¹ României, prin art. 129 a consacrat principiul potrivit căruia ”împotriva hotărârilor judecătorești, părțile interesate și Ministerul Public pot exercita căile de atac, în condițiile legii”.

2. Căile de atac împotriva hotărârilor judecătorești, atât căi ordinare cât și extraordinare, sunt instituite din necesitatea controlării activității desfășurate de instanțele judecătorești. În urma exercitării controlului judiciar se pot înlătura eventualele erori din activitatea de judecată, fie în privința stabilirii faptelor, fie în ce privește aplicarea legii². Doctrina³ a arătat că o hotărâre judecătorească, cu toate garanțiile înscrise în lege și Constituție, ar putea cuprinde erori de judecată și de soluționare (prezumție de eroare⁴) și că în cadrul noii judecăți aceste erori vor fi înlăturate (prezumția de îndreptare⁵). Tot doctrina⁶ a atras atenția însă că termenul folosit, cel de ”prezumție” dă o apreciere apriorică negativă activității de judecată, ducând la scăderea prestigiului justiției. În acest context s-a sugerat că folosirea termenului de ”posibilitate” ca o hotărâre judecătorească să nu fie legală și temeinică ar fi mai corect și nu ar afecta prestigiul de care ar trebui să se bucure justiția, cazurile de netemeinicie sau nelegalitate fiind de excepție. De aceea căile de atac sunt considerate ca fiind remedii procesuale⁷, prin ele putându-se îndrepta eventualele erori cuprinse în hotărârile judecătorești.

3. În ceea ce privește viciile fundamentale care pot afecta o hotărâre judecătorească, acestea pot fi, potrivit doctrinei menționate⁸: pronunțarea hotărârii judecătorești este rezultatul nesocotirii regulilor de procedură penală care asigură aflarea adevărului și garantează drepturile părților (vitium in procedendo); soluționarea greșită a cauzei (vitium in iudicando); stabilirea greșită a situației de fapt (error in facto), care a avut ca rezultat condamnarea unui nevinovat sau achitarea unui vinovat, fie prin aplicarea greșită a normelor de drept substanțial, fie prin omiterea aplicării lor (error in iure)⁹.

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU-159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

* dr., cercetător științific gradul III, Institutul de Cercetări Juridice ”Acad. Andrei Rădulescu”, Academia Română; e-mail: bversavia@gmail.com

¹ Constituția României, adoptată în 1991, republicată în M.Of. 767/31 octombrie 2003.

² Anca Lelia Lorincz, *Recursul în casație în noul Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p.7.

³ V. Dongoroz, *Curs de procedură penală*. Litografiat, București, 1943, p. 316, Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. IV, Cluj, 1948, p.339.

⁴ Grigore Gr. Theodoru, *Teoria și practica recursului penal*, ed. a 2-a revăzută, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.1

⁵ V. Dongoroz, *op.cit.*, p.316.

⁶ Grigore Gr. Theodoru, *op.cit.*, p.2.

⁷ Grigore Gr. Theodoru, *op.cit.*, p.2.

⁸ I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. V, comentariu de V. Dongoroz, Tipografia Curierul Judiciar, București, 1927, p. 409, Vincenzo Manzini, *Tratato di diritto procesuale penale italiano*, vol.IV, UTET, Torino, 1932, p. 456-457.

⁹ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 2.

4. Căile de atac fac parte din instituțiile fazei de judecată deoarece pot fi îndreptate numai împotriva unor hotărâri pronunțate de instanțele judecătorești. Legiuitorul face o clasificare a căilor de atac, în funcție de caracterul hotărârii atacate și anume: căi ordinare și căi extraordinare de atac. Căile ordinare sunt acelea prin care se atacă hotărâri judecătorești nedefinitive, care nu au dobândit putere de lucru judecat (în reglementarea anterioară, Codul de procedură penală din 1968 căile de atac ordinare apelul și recursul făceau parte din sistemul gradelor de jurisdicție, iar până în anul 1948¹⁰ atât în legislația română cât și străină era inclusă și opoziția¹¹, ca și cale ordinară de atac). Căile extraordinare de atac sunt acelea prin care se atacă hotărâri definitive care au intrat în autoritatea de lucru judecat. Codul de procedură penală din 1968 reglementa ca și căi extraordinare de atac: contestația în anulare, revizuirea și recursul în interesul legii, iar până la modificarea din anul 2004, prin legea nr. 576/2004¹², și recursul în anulare.

5. Un alt criteriu de care se face vorbire în doctrină¹³ este acela al conținutului și întinderii căii de atac¹⁴. Astfel, sunt căi de atac ordinare numai acelea care pun în discuție din nou întreaga cauză, în fapt și în drept, fără a fi limitate la anumite temeuri (de exemplu: opoziția și apelul). Calea extraordinară de atac atrage examinarea hotărârii atacate sub aspectul regularității procedurale, al respectării legii și numai pentru anumite erori. Astfel, erau considerate căi extraordinare de atac: recursul în casare, recursul extraordinar și revizuirea.

6. În ceea ce privește calificarea recursului ca o cale ordinară sau extraordinară de atac, prof. Ioan Tanoviceanu¹⁵ include recursul penal printre căile extraordinare de atac, urmare a influenței franceze în materie. Ulterior, V. Dongoroz, în revizuirea și completarea Tratatului¹⁶ adoptând caracterul definitiv sau nedefinitiv al hotărârii atacate considera recursul penal ca o cale ordinară de atac. Acest punct de vedere a fost confirmat prin adoptarea Codului de procedură penală de la 1936 și de la 1968.

Codul de procedură penală adoptat în 1968 reglementa recursul ca un al treilea grad de jurisdicție și o a doua cale de atac ordinară. Existau însă și situații în care anumite sentințe pronunțate în primă instanță nu puteau fi atacate cu apel ci doar cu recurs, recursul devenind astfel al doilea grad de jurisdicție.

7. În legislația română de dinainte de 1948 recursul era considerat cea mai formalistă cale de atac, prin controlul limitat pe care îl provoca (vitium in procedendo și error in iure), prin condițiile rigide în declararea și judecarea sa precum și prin soluțiile care puteau fi adoptate de instanța de recurs, în multe cazuri recursul fiind respins pentru motive formale. Reforma sistemului căilor de atac implica renunțarea la opoziție și la apel. În ceea ce privește desființarea apelului și rămânerea unei singure căi de atac ordinare s-au pronunțat mari proceduriști ai vremii. Astfel, Bernardino Alimena¹⁷ invoca două argumente împotriva apelului a) judecătorii din apel care nu au ascultat pe martori ci îi cunosc numai din rezumate poate infidele, decid în mod definitiv afacerea și b) apelul nu există la infracțiuni mai grave, adăugând totodată că ”nu este siguranță dacă eroarea nu e la judecata de apel”. De asemenea, Ortolan¹⁸ scria: ”convingerea noastră foarte hotărâtă este că nu trebuie să existe apel; niciodată apel, totdeauna un singur grad de jurisdicție în materie penală, fără să ne preocupăm de afacerile civile de care nu e vorba aici. Încenineala, transportările în alt oraș, adăugarea cheltuielilor, dar mai cu seamă contrazicerile în hotărârile justiției vor provoca lipsa de autoritate, alterarea respectului și toate acestea pentru a ajunge în cele din urmă la o decizie al unui al doilea judecător, care, în chestiunile de culpabilitate, nimic nu garantează a fi mai bună ca a primilor judecători, mai ales când această a doua decizie e luată pe note, fără ascultare din nou a martorilor pe care primul judecător i-a audiat”. Contra apelului s-a pronunțat la noi și Take Ionescu¹⁹ și Ion Ionescu-Dolj²⁰.

În cadrul Congresului din Catania din 1923²¹ s-a cerut eliminarea apelului ca grad de jurisdicție, argumentându-se că: 1) din moment ce nu există apel în pricinile criminale care sunt mai grave nu ar fi logic să existe pentru cazurile mai puțin grave și 2) apelul, dezbătându-se în genere pe baza probelor de la prima instanță, deci pe o procedură scrisă

¹⁰ Legea nr. 345/1947 de modificare a Codului de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 299 bis din 29 decembrie 1947, prin care sunt desființate opoziția și apelul, singura cale de atac ordinară rămânând recursul, transformat cale de atac atât de fapt, cât și de drept.

¹¹ Opoziția este calea de atac prin care o parte din proces solicită instanței care a judecat-o în lipsă să anuleze hotărârea pronunțată, în vederea rejudecării cauzei în prezența sa. Principiile care stau la baza acestei căi ordinare de atac sunt principiul contradictorialității judecării și principiul dreptului la apărare, C. Rătescu, N. Pavelescu, *Codul de Procedură Penală*, Adnotat, Tipografia și Legătoria Penitenciarului Corecțional ”Văcărești”, București, 1930, p.465-475.

¹² M. Of. Nr.1223 din 20 decembrie 2004.

¹³ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p.11.

¹⁴ R. Merle, A. Vitu, *Traite de droit criminel, tome II, Procedure penale*, Ed. Cujas, Paris, 1979, p.794.

¹⁵ I. Tanoviceanu, *op.cit.*, p. 415, 418.

¹⁶ I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, ediția a II-a, Tipografia Curierul Judiciar, București, 1927, p. 415 (comentariu V. Dongoroz).

¹⁷ B. Alimena, *Studi di procedura penale*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1906, p.114-115.

¹⁸ Ortolan, *Elementi di procedura penale*, tomo II, Dalla stamperia del vaglio, Napoli, 1837, p.387.

¹⁹ Take Ionescu, *Reforma magistraturii*, 1881, p.16.

²⁰ Ion Ionescu-Dolj, *Curs de Procedură penală*, Ed. SocecCo S.A., București, 1937, p.444.

²¹ *Bolletino di Diritto penale*, an. I, nr. 1, p.165-168.

și nu orală, este nesocotit principiul oralității și prin aceasta instanța de apel se pronunță în condiții inferioare pentru aflarea adevărului față de prima. De asemenea, și în cadrul Congresului juriștilor polonezi s-a discutat suprimarea apelului.²²

În comentariul său, V. Dongoroz²³ rămâne la părerea că apelul trebuie menținut, argumentând că promptitudinea în realizarea justiției penale este recomandabilă, dar nu în detrimentul calității judecății, or apelul ar constitui o garanție pentru înlăturarea erorilor de fapt și de drept. Traian Pop se pronunță și el, pentru menținerea apelului²⁴: ”a desființa apelul înseamnă a desființa cea mai populară mai frecventă și mai eficace cale de atac. A limita căile ordinare de atac la recurs înseamnă a menține calea de atac cea mai formalistă, mai dificilă și mai puțin accesibilă justițiabililor neinformați în materia dreptului”²⁵. Traian Pop mai argumenta că ”deși apelul este util constituind o garanție pentru justiție, nu este însă o necesitate organică. Recursul este o necesitate organică și ca atare nu poate lipsi din sistemul procesual penal”. Mergând pe această linie de argumentare, Constituția României din 1923 (art. 103 al. ultim) a înscris principiul potrivit căruia ”dreptul la recurs în casare este de ordin constituțional” astfel încât o lege ordinară nu avea puterea de a desființa această cale de atac.

8. Potrivit Codurilor de procedură penală din 1864 și 1936, judecata în recurs se mărginea la chestiunile de drept, în sensul examinării dacă la instanța de fond au fost respectate dispozițiile privitoare la desfășurarea procedurii de judecată și ale celor prevăzute de legea penală și civilă. Această reglementare corespundea modelelor legislative din care s-au inspirat autorii ei (Codul de instrucție criminală francez 1808 și Codul de procedură penală italian 1930). Potrivit Codului de procedură penală de la 1864 competența de judecată în recurs a fost încredințată multă vreme exclusiv Curții de Casație, devoluția recursului numai în drept justificându-se atât prin necesitatea de a nu încălca activitatea instanței supreme cu situația de fapt (orientându-se atenția acesteia asupra unității de interpretare a legii) cât și din tradiția franceză. În Codul de procedură penală din 1936 judecarea recursului era reglementată ca fiind de competența și a altor instanțe judecătorești, menținerea controlului instanței de recurs numai asupra chestiunilor de drept s-a datorat concepției de la acea vreme despre recurs, prin care se făcea o deosebire între această cale de atac și apel. Așadar, potrivit acestor Coduri, verificarea instanței de recurs avea ca obiect, de regulă, respectarea legii de procedură penală și a legii substanțiale de către instanța de fond. Potrivit Codului de procedură penală din 1864 (art. 405-413) instanța de recurs avea dreptul să anuleze hotărârea penală dată în ultimă instanță de fond, în cazul în care s-a produs o violare a legii. Prin această expresie Codul se referea la lipsa de competență, violarea formelor procesuale, greșita aplicare a legii în ceea ce privește pedeapsa, omisiunea de a se pronunța asupra unei cereri referitoare la un drept sau o facilitate dată de lege procurorului sau părților²⁶. Tot codul penal adoptat în 1936 a consacrat principiul neagravării situației părții în propriul recurs.

9. Legea Curții de Casație din 1925 prevedea un număr mai mare de cazuri de anulare și, întrucât toate recursurile erau judecate de instanța supremă (din anul 1879, cu excepția anilor 1905-1907, recursurile îndreptate împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorii erau de competența tribunalelor de județ²⁷). Potrivit acestei legi se putea declara recurs în cazul unei ”violațiuni” a legii sau principiilor de drept (art. 36 al. 3); cazurile de violare a legii erau: reaua constituire a instanței, pronunțarea hotărârii de alți judecători decât cei care au judecat, lipsa capacității funcționale a unuia sau mai multora dintre judecătorii care au judecat, necompetența, nemotivarea, omisiunea esențială, violarea regulilor substanțiale de drept sau a formelor esențiale, excesul de putere și eroarea grosieră de fapt²⁸. Cât privește violarea principiilor de drept, se semnalau: violarea principiului separației puterilor, violarea autorității lucrului judecat (non bis in idem), violarea dreptului de apărare, violarea principiului ne eat ultra petita partiam, violarea principiului non reformatio in pejus.

10. Codul de procedură penală din 1936 a menținut caracterul de cale de atac privitoare la chestiunile de drept. Potrivit art. 474 al acestui Cod, hotărârile erau supuse casării în cazuri de nulitate, evidențiindu-se caracterul de cenzură asupra chestiunilor de drept. Cazurile de nulitate erau împărțite în trei categorii: nulități de formă (nesocotirea legii de procedură penală vitium in procedendo); nulități de fond (încălcarea legii substanțiale penale și civile vitium in iudicando) și motive speciale de recurs (în cazul intervenirii, după pronunțarea hotărârii atacate cu recurs, a unor dispoziții legale noi, mai favorabile inculpatului. Nulitățile de formă cuprindeau, în esență, aceleași motive de casare ca și în legislația anterioară. Nulitățile de fond se refereau la violarea sau aplicarea greșită a legii substanțiale și includeau: condamnarea pentru alte fapte decât cele pentru care inculpatul fusese trimis în judecată; pronunțarea de

²² Alex. Mogilnicki, *L'appel en matiere penale*, în Vol.: Per il cinquantenario della Rivista Penale, Citta di Castello, 1925, p. 525.

²³ I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, ediția a II-a, Tipografia Curierul Judiciar, București, 1927, p.445 (comentariu V. Dongoroz).

²⁴ Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. IV, Tipografia Națională, Cluj, 1948, p.425.

²⁵ Traian Pop, *op. cit.*, p.395.

²⁶ Grigore Gr. Theodoru, *op.cit.*, p.32.

²⁷ I. Tanoviceanu, *op.cit.*, vol. V., p.571-578.

²⁸ I. Tanoviceanu, *op.cit.*, vol. V., p.534.

pedepse neprevăzute de legea penală (mai mare sau mai mică); neconstatarea elementelor constitutive ale infracțiunii; încadrarea juridică greșită a faptei pentru care a fost condamnat inculpatul; condamnarea pentru o faptă în condițiile în care există autoritate de lucru judecat sau intervenise prescripția ori altă cauză de stingere a acțiunii penale; achitarea pe temeiul greșit că fapta nu ar fi prevăzută de legea penală; excesul de putere al judecătorilor de fond (atunci când instanța a trecut în domeniul altei puteri constituite în stat); violarea și aplicarea greșită a legii.

11. În 1948, cu ocazia "Reformei judiciare" recursul a fost transformat dintr-o cale de atac în anulare într-o cale de atac în reformare; pe de o parte tribunalul și Curtea casând hotărârea recurată, evocau și fondul cauzei, fiind astfel în măsură să schimbe sau să modifice soluția adoptată de prima instanță, iar pe de altă parte, instanța supremă, avea dreptul (luând în considerare situația de fapt reținută de prima instanță) să pronunțe o nouă hotărâre în favoarea inculpatului, casând cu trimitere numai atunci când urma să se înrăutățească situația inculpatului. Sistemul de casare, cu evocarea fondului avea deja o istorie în sistemul nostru penal, având avantajul că se evitau trimiterile de la instanța de recurs la cea de fond, iar pe de altă parte se crea posibilitatea de a se pune capăt procesului la instanța de recurs.

12. Sub influența legislației sovietice, în anul 1952 s-a modificat sistemul de casare al instanțelor de recurs, adoptându-se soluții unitare pentru toate instanțele care judecau în recurs. Astfel, instanța de recurs nu judeca decât în control judiciar, neavând dreptul să rejudece fondul cauzei. Așadar, instanța de recurs nu putea să schimbe situația de fapt reținută de instanța a cărei hotărâre este recurată. De asemenea, deși instanța de recurs era abilitată să constate că soluția primei instanțe este greșită, avantajându-l pe inculpat, nu avea dreptul să-i agraveze în mod direct situația acestuia. În situația în care se constata o schimbare a situației de fapt ori o agravare a situației inculpatului judecata urma să aibă loc cu asesori populari, care funcționau numai la prima instanță, urmând ca și soluția dată în această judecată să poată fi atacată cu recurs. Așadar, instanța de recurs putea să caseze și să soluționeze direct fondul cauzei numai în cazul în care urma să se schimbe încadrarea juridică a faptei, să se modifice pedeapsa în favoarea inculpatului, precum și în cazul în care urma să se pronunțe achitarea pe temeiul că fapta nu constituie infracțiune, ori să se dispună încetarea procesului penal pentru existența unei împrejurări care atrăgea înlăturarea răspunderii penale sau împiedica procedural intervenirea ei. Așadar, soluția de bază la judecata în recurs era casarea cu trimitere spre rejudecare a cauzei la prima instanță²⁹.

13. Prin Legea de organizare judecătorească din anul 1952 (Legea nr.5/1952) și prin modificarea articolului 400 din Codul de procedură penală s-a prevăzut expres că judecând recursul, instanța verifică legalitatea și temeinicia hotărârii atacate. În anul 1955 reglementarea temeiurilor de casare a suferit o nouă modificare³⁰, criteriile în baza cărora se proceda la verificarea hotărârii atacate nu mai erau restrictive și rigide, ci mai simple, cuprinzând și motive care nu se încadrau în nulițiile prevăzute în reglementarea anterioară. În 1957, prin Decretul nr.473/1957 s-a acordat instanței de recurs dreptul de a schimba ea însăși situația de fapt reținută de prima instanță, pe baza unei noi aprecieri date probelor administrate și în lumina înscrisurilor noi depuse la instanța de recurs. De asemenea, instanța de recurs dobânda posibilitatea de a agrava direct situația inculpatului, în recursul procurorului sau al părții vătămate, fără a mai fi necesară rejudecarea cauzei de către prima instanță.

14. În Codul de procedură penală adoptat în anul 1968 și intrat în vigoare în anul 1969 recursul se aseamăna cu calea de atac a apelului din vechea legislație. Trăsătura definitorie a recursului, în condițiile unicității căii de atac ordinare, a constat în asigurarea unui control judiciar integral din partea instanței superioare celei care a judecat cauza în primă instanță³¹. Instanța de control judiciar avea dreptul să verifice hotărârea recurată atât sub aspectul legalității cât și al temeiniciei, dar și întreaga activitate de urmărire penală și judecată, care a condus la luarea hotărârii. Astfel, cu privire la activitatea organelor de urmărire penală, instanța de recurs controla dacă organele de urmărire penală au respectat legea de procedură penală în efectuarea actelor de urmărire și dacă și-au îndeplinit obligația de a strânge toate probele necesare pentru lămurirea cauzei sub toate aspectele. Instanța de recurs avea dreptul de a controla modul în care prima instanță și-a desfășurat activitatea, atât sub aspectul respectării legii de procedură penală, cât și al lămuririi complete și obiective a faptelor, încălcarea dispozițiilor de procedură și lipsa de rol activ în lămurirea faptelor constituind lipsuri de legalitate, temeinicie ale hotărârii atacate. Obiectul controlului pe care îl efectua instanța de recurs îl constituia legalitatea și temeinicia hotărârii recurate. Renunțând la definirea separată a noțiunilor de legalitate și temeinicie, Codul arăta în mod direct în ce ordine să se invoce temeiurile de casare și ce soluții trebuie să se ceară sau să se adopte în rezolvarea recursului. Verificarea hotărârii atacate se efectua de către instanța de recurs, de regulă, în baza cererilor și motivelor de recurs formulate de către recurenți. Potrivit art. 378 alin. ultim instanța de recurs era obligată să se pronunțe asupra tuturor motivelor de recurs invocate de procuror și de părți. Instanța era obligată ca în afară de temeiurile invocate și cererile formulate de recurent, să examineze cauza sub toate aspectele

²⁹ Grigore Gr. Theodoru, *op.cit.*, p.53.

³⁰ Anca Lelia Lorincz, *op.cit.*, p.62.

³¹ Grigore Gr. Theodoru, *op.cit.*, p.55.

legalității și temeiniciei hotărârii atacate, chiar și ale acelor care nu fuseseră invocate de recurent, deoarece instanța de recurs purta răspunderea pentru controlul pe care îl efectua și pentru menținerea numai a hotărârilor legale și temeinice.

Judecata în recurs are loc numai dacă vreunul din titularii dreptului de recurs exercită această cale de atac ordinară. Așadar, în devoluția controlului pe care îl efectuează instanța de recurs se mențin unele limite, determinate de persoana care a declarat recurs și de calitatea sa procesuală³². Dacă numai una dintre părți a declarat recurs, verificarea cauzei se efectuează cu privire la partea care a sesizat cu recurs instanța de control judiciar și în legătură cu amândouă laturile (penală și civilă) ori în legătură numai cu o singură latură. Controlul hotărârii primei instanțe era limitat și de regula neagrării situației părții în propriul recurs. Pentru atenuarea limitelor efectului devolutiv al recursului, legea prevedea obligația pentru instanța de recurs de a examina cauza, prin extindere, și cu privire la părțile care nu au declarat recurs sau la care acesta nu se referă, putând hotărî și în privința lor, fără însă să poată crea acestor părți o situație mai grea. Efectul extensiv obliga instanța de recurs să examineze cauza și cu privire la persoanele care nu au declarat recurs sau la care nu se referă recursul declarat, fiind posibilă schimbarea soluției și față de acestea, cu condiția de a nu se crea o situație mai grea.

Cu privire la hotărârile care puteau fi atacate cu recurs, s-a extins controlul și la sentințele pronunțate de secțiile fostului Tribunal Suprem, asigurându-se dublul grad de jurisdicție.

15. Mica Reformă penală (Legea nr.202/2010³³ privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor) a adus unele modificări, limitând cele trei grade de jurisdicție numai la cauzele judecate în primă instanță la tribunal. Cauzele care reveneau în competența de judecată în primă instanță a judecătorilor a curților de apel și a Înaltei Curți de Casație și Justiție puteau parcurge doar două grade de jurisdicție (judecata în primă instanță și judecata în recurs).

16. Potrivit inițiatorilor Codurilor penal și de procedură penală³⁴ s-au propus modificări de substanță în materia căilor extraordinare de atac. Recursul în casație va fi o cale extraordinară de atac, exercitată doar în cazuri excepționale, numai pentru motive de nelegalitate. Recursul în casație urmărește asigurarea unei practici unitare la nivelul întregii țări. Prin intermediul acestei căi extraordinare de atac, a cărei soluționare este numai în competența Înaltei Curți de Casație și Justiție, este analizată conformitatea hotărârilor definitive atacate cu regulile de drept, prin raportare la cazurile de casare expres și limitativ prevăzute de lege. Sunt prevăzute expres hotărârile ce pot fi atacate pe calea recursului în casație, precum și cele care nu sunt supuse acestei căi extraordinare de atac³⁵. Față de specificul acestei căi extraordinare de atac, noul Cod de procedură penală impune condiții stricte cu privire la cuprinsul cererii de recurs în casație în scopul asigurării unei rigori și discipline procesuale și al evitării introducerii, în mod abuziv, a unor recursuri care nu se încadrează în motivele prevăzute de lege.

Cazurile în care se poate exercita recursul în casație vizează exclusiv legalitatea hotărârii și nu chestiuni de fapt. Acestea pot constitui temei al casării hotărârii doar dacă nu au fost invocate pe calea apelului sau în cursul judecării apelului ori dacă, deși au fost invocate, au fost respinse sau instanța a omis să se pronunțe asupra lor. Procedura recursului în casație presupune două etape: a) admisibilitatea în principiu, ce are rolul unui filtru al recursurilor. Aceasta se desfășoară în camera de consiliu, în procedură, scrisă, necontradictorie; b) Judecarea recursului după admiterea în principiu.

Formularea cererii de recurs în casație nu are caracter suspensiv, însă după admiterea în principiu se poate suspenda motivat, în tot sau în parte, executarea hotărârii, putând fi impusă respectarea de către condamnat a unor obligații.

³² Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 56.

³³ Legea nr. 202/2010, publicată în M.Of. nr. 714/26 octombrie 2010.

³⁴ Expunere de motive, www.just.ro

³⁵ *Idem*

DREPTURILE ȘI LIBERTĂȚILE CETĂȚENEȘTI ÎN CONTEXTUL REALIZĂRII SECURITĂȚII NAȚIONALE. MANDATUL DE SECURITATE NAȚIONALĂ

*Autor: Cristian POPA**

*Co-autor: Romeo – Ioan GÂRZ***

Abstract: *The enactment of national security must aim at the achievement of a legal framework for the immediate necessities of a state law, that is to own intelligence specialized institutions, to enable them with powers, sufficient to ensure learning, preventing and counteracting any action that might represent a threat to the national security, to preserve the state lawfulness, the balance and the social, economic and political stability, which are the prerequisites for the existence and the development of the national Romanian state, as a sovereign, independent, unitary, indivisible entity, maintaining the constitutional order as well as carrying out the proper climate for free exercise of the rights, liberties and the fundamental duties, as stated by the Constitution.*

The law of the national security consists of stipulations meant to ensure the protection of the fundamental rights and liberties of the citizens in relation to the means used to obtain the intelligence as well as to the measures of preventing, learning, or counteracting, carried out by the national institutions empowered to act as such.

These regulations aim to eliminate any possibility of ignorance, harm or infringement of the fundamental rights and liberties, as they consist of a plethora of juridical premises that convey the activity of the national institutions commissioned for this purpose, into a necessary and possible activity, within a climate of fully preserving the fundamental rights and liberties.

The situations defined by art. 3 from Law nr 51/1991 are considered threats to the national security and represent the legal basis for the commissioned government institutions to take steps in order to obtain the national security warrant in view of carrying out actions, that aim at and justify the temporary limitation of the fundamental rights and liberties.

Keywords: *national security; fundamental rights and freedoms; restraining the exercise.*

Departamentul Securității Statului a fost desființat după Revoluția din 1989 ca urmare a mișcărilor revoluționare, într-o primă etapă prin trecerea în componența Ministerului Apărării Naționale, iar în a doua etapă prin desființarea propriu-zisă în baza unui decret al Consiliului Frontului Salvării Naționale.

Rolul de a înființa un nou serviciu cu competențe de informații a revenit Consiliului Provizoriu de Uniune Națională care, la 26 martie 1990, în baza Decretului nr.181, a înființat Serviciul Român de Informații, cu scopul de a „obține date și informații referitoare la activitatea serviciilor de spionaj, a organizațiilor extremist – teroriste îndreptate împotriva României, a elementelor cu intenții de a organiza și desfășura acțiuni de diversiune și atentat, de subminare a economiei naționale, de destabilizare a ordinii de drept”.

Serviciul Român de Informații a primit astfel însărcinări noi cu privire la contracararea spionajului, a terorismului internațional, a extremismului de stânga sau de dreapta, prevenirea acțiunilor destabilizatoare de orice fel, în raport cu ordinea constituțională stabilită de Parlament.

Legea nr. 51/1991 privind securitatea națională¹. Acest act normativ invocat aici ca un prim subpunct, conferă cadrul general al activității de informații pentru realizarea securității naționale și reprezintă legea-cadru în baza căreia funcționează toate celelalte organe de stat cu atribuții în domeniu.

Aceasta reglementează, în ansamblu, aspectele juridice fundamentale ale securității naționale a României, cu referiri concrete și la statutul, competențele și atribuțiile organelor de stat cu atribuții în domeniul securității naționale.

În acest context, trebuie arătat că securitatea națională reprezintă, potrivit art.1 din Legea nr.51/1991, starea de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică ce se impune a fi realizată pentru a se asigura: existența și dezvoltarea statului național român, ca stat suveran, independent, unitar și indivizibil; menținerea ordinii constituționale; realizarea climatului de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale prevăzute de Constituție.

Modalitățile de realizare a securității naționale pe care actul normativ le permite, respectiv cunoașterea, prevenirea și înlăturarea amenințărilor interne sau externe², care pot aduce atingere valorilor de securitate

* Conferențiar universitar doctor, Academia Națională de Informații ”Mihai Viteazul”; e-mail: ccrpopa@gmail.com

** Expert, Academia Națională de Informații ”Mihai Viteazul”; e-mail: rom_prodigy@yahoo.com

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României nr.163 din 7 august 1991, republicată în Monitorul Oficial al României nr.190 din 18 martie 2014.

² Art. 2 din Legea nr.51/1991.

națională menționate anterior devin acțiuni care compun aparatul complex al activității de informații pentru realizarea securității naționale.

Politica legislativă a statului român ia în considerare realizarea securității naționale în condițiile respectării depline a drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor, exercițiul acestora putând fi restrâns temporar doar în cazuri cu totul excepționale, strict reglementate de lege.

Restrângerea temporară a exercițiului unor drepturi sau ale unor libertăți fundamentale în activitatea de informații pentru realizarea securității naționale.

Apărarea securității naționale reprezintă una dintre situațiile prevăzute la art.53 din Constituție care permit restrângerea temporară a exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale.

Cadrul normativ în vigoare, reprezentat de Legea nr.51/1991 și Legea nr.535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului³, au asimilat în mod adecvat spiritul și exigențele constituționale în privința respectării drepturilor și libertăților fundamentale.

În cazul amenințărilor la adresa securității naționale generate de infracțiuni de terorism, articolele 14-20 din Legea nr.51/1991 se coroborează cu art. 20 din Legea nr.535/2004, care se aplică în mod corespunzător, reprezentând dispoziții exprese prin care se instituie obligații și garanții menite să asigure respectarea și apărarea drepturilor și libertăților fundamentale în activitatea de informații pentru realizarea securității naționale.

Suplimentar, legiuitorul a subliniat faptul că prevederile referitoare la amenințările la adresa securității naționale nu pot fi interpretate sau folosite în scopul restrângerii dreptului de apărare a unei cauze legitime, de manifestare a unui protest sau dezacord ideologic, politic, religios ori de altă natură, garantate prin Constituție sau legi.

Stările de fapt prevăzute de art.3 din Legea nr.51/1991 sunt denumite amenințări la adresa securității naționale și constituie temeiul legal al inițierii de către organele de stat cu atribuții în domeniu, a demersurilor pentru obținerea mandatului de securitate națională pentru efectuarea unor acte care au ca efect și legitimează restrângerea temporară a exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale ale omului.

Este interzisă în mod expres urmărirea (sub aspect informativ) unei persoane pentru exprimarea liberă a opiniilor sale politice, atingerea onoarei sau a reputației persoanei, imixtiunea în viața particulară, familia, domiciliul sau proprietățile sale, ori în corespondența sau comunicațiile acesteia, dacă nu săvârșește vreuna din faptele ce constituie, potrivit legii, o amenințare la adresa securității naționale⁴. Astfel, metodele și mijloacele de obținere a informațiilor necesare securității naționale nu trebuie să lezeze, în nici un fel, drepturile sau libertățile fundamentale ale cetățenilor, viața particulară, onoarea sau reputația lor ori să îi supună la îngrădiri ilegale.

Aceste dispoziții sunt imperative și nu permit nici un fel de excepție, ceea ce înseamnă că: organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale trebuie să folosească numai metode și mijloace statuate prin norme interne și oficiale în materia securității naționale; sub nicio formă, aceste metode și mijloace nu trebuie folosite în modalități care să afecteze existența drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, în afara cadrului normativ de excepție.

Nerespectarea acestor cerințe îndreptățește persoana lezată să se adreseze forurilor competente (inclusiv pe calea prevăzută de art.21 din Constituție care consacră accesul liber la justiție), iar cei vinovați răspund civil, administrativ sau penal, după caz.

Pe fondul interdicțiilor menționate, pe deplin îndreptățite în raport cu necesitatea respectării persoanei și drepturilor acesteia, legea instituie, în mod indirect, o obligație cu caracter general de abținere de la săvârșirea faptelor care constituie amenințări la adresa securității naționale.

Per a contrario, săvârșirea unor asemenea amenințări îndreptățește statul să ia, prin instituțiile specializate, măsuri adecvate de apărare, inclusiv cu efecte restrictive temporare asupra exercițiului drepturilor menționate, dar numai cu respectarea normelor imperative impuse de lege.

Totuși, deși legea nu distinge, constatarea existenței unor asemenea amenințări este o condiție necesară, dar nu suficientă pentru a se opera în mod direct și nemijlocit măsuri restrictive. Pentru a aplica asemenea restrângeri, trebuie îndeplinite și alte condiții pe care legea le prevede în mod expres și la care ne vom referi în conținutul acestui articol.

Legea nr.51/1991 stabilește expres și limitativ: sfera și scopul actelor sau măsurilor ce pot avea asemenea consecințe; condițiile în care pot fi efectuate; conținutul concret al documentelor ce materializează demersurile necesare efectuării lor.

Activitățile specifice culegerii de informații care presupun restrângerea temporară a exercițiului unor drepturi pentru apărarea securității naționale sunt: „a) interceptarea și înregistrarea comunicațiilor electronice, efectuate sub orice formă; b) căutarea unor informații, documente sau înregistrări pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect ori deschiderea unui obiect; c) ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acesta le conține, precum și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee; d) instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse, supravegherea prin fotografiere, filmare sau prin alte mijloace tehnice ori constatări personale, efectuate sistematic în locuri publice sau efectuate în orice mod în locuri private; e) localizarea, urmărirea și obținerea de informații prin GPS

³ Publicată în Monitorul Oficial nr.1.161 din 8 decembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

⁴ Potrivit art. 4 din Legea nr.51/1991.

sau prin alte mijloace tehnice de supraveghere; f) interceptarea trimiterilor poștale, ridicarea și repunerea la loc a acestora, examinarea lor, extragerea informațiilor pe care acestea le conțin, precum și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee; g) obținerea de informații privind tranzacțiile financiare sau datele financiare ale unei persoane, în condițiile legii⁵.

În ceea ce privește natura juridică a acestor acte, ele se circumscriu normelor dreptului administrativ, fiind acte administrative realizate în regim de putere publică și cu un pronunțat caracter preventiv.

Condițiile prevăzute de lege în mod expres în care pot fi efectuate activitățile ce au ca scop culegerea de informații și care, prin natura lor, au incidențe asupra drepturilor și libertăților fundamentale sunt reprezentate de existența amenințării la adresa securității naționale, solicitarea și obținerea mandatului de securitate națională prevăzut de lege, respectiv justificarea cazurilor pentru care se solicită mandatul.

Cererea de emitere a mandatului de securitate națională care se adresează procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție trebuie să conțină, între altele, date sau indicii din care să rezulte cu certitudine existența unei amenințări la adresa securității naționale. Aceasta presupune ca instituția solicitantă să fi desfășurat anterior activități de informații care, prin caracterul lor, să nu aducă atingere vreunui dintre drepturile și libertățile fundamentale, dar să fie apte a identifica existența unor amenințări la adresa securității naționale și a le susține prin date și indicii certe, verificate.

În context trebuie arătat că, fără posibilitățile oferite de mandatul de securitate națională, organele de informații nu ar putea pătrunde în clandestinitatea și conspirativitatea specifică săvârșirii faptelor ce pot pune în pericol securitatea națională, sens în care legiuitorul a prevăzut în mod expres situațiile în care se va apela la acest mijloc de culegere de informații, respectiv: nu există alte posibilități ori sunt posibilități limitate pentru cunoașterea, prevenirea sau contracararea riscurilor ori amenințărilor la adresa securității naționale; acestea sunt necesare și proporționale, date fiind circumstanțele situației concrete⁶.

Din nevoia de a asigura garanții certe cu privire la prevenirea comiterii de abuzuri sau încălcări ale dispozițiilor constituționale privind drepturile și libertățile fundamentale, legiuitorul a dispus emiterea, de către judecătorii anume desemnați de președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție, a mandatului de securitate națională. Norma juridică are ca efect scoaterea autorizației din sfera raporturilor administrative.

Merită arătat că mandatul de securitate națională emis de judecător în temeiul art. 14 - art. 20 din Legea nr.51/1991, respectiv activitățile a căror executare o autorizează nu se circumscriu procesului penal, situație în care se aplică dispozițiile referitoare la mandatul de supraveghere tehnică, reglementate de Codul de procedură penală.

Prin urmare, emiterea de către judecătorii anume desemnați de președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție a mandatului are caracterul unei garanții legale cu privire la respectarea drepturilor și libertăților fundamentale în activitatea de informații, garanție suplimentară de imparțialitate.

Cea de-a treia condiție a efectuării activităților ce au ca scop culegerea de informații constă în justificarea cazurilor pentru care se solicită mandatul de securitate națională.

Aceasta presupune, pe lângă invocarea temeiului de fapt (existența amenințării), demonstrarea faptului că mandatul de securitate națională este un mijloc excepțional de culegere de informații, în împrejurări excepționale care nu pot fi documentate pe căi și cu mijloace obișnuite.

Se înțelege deci, că existența amenințării constituie o condiție necesară, dar nu și suficientă pentru a se permite restrângerea temporară a exercițiului unor drepturi și libertăți fundamentale, fiind necesare întrunirea unui cumul de cerințe imperative stabilite de legiuitor, iar măsura să fie una de excepție.

Documentele ce materializează demersurile necesare efectuării activităților ce au ca scop culegerea de informații sunt: cererea de eliberare a mandatului de securitate națională și mandatul emis de judecător.

Cererea de autorizare se formulează în scris de către instituția solicitantă și trebuie să cuprindă: „numele și funcția persoanei care formulează propunerea; data și locul emiterii propunerii; date sau informații din care să rezulte existența unei amenințări la adresa securității naționale, prin prezentarea faptelor și circumstanțelor pe care se întemeiază propunerea; motivația pentru care se impun activități specifice; categoriile de activități pentru care se propune solicitarea autorizării; dacă este necesară încuviințarea pătrunderii în spații private pentru desfășurarea de activități specifice; perioada pentru care se propune solicitarea autorizării; identitatea persoanei supusă măsurii, dacă aceasta este cunoscută; locul unde urmează a fi executate activitățile propuse, dacă acesta este cunoscut”⁷.

Apreciem că este imperios să precizăm că datele și informațiile care fac obiectul cererii au caracter clasificat secret de stat, întrucât au fost obținute de organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale în activitatea de realizare a acesteia, în conformitate cu dispozițiile art. 2 din Legea nr.51/1991, sens în care, potrivit art.17 alin. (1) lit. „f” și „g” din Legea nr.182/2002⁸, include în categoria informațiilor secrete de stat, informațiile care se referă la

⁵ Potrivit art. 14 alin. 2 din Legea nr.51/1991.

⁶ Art.14 alin. 1 din Legea nr.51/1991.

⁷ Art. 15 alin.1 din Legea nr. 51/1991

⁸ Privind protecția informațiilor clasificate, publicată în Monitorul Oficial nr.248 din 12 aprilie 2002, cu modificările și completările ulterioare.

activitatea de informații desfășurată de autoritățile publice stabilite prin lege pentru apărarea țării și securitatea națională, precum și mijloacele, tehnica și echipamentul de lucru folosite de autoritățile publice care desfășoară activitatea de informații. De asemenea, conform dispozițiilor art.10 alin.(1) din Legea nr.51/1991, legiuitorul a stabilit că activitatea de informații pentru realizarea securității naționale are caracter clasificat, informațiile din acest domeniu neputând fi comunicate decât beneficiarilor legali prevăzuți la art.11 alin. (1) din actul normativ invocat.

Învederăm că o asemenea restrângere a dreptului la informație este în acord atât cu actele normative interne, cât și cu reglementările internaționale în materie. Astfel, potrivit dispozițiilor art.12 alin.(1) lit.„a” din Legea nr.544/2001⁹ informațiile din domeniul apărării naționale, securității și ordinii publice sunt exceptate de la accesul neîngrădit al cetățenilor, dacă fac parte din categoriile informațiilor clasificate, definite potrivit art.15 lit. „b” din Legea nr.182/2002.

De asemenea, în ceea ce privește reglementările internaționale precizăm că în art.10 pct.1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată de statul român prin Legea nr.30/1994¹⁰ se prevede că „Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare(...)”. În rațiunea celor expuse mai sus, în art.10 pct.2 se normează faptul că „Exercitarea acestor libertăți (...) poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri (...) privind integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea (...), protecția reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea de informații confidențiale (...)”.

În doctrina și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului s-a statuat în mod constant că nedivulgarea unor elemente ale investigațiilor este compatibilă cu dreptul la informație, în condițiile în care unele rezultate ale tehnicilor speciale de investigare pot să nu fie comunicate din rațiuni de interes public (apărarea securității naționale), întrucât dreptul la informație nu este unul absolut putând fi supus unor măsuri de restrângere, în conformitate cu legea și necesitatea prezervării valorilor de securitate națională. Astfel, în orice procedură judiciară pot exista interese contrare, cum ar fi protejarea securității naționale sau nevoia de a păstra secretul unor metode și tehnici de investigare, care trebuie să fie opuse dreptului la apărare al învinutului¹¹.

În concret, poate să apară necesară protejarea unor probe față de apărare (care nu are îndeplinite condițiile legale pentru accesarea acestor informații) spre a nu se genera efecte negative în planul securității naționale cu consecințe negative majore asupra climatului de stabilitate socială, economică și politică. Astfel, în orice procedură judiciară pot exista interese contrare, cum ar fi protejarea securității naționale sau nevoia de a apăra martori, de a păstra secretul unor metode și tehnici de investigare a infracțiunii, care trebuie să fie opuse dreptului la apărare al învinutului¹².

Mandatul de securitate națională poate fi emis de judecător, dacă apreciază că sunt întrunite condițiile prevăzute de lege și trebuie să conțină: „denumirea instanței, data, ora și locul emiterii; activitățile specifice autorizate de natura celor anterior prevăzute; identitatea persoanei care este afectată de activitățile specifice, prin restrângerea temporară a drepturilor și libertăților fundamentale, dacă aceasta este cunoscută; organele care efectuează activitățile autorizate; persoanele fizice sau juridice care au obligația de a acorda sprijin la executarea activităților autorizate; precizarea locului sau a localităților în care se vor desfășura activitățile autorizate, dacă acestea sunt cunoscute; durata de valabilitate a autorizației”¹³.

În scopul asigurării drepturilor constituționale ale persoanei referitoare la accesul liber la justiție și dreptul la petiționare, Legea nr. 51/1991 reglementează situația în care persoana care se consideră vătămată în drepturile sau libertățile sale fundamentale generată ca urmare a activităților specifice culegerii de informații derulate de organele cu atribuții în domeniul securității naționale se poate adresa comisiilor parlamentare sau organelor judiciare¹⁴.

Măsura de restrângere temporară a unor drepturi și libertăți fundamentale este de natură să sprijine eforturile pe linia prevenirii și combaterii amenințărilor la adresa securității naționale, stări de fapt prin excelență clandestine a căror investigare informativă reclamă tehnici speciale de documentare, inclusiv în sarcina organelor de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații pentru realizarea securității naționale.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, luând în discuție justificarea existenței unor dispoziții legislative care acordă autorităților publice dreptul de a supraveghea acțiunile anumitor persoane, a admis¹⁵ că, deși tehnicile speciale de documentare constituie ingerințe în exercițiul dreptului la viață privată, acestea, în anumite situații excepționale se pot dovedi necesare într-o societate democratică, dacă sunt destinate să apere securitatea națională.

În lumea amenințărilor la adresa stării de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică, elemente de reper ale securității naționale, intensificarea și perfecționarea tehnicilor speciale de investigare și apărarea drepturilor omului nu sunt două probleme care se exclud reciproc, ci dimpotrivă sunt elemente de politici statale și

⁹ Privind liberul acces la informațiile de interes public, publicată în Monitorul Oficial nr. 663 din 23 octombrie 2001, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr.135 din 31 mai 1994.

¹¹ A se vedea hotărârea din 16 februarie 2000 în cauza *Rowe and Davis vs. United Kingdom*.

¹² A se vedea hotărârea din 16 februarie 2000 în cauza *Rowe and Davis vs. United Kingdom*.

¹³ Art. 17 alin. 2 din Legea nr.51/1991.

¹⁴ Art. 22 din Legea nr.51/1991.

¹⁵ *C. Bîrsan*, Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariul pe articole, vol. 1, Drepturi și libertăți, Editura C.H. Beck, București, 2005, p. 595.

regionale care sunt interdependente. Astfel, organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale nu acordă o atenție excesivă prevenirii și combaterii amenințărilor la adresa securității naționale în detrimentul respectării drepturile cetățenilor săi și a normelor democratice, context în care mecanismele statale de gestionare și contracarare respectă principiul proporționalității, în sensul creării, operaționalizării și consolidării unor măsuri care să fie apropiate de starea de fapt care le-a determinat.

Legea fundamentală stabilește cadrul general al instituției restrângerii drepturilor și libertăților fundamentale, enumerând principiile de bază, după cum urmează: restrângerea exercițiului drepturilor și libertăților se poate face numai prin lege – principiul se referă la faptul că atât temeiurile, cât și procedurile necesare trebuie să fie strict reglementate prin acte normative de nivelul legii. Orice extensie a temeiurilor, ca și urmarea altei proceduri decât cea stabilită este de natură a conduce la încălcări nejustificate ale drepturilor sau libertăților persoanei, atrăgând atât nulitatea absolută a actului, cât și răspunderea penală și civilă a autorului; restrângerea exercițiului drepturilor și libertăților se realizează numai dacă se impune – în spiritul protecției juridice a drepturilor omului, Constituția consacră principiul potrivit căruia restrângerea temporară a exercițiului drepturilor și libertăților unei persoane poate interveni în situația în care nu există alte mijloace de protejare a valorii sociale puse în pericol sau lezate. Cu alte cuvinte, măsura are un caracter subsidiar, fiind condiționată de imposibilitatea organelor statului de a acționa eficient prin alte metode; restrângerea este subsumată unor scopuri expres prevăzute în Constituție – potrivit acestui principiu, restrângerea nu poate interveni decât pentru realizarea anumitor deziderate de interes public, expres și limitativ prevăzute de Constituție, respectiv cel al apărării securității naționale; restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică, a cărei caracteristică dominantă este respectul față de aceste drepturi sau libertăți, consecința firească a acestei exigențe fiind aceea că măsurile care au asemenea implicații trebuie să aibă caracter de excepție. Această prevedere are rolul de a alinia legislația românească la exigențele Convenției Europene a Drepturilor Omului; măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, respectiv cu starea de pericol la adresa securității naționale care justifică adoptarea lor; măsura trebuie aplicată în mod nediscriminatoriu, ceea ce înseamnă că restrângerea nu se poate baza pe criterii de naționalitate, sex, rasă, convingere religioasă etc., ci exclusiv pe considerentul faptei care pune în pericol sau lezează valorile și relațiile sociale ocrotite prin art.53 din Constituție, în cazul nostru apărarea securității naționale; măsura trebuie să nu aducă atingere existenței dreptului, în sensul că, pe perioada aplicării măsurii, individul păstrează dreptul, fiind supus restrângerii temporare și limitate numai exercițiul dreptului respectiv.

În lipsa utilizării de către organele de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații în vederea asigurării securității naționale a măsurii de restrângere temporară a exercițiului unor drepturi și libertăți fundamentale nu se poate realiza funcția preventivă a securității naționale. În toate sistemele de securitate națională, activitatea principală este de a preveni, în raport și de eficiența structurilor de informații care monitorizează și penetrează entitățile clandestine care desfășoară activități contrare securității naționale, în cooperare cu organele abilitate de aplicare a legii pe segmentul lor de competență.

APLICAREA PRINCIPIULUI *LEX MITIOR* UNOR DISPOZIȚII PROCESUAL PENALE*

Ionuț NEFLIU**

Abstract: *The principles of timely application of the criminal procedure law have been changed vision in the last 30 years. The Spanish Constitutionmaker from 1978, the Portuguese lawmaker from 1987 and afterwards the West European doctrinal debates have emerged consistent reasons for a full-guaranties profile in this domain, because the citizen shoudn't be a mere instrument for the triumph of social defence necessities.*

Keywords: *tempus regit actum; tempus regit iudicium; material criminal procedure dispositions; preliminary plea; repressive law.*

1. Principiile de aplicare în timp a legii procesual penale. Avem în vedere de lege lata sfera de aplicare a principiului *lex mitior*, sub forma versantului său de neretroactivitate defavorabilă, exprimat de cerința ca legea nouă de procedură penală să nu retroactiveze în detrimentul inculpatului sau condamnatului, după cum dispun - într-o anumită interpretare - și prevederile art. 15 alin. 2 din Constituția României. De lege ferenda, ar trebui recunoscută și incidența retroactivității în mitius pentru unele dispoziții procesual penale. Opinia apare în doctrina franceză, unde B. Bouloc afirmă că legi favorabile pot fi și legile de formă, edictate pentru a asigura o mai bună justiție represivă și care instituie garanții ale libertății individuale și ale drepturilor apărării¹.

Doctrina procesual penală română tratează regula *tempus regit actum* ca fiind principiul fundamental ce guvernează aplicarea legii de procedură în timp², la care autorii adaugă analiza situațiilor și dispozițiilor tranzitorii. Dispozițiile art. 13 alin. 1 C.proc.pen. român sunt în același sens, legea procesual penală română se aplică în procesul penal actelor efectuate și măsurilor dispuse, de la intrarea în vigoare până la momentul abrogării, cu excepția situațiilor prevăzute în dispozițiile tranzitorii. Credem că este greșită în articolul sus-amintit referirea la procesul penal, întrucât în practica judiciară se efectuează (sic!) și acte procesuale și procedurale **în afara procesului penal**. (de exemplu, procurorul emite ordonanță în cauză când dosarul este deja trimis în cameră preliminară). Și pentru actele dresate în aceste condiții, în afara procesului penal, se aplică aceeași regulă a actualității³ legii de procedură penală. De asemenea apare redundantă referirea legiuitorului la ”situații prevăzute în”, fiind suficientă sintagma ”cu excepția dispozițiilor tranzitorii”.

Când vine vorba de tratarea principiilor de aplicare în timp a dispozițiilor legii de procedură penală, expunerea lor în aceeași Explicații (vol. V) este extrem de succintă și lacunară (pe întinderea a doar 17 rânduri, id est mai puțin de o jumătate de pagină). Se recunoaște însă în Explicații, că, în mod excepțional, legea nouă poate retroactiva, iar legea veche poate ultraactiva. De ex. ca ipoteză de ultraactivitate sunt regulile de competență din legea anterioară care rămân aplicabile în procesele penale în care a intervenit o hotărâre nedefinitivă, iar ca ipoteză de retroactivitate faptul că nulitatea unui act efectuat sub legea veche nu poate fi invocată dacă legea nouă nu o prevede.⁴

Tratarea doctrinară a acestor aspecte temporale este mult mai nuanțată și riguroasă în doctrina italiană, care face distincție între normele tranzitorii și normele intertemporale, acestea din urmă fiind norme care disciplinează aplicarea altor norme (au caracter instrumental), individualizând care dintre raporturile juridice sunt reglementate de noua disciplină sau, dimpotrivă, de vechea reglementare.⁵ Normele tranzitorii indică o singură reglementare, cu caracter intermediar.

2. Despre natura juridică a unor instituții de drept represiv În doctrina italiană se reține existența unei controverse asupra apartenenței unei norme juridice la dreptul penal substanțial sau la dreptul procesual, dat fiind că o serie de

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “*Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească*”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

** Doctorand al Facultății de Drept, Universitatea de Vest Timișoara

¹ Bouloc B., *Droit pénal général*, 23^e édition, Dalloz, Paris, 2013, p. 133.

² Zarafiu A., *Procedură penală. Partea generală. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 30. Theodoru G. Gr., *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 44. Crișu A., *Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 52. Neagu I., *Drept procesual penal. Tratat*, Ed. Global Lex, București, p. 77.

³ Zarafiu A., *op.cit.*, p.30.

⁴ Dongoroz V. & colectiv, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român, Partea specială*, Volumul V, ediția a II-a, Ed. Academiei Române, Ed. All Beck, București, 2003, p. 14.

⁵ Tonini P., *Manuale di procedura penale*, Undicesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p.50.

instituții se plasează la granițele dintre aceste două sectoare ale ordinii juridice⁶. Ideea unui dezacord asupra naturii juridice a unor instituții de drept penal material și de drept formal este conștientizată și reluată și în doctrina procesual penală germană, care notează de exemplu dualitatea prescripției⁷, reglementate de art. 77 StGB. În doctrina franceză (Bernard Bouloc⁸) se observă că distincția dintre dispozițiile de formă și dispozițiile de fond nu este întotdeauna ușoară, dovadă stând jurisprudența nesigură⁹, inclusiv pe legile referitoare la prescripție. Ezitanta jurisprudență franceză definește legile de formă ca fiind "cele care nu privesc nici caracteristicile infracțiunii, nici responsabilitatea autorului, nici fixarea pedepsei"¹⁰. Nu putem să nu remarcăm că răspunderea sau responsabilitatea penală nu este un concept univoc care să aparțină exclusiv unei ramuri de drept penal (material sau formal).

De asemenea există o dispută în doctrina italiană asupra naturii juridice a unor dispoziții legale privitoare la plângerea prealabilă reglementate în art. 120-131 C. pen. italian. Se ridică întrebarea dacă sunt condiții de pedeapsă sau, dimpotrivă, condiții de procedură¹¹, următoarele reglementări: dreptul la plângere prealabilă, dreptul la plângere prealabilă exercitat de un curator special, plângerea prealabilă depusă de o singură persoană vătămată, extinderea plângerii prealabile, renunțarea la plângere prealabilă, plângerea prealabilă a minorului sau a persoanei fără capacitate în cazul renunțării reprezentantului, stingerea dreptului la plângere, procedibilitatea din oficiu în cazul infracțiunilor complexe.

3. Consecințele derivate din principiul legalității și din cel al neretroactivității legii procesual penale. Principiul legalității trebuie să guverneze nu doar întregul drept penal, ci și întregul drept represiv (incluzând deci și procedura), care limitează și amenință libertatea cetățenilor¹². Rațiunile poziției principiului neretroactivității pentru sectorul dreptului substanțial au aceeași valoare și pentru dreptul procesual penal¹³.

Remarcăm însă că, depărtându-se de abordarea tradițională, actualul Cod al procesului penal portughez (de la 1987, cu modificările ulterioare) cuprinde în mod inovator unele dispoziții cu profil garantistic în art. 5, denumit "Aplicarea legii procesual penale în timp"¹⁴. Alin. 1 al art. 5 prevede că legea procesuală portugheză este de imediată aplicare, dar alin. 2 consacră **principiul neretroactivității (defavorabile)** al legii procesual penale asupra proceselor inițiate anterior intrării sale în vigoare (tempus regit iudicium), când din aplicabilitatea imediată pot rezulta: a) agravarea serioasă și chiar evitabilă a situației procesuale a inculpatului, mai ales prin limitarea dreptului său de apărare sau b) ruperea armoniei și unității diferitelor acte procesuale. Per a contrario, dacă nu este permisă retroactivitatea defavorabilă, este permisă retroactivitatea favorabilă inculpatului. Cu atât mai mult cu cât criteriul de referință temporală nu este actul sau măsura, ca în C.proc.pen. român actual, ci un întreg, un ansamblu de acte și măsuri, **constituind procesul penal în sine, în totalitatea lui** (regula tempus regit iudicium). Într-adevăr, legiuitorul portughez a observat că modificările legislative de după tempus commissi delicti pot agrava, uneori considerabil, situația juridică în plan procesual a inculpatului. Acesta poate fi supus unei arestări preventive a cărei cauțiune să fie substanțial mărită (în Portugalia s-a introdus cauțiunea la arestare preventivă încă din 1972, odată cu Decretul-lege nr. 185/72), regimul probatoriu poate fi înăsprit (sarcina probei la anumite infracțiuni poate fi schimbată, legislativ sau jurisprudențial, de la acuzare la apărare). Toate acestea, dând satisfacție necesității în detrimentul libertății, lovesc în exact acele importante garanții juridico-politice care se vor ocrotite de principiul aplicării lex mitior.

4. Mutarea momentului la care începe succesiunea de legi procesual penale. Soluția legiuitorului portughez odată cu edictarea dispozițiilor art. 5 C. proc. pen. a fost să ajusteze aplicabilitatea imediată a legii (art. 5 alin. 1) cu corectivul impunerii ultraactivității legii procesual penale vechi (art. 5 alin. 2 C. proc.pen. portughez). Taipa de Carvalho precizează că **momentul decisiv pentru determinarea legii aplicabile din succesiunea de legi procesual penale materiale este** nu momentul inițierii procesului, ci **momentul tempus commissi delicti**¹⁵.

În abordarea sensibilului punct al criteriului de referință temporală, și G. Levasseur crede că anume "cristalizarea" situației juridice a inculpatului are loc în chiar ziua comiterii infracțiunii, singurul reper apt să înlăture

⁶ Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p.75.

⁷ Beulke W., *Strafprozessrecht*, 11. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, p.4-5.

⁸ Bouloc B., *op.cit.*, p.167.

⁹ O curte de apel franceză statua că dispozițiile art. 639 C.proc.pen. francez privind vânzarea definitivă a bunurilor contumacelui este o regulă de formă, iar Curtea de Casație a casat decizia, estimând că dispozițiile respective ating în mod egal și fondul. A se vedea Bouloc B., *op.cit.*, p. 167.

¹⁰ *Crim.*, 9 avril 1970, Bull. n. 115, p. 267, citată de G. Levasseur, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps* în "En hommage a Jean Constant", Faculté de Droit de Liège, 1971, p.206.

¹¹ Cordero F., *Procedura penale*, Settima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 408.

¹² G. Levasseur, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps* în "En hommage a Jean Constant", Faculté de Droit de Liège, 1971, p.206-207.

¹³ Siniscalco M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, p. 120.

¹⁴ *Código de processo penal*, Antunes M.J., 21.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 22.

¹⁵ Carvalho A.A.T., *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 365.

riscul arbitrariului. Autorul oferă exemplul cuiva care nu este încă condamnat în primă instanță, dar puterea publică decide să îl supună unor reguli de competență mai aspre (de exemplu să fie încredințat unei jurisdicții militare)¹⁶.

Pentru existența succesiunii de legi penale materiale contează luarea în considerare a legii în vigoare (legea veche) la momentul de referință ales (*tempus delicti*) și a legii în vigoare în momentul în care se aplică respectiva dispoziție procesual penală materială (legea nouă). Dacă există o lege intermediară, aceasta nu este în vigoare nici la momentul comiterii faptei, dar nici în momentul aplicării dispoziției. Momentul aplicării este acel moment în care dispozițiile produc și își epuizează efectele juridice¹⁷.

Tempus delicti nu este doar un criteriu sau moment de referință, un simplu termen *ad quo*, ci reprezintă în mod sigur¹⁸ un concept cu o constantă natură teleologică, orientând sau influențând de fiecare dată stabilirea succesiunii de legi penale sau a succesiunii de legi procesual penale materiale. Chiar și în cazul liberării condiționate, acest aspect se verifică.¹⁹

5. Despre plângerea prealabilă și celelalte instituții procesual penale materiale. În Explicațiile teoretice ale Codului de procedură penală român (vol. VI), plângerea prealabilă este tratată ca o instituție ”cu caracter complex, aparținând dreptului penal, dar cu răsfăringeri în sfera dreptului procesual penal”²⁰, lucru care demonstrează caracterul ambivalent al instituției și în dreptul românesc, la fel ca în doctrinele vest-europene.

Aparent aplicabilitatea principiului legii mai favorabile depinde de apartenența normei juridice la un sector sau altul al dreptului penal, dar determinarea aplicării *lex mitior* nu se reduce exclusiv la acest criteriu, ci cuprinde și alte criterii, cum ar fi criteriul funcției pe care Constituția o atribuie interdicției de neretroactivitate (opinia lui Marinucci și Dolcini, Frigols i Brines) sau criteriului caracterului mixt (substanțial și procesual, totodată) ori limitativ de drepturi fundamentale al unei norme procesual penale materiale (opinia lui Taipa de Carvalho²¹, Frigols i Brines²², Tiedemann).

G. Bettiol se arată preocupat de raportul dintre procesul penal și cultură, subliniind că toată disciplina coerciției personale (detenție polițială, închisoare fără mandat, închisoare cu mandat) este o **funcție a unei opțiuni politice** între rațiunea de Stat și rațiunea individuală. În același registru, în doctrina portugheză, Cavaleiro de Ferreira afirma că nu se poate spune că procesul penal are în mod fundamental și exclusiv o **natură formală și tehnică**²³. Tocmai acele dispoziții procesual penale care exprimă o opțiune politică a legiuitorului reprezintă norme procesuale materiale și, implicit, trebuie să respecte ca și normele penale incriminatorii sau sancționatorii rațiunea de garanție politică a cetățeanului în fața posibilului arbitrar legislativ, judiciar sau penitenciar. Se poate spune că *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*²⁴.

Taipa de Carvalho exemplifică astfel de **norme procesual penale materiale** ca fiind cele cuprinse în următoarele instituții: plângerea, prescripția, speciile de probă, gradele de recurs, arestarea preventivă, liberarea condiționată. Autorul observă că ele fie condiționează efectivitatea răspunderii penale, fie influențează în mod direct drepturile inculpatului sau ale condamnatului.

Frigols i Brines subliniază că esențialul discuției nu constă în apartenența sau etichetarea unor instituții juridice la dreptul penal material sau la dreptul penal formal, ci în efectele de amplificare a puterii punitive a Statului, care trebuie supuse interdicției de neretroactivitate defavorabilă, interdicție care în Spania are rang constituțional expres și inechivoc în art.9 alin.3 și art.25 alin.1 (spre deosebire de dispozițiile confuze ale art.15 alin.2 din Constituția României în legătură cu legea care dispune pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile).

Este ilustrativă pentru nivelul de paradox ce poate fi atins de analiza naturii juridice a prescripției remarcă unui procesualpenalist spaniol (Gomez de Orbaneja) care se întreba retoric dacă în prescripție nu există urmăribilitate pentru că lipsește pedepsibilitatea sau nu există pedepsibilitate pentru că lipsește urmăribilitatea²⁵. Pentru Frigols i Brines nu contează dezlegarea naturii juridice, cel puțin în ce privește interdicția de neretroactivitate defavorabilă, întrucât și urmăribilitatea chiar fără pedepsibilitate determină anumite limite ale lui *ius puniendi*. Concluzia este că distincția dintre garanțiile procesuale și cele de drept material nu se justifică, ambele sunt irenunciabile pentru protecția libertății subiectului supus sancțiunii penale și sunt la fel de substanțiale și substantive ca orice alte

¹⁶ Levasseur G., *op.cit.*, p.210.

¹⁷ Carvalho A.A.T., *op.cit.*, p. 370.

¹⁸ *Idem*, p. 375.

¹⁹ O opinie contrară aparține lui G. Levasseur, *op.cit.*, p. 246, pentru care momentul de referință la liberarea condiționată este fie rămânerea definitivă a sentinței de condamnare, fie momentul la care s-a luat decizia de liberare. Notă menționată în Carvalho A.A.T., *op.cit.*, p. 373, nota 487.

²⁰ Dongoroz V. & colectiv, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român, Partea specială*, Volumul VI, ediția a II-a, Ed. Academiei Române, Ed. All Beck, București, 2003, p. 100.

²¹ Carvalho A.A.T., *op.cit.*, p. 351.

²² Frigols i Brines E., *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho Penal Español*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p.354.

²³ Pinheiro R., Mauricio A., *A Constituição e o processo penal*, Ed. Diabril, 1976, reimp. 2007, Coimbra Editora, 2007, p.11-12.

²⁴ Carvalho A.A.T., *op.cit.*, p.362.

²⁵ Frigols i Brines E., *op.cit.*, p.362.

drepturi²⁶. În opinia lui Frigols instituțiile ce se pot examina în lumina principiului neretroactivității defavorabile se pot clasifica în două categorii: cele care afectează determinarea faptului punibil și al sancțiunii sale și cele care afectează grav alte drepturi fundamentale decât cele afectate de sancțiune²⁷.

Se mai ridică o chestiune ce merită subliniată, anume că dubiul asupra naturii juridice a unei instituții sau dispoziții din legea penală sau procesual penală nu ar trebui să îngreuneze situația juridică a inculpatului, ci dimpotrivă. Rațiuni de humanitas ar trebui să îndemne legiuitorul sau interpretul să ia în considerare trendul european remarcat de Taipa de Carvalho, **curent doctrinar care distinge normele procesual penale materiale de normele procesual penale formale**. Se impune, așadar, o nouă exigență metodologică care înlătură regula *tempus regit actum* sau *tempus regit iudicium*: principiile neretroactivității defavorabile și al retroactivității favorabile sunt egal aplicabile și succesiunii de legi procesual penale materiale²⁸. Pe lângă autorii menționați deja se mai înscriu în curentul european menționat italienii M. Siniscalco, M. Leone și M. Cappelletti, germanii R. Schmitt și Schreiber²⁹.

M. Siniscalco aduce în discuție că dispozițiile art.25 alin.2 din Constituția Italiei (ce impune neretroactivitatea legii penale) se aplică pentru identitate de rațiune garantistică **în aceiași termeni și în cadrul procesual**, însă nu cu referire la un întreg sector sau ramură de drept, ci doar cu privire la un grup de dispoziții "care se aplică în dauna inculpatului"³⁰. Pentru a circumstanția ce înseamnă formula doctrinară "în dauna inculpatului", se face trimitere la instituția analogiei, interzisă după cum se știe în domeniul dreptului penal (analogia in malam partem), dar permisă în procedură. Totuși, dispozițiile care restrâng libertatea personală sunt supuse și ele interdicției de analogie, întrucât normele care limitează exercițiul unor drepturi procesuale recunoscute de lege sunt norme excepționale, inaplicabile prin analogie³¹. Iată cum la o analiză mai atentă se învederează că unele reguli și principii sunt comune atât dreptului penal, cât și procedurii, după cum problema izvoarelor de drept nu se pune în termeni diferiți în aceste două sectoare ale ordinii juridice³².

În doctrina franceză, vocea singulară a lui G. Levasseur critică artificiala deosebire a legilor penale materiale de legile penale de formă, categoria acestora din urmă "zise de formă" fiind considerată "complexă și eterogenă". Autorul găsește 4 subcategorii ale legilor represive de formă: legile referitoare la organizarea judiciară și la competență (1), legile referitoare la conduita (desfășurarea) procesului penal (2), legile referitoare la decizie și la probele pe care ea se sprijină (3) și legile referitoare la modalitățile de executare a pedepselor și a măsurilor de siguranță (4)³³.

Referitor la prima subcategorie, printre legile referitoare la organizarea judiciară și la competență se pot întâlni și legile care separă funcțiile judiciare, dar și cele care restrâng ideea judecătorului natural, idee "profund ancorată în conștiința publică franceză". Judecătorul natural este acela pe care legea îl desemnează la momentul zilei infracțiunii, nu cel pe care legea îl desemnează ulterior³⁴.

Privitor la a doua categorie, autorul francez critică soluțiile legislative care aplică retroactiv nulitatea sau invalidarea de către legea nouă a unor acte de cercetare și a unor măsuri deja efectuate. Legile cu privire la punerea în mișcare a acțiunii penale lasă loc unor reflecții interesante: autorul francez nu crede că este just ca victima infracțiunii sau denunțatorul care au început formalitățile necesare să nu mai poată determina punerea în mișcare a acțiunii penale, cu atât mai mult cu cât îi putem considera beneficiari ai teoriei drepturilor câștigate, dacă ei aveau aceste drepturi la data comiterii infracțiunii³⁵. Tot în conduita procesului penal se înscriu și regulile privind calitatea și rangul magistratului instructor, asistența avocatului, relația avocat-client (întreținerea de conversații, caracterul lor secret), accesul la dosar, dreptul de a chestiona martorii, condițiile de fond și de durată ale arestării preventive, care interesează în mod direct drepturile apărării și căutarea adevărului³⁶.

Cu privire la a treia categorie de legi represive, menționăm doar discuția cu privire la legile ce reglementează regimul probelor³⁷. Acestea acoperă un domeniu larg, de la sarcina probei, la stabilirea, restrângerea, înlăturarea unor prezumții, de la forța probantă a unui mijloc de probă sau procedeu probatoriu la domeniul de acțiune al intimei convingeri. Și Curtea Supremă a SUA a reținut în cauza *Hopt vs. Utah* (110 US 574, 1884) că o lege care lărgeste sfera persoanelor ce pot testa nu conferă caracter penal unor fapte deja comise, nici nu mărește pedeapsa și nici nu scade cantitatea de probă necesară pentru condamnare, astfel că nu intră sub interdicția constituțională a neretroactivității (cf. art. 1 secțiunile 9 alin. 3 și 10 alin. 1 din Constituția SUA). Implicit Curtea Supremă a înțeles să

²⁶ *Idem*, p. 359.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Carvalho A.A.T., *op.cit.*, p.358.

²⁹ *Idem*, p. 358-359.

³⁰ Siniscalco M., *op.cit.*, p. 120.

³¹ *Idem*, p. 121.

³² *Ibidem*.

³³ Levasseur G., *op.cit.*, p.207.

³⁴ *Idem*, p.210.

³⁵ *Idem*, p.213.

³⁶ *Idem*, p.225.

³⁷ *Idem*, p.239.

afirme că o lege care, ulterior tempus delicti, ar mări pedeapsa sau ar scădea cantitatea de probă necesară ar fi aptă să înfrângă interdicția de neretroactivitate³⁸.

Ultima categorie, în accepțiunea lui G. Levasseur, a legilor penale de formă se referă desigur în mod larg la domeniul execuțional penal și restrâns la domeniul penitenciar, ceea ce excede și analizei noastre - domeniul lex mitior în faza administrativă sau judiciară a executării sancțiunilor de drept penal poate face obiectul unui demers aparte.

³⁸ I.Nefliu, *Geneza juridico-penală a principiului aplicării legii penale mai favorabile* în vol. *Conferința internațională a doctoranzilor în drept*, ediția a-8^a, Timișoara, 2016, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 408.

ASPECTE CONTROVERSATE ÎN PROCEDURA OBTÎNERII DATELOR FINANCIARE ALE UNEI PERSOANE*

Valentin TRIF**

Abstract: *Obtaining data on a person's financial transactions is one of the most severe intrusions in private life, so that the need to correlate criminal procedural law with these modern investigative methods, steps to ensure compliance between the criminal procedural regulation and the requirements of the fundamental law, both of these are edited in the Romanian Constitution as well as with the normative and jurisprudential requirements stemming from art. 8 of the European Convention on Human Rights*

Key words: evidence; financial transactions; controversy

1.1 Considerații generale cu privire la acest procedeu probatoriu

Această reglementare era necesară cu atât mai mult cu cât anterior datele privind tranzacțiile financiare ale unei persoane se obțineau în baza unei simple solicitări din partea procurorului sau a organelor de cercetare penală, datorită specificului infracțiunilor pentru dovedirea cărora organele judiciare au apreciat ca fiind utilă obținerea unor informații sau înscrisuri de la instituțiile bancare. Prin impunerea ca obținerea acestor date și informații să aibă loc doar în cazurile în care sunt autorizate astfel de măsuri, s-a creat cadrul legal potrivit căruia doar în situația existenței unor suspiciuni rezonabile cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, se poate utiliza acest mijloc probatoriu datorită ingerinței în dreptul la viață privată al persoanei prin raportare la importanța informațiilor sau a probelor ce urmează a fi obținute ori la gravitatea infracțiunii.

Prin acest procedeu probatoriu se pot obține de la instituțiile bancare date sau înscrisuri cu privire documentele care au stat la baza deschiderii conturilor, împuternicirii pe cont, tranzacțiile bancare efectuate prin cont (rulajul de cont) precum și înscrisurile în baza cărora au fost efectuate tranzacțiile (ex. foi de depunere sau ridicare numerar; transferuri bancare, etc.).

O precizare trebuie făcută cu privire la noțiunile „instituție de credit” și „entitate financiară” utilizate de către legiuitor deoarece obținerea autorizării din partea judecătorului de drepturi și libertăți vizează atât datele comunicate de către instituțiile bancare cât și de către orice altă entitate care deține date cu privire la operațiunile financiare ale unei persoane (ex. Western Union, societățile de leasing). Considerăm că această procedură trebuie urmată chiar și atunci când se solicită de la ANAF, date cu privire la operațiunile efectuate de către contribuabil prin contul de trezorerie, fiind vorba tot despre o operațiune financiară.

Totuși, este de arătat că procedura prevăzută de art. 146¹ C. proc. pen. nu ar trebui să se aplice atunci când se solicită de la ANAF situațiile care se depun de către contribuabil lunar, trimestrial sau anual avându-se în vedere că acestea au caracter informativ și relevă operațiunile cu conținut economic derulate într-o anumită perioadă de timp lipsind plățile și încasările dar și descrierea operațiunilor de creditare și debitare a contului.

În doctrină¹ s-a apreciat că este necesară autorizarea judecătorului de drepturi și libertăți și în cazurile în care se solicită a se cunoaște informații cu privire la existența sau închiderea unor conturi. Considerăm că această procedură specială nu este aplicabilă pentru a obține date cu privire la existența unui cont sau conținutul acestuia deoarece în acest caz procedura de urmat este aceea privind obținerea datelor privind situația financiară a unei persoane.

Obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane a fost reglementată pentru prima dată prin Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală², fiind introdusă în categoria metodelor speciale de supraveghere sau cercetare.

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

** Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e_mail: trif_valentin@yahoo.com

¹ Andra-Roxana Trandafir (Ilie), Marin Gabriel, Obținerea de informații ori înscrisuri de la instituțiile de credit în cursul urmăririi penale, p. 3, disponibil pe www.juridice.ro, consultat la dat de 24.02.2018, ora 19⁵⁴

² Art. 153 din Codul de procedură penală: „Procurorul poate solicita, cu încuviințarea prealabilă a judecătorului de drepturi și libertăți, unei instituții de credit sau oricărei alte instituții care deține date privind situația financiară a unei persoane comunicarea datelor privind existența și conținutul conturilor și a altor situații financiare ale unei persoane în cazul în care există indicii temeinice cu privire la săvârșirea unei infracțiuni și există temeiuri pentru a se crede că datele solicitate constituie probe.”

Art. 138 alin. 9 din Codul de procedură penală „Prin obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane se înțelege operațiunile prin care se asigură cunoașterea conținutului tranzacțiilor financiare și al altor operațiuni efectuate sau care urmează să fie efectuate prin intermediul unei instituții de credit ori al altei entități financiare, precum și obținerea de la o instituție de credit sau de la altă entitate financiară de înscrisuri ori informații aflate în posesia acesteia referitoare la tranzacțiile sau operațiunile unei persoane.”

Este de subliniat inconsecvența legiutorului care în legătură cu aceleași aspecte a prevăzut două proceduri respectiv una privind autorizarea și alta de încuviințare, lipsă de corelare care rezultă din prevederile art. 138 alin. 9 C. proc. pen., care prevedea o procedură de autorizare pentru *tranzacțiile financiare sau alte operațiuni efectuate sau care urmează a fi efectuate*, în timp ce prin art. 153 C. proc. pen., a fost reglementată o procedură de încuviințare atunci când se tindea obținerea unor *date privind situația financiară*, cu privire la *existența și conținutul conturilor și a altor situații financiare*.

Apare cel puțin surprinzătoare opțiunea legiutorului de a subsuma autorizării prin măsura supravegherii tehnice, obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane, pentru tranzacțiile efectuate în trecut, avându-se în vedere că, în limbaj uzual prin supraveghere se înțelege a urmări³ ceva ceea ce presupune desfășurarea unor activități în prezent și viitor fiind exclus trecutul.

Această inconsistență în reglementare a dat naștere unor situații controversate în practică, deoarece s-au întâlnit situații în care pentru același fel de operațiuni, judecătorii de drepturi și libertăți să se pronunțe diferit cu privire la solicitările procurorului. Astfel au fost întâlnite situații în care judecătorii au încuviințat măsura de supraveghere tehnică⁴, în altele a dispus autorizarea obținerii datelor privind operațiunile financiare ale unei persoane,⁵ existând și situații în care s-a prevăzut doar emiterea mandatului fără a se face referire la forma adoptată⁶.

Pe de altă parte, practica este neunitară și cu privire la ceea ce se autorizează de către judecătorul de drepturi și libertăți, deoarece în anumite situații s-a autorizat obținerea documentelor întocmite la momentul deschiderii conturilor inclusiv a fișelor cu specimenele de semnături a persoanelor împuternicite să efectueze operațiuni în conturile bancare, a datelor privind titularii cardurilor bancare emise pentru contul respectiv cât și a beneficiarilor reali⁷ iar în alte situații, cu privire la aceleași aspecte, s-a apreciat că se circumscriu condițiilor art. 153 C. proc. pen. care nu necesită autorizare din partea judecătorului deoarece pot fi obținute doar în baza ordonanței procurorului⁸.

Considerăm că trebuie făcută diferența între documentele depuse la deschiderea sau închiderea unui cont și documentele care poartă o urmă a operațiunilor bancare efectuate de către o persoană, care ar atrage și un regim juridic diferit în legătură cu modul de obținere.

Astfel, considerăm că, *de lege ferenda*, ar trebui reglementat fără echivoc faptul ca în cazul documentelor depuse la deschiderea sau închiderea unui cont, acestea să poată fi obținute prin procedura predării de înscrisuri prevăzută de art. 170 din Codul de procedură penală și doar în situația în care se solicită obținerea unor documente din care reies operațiunile bancare să se solicite autorizarea judecătorului de drepturi și libertăți.

Susținem acest lucru avându-se în vedere că, modul în care este reglementată în cuprinsul art. 138 alin. 9 din Codul de procedură penală noțiunea de tranzacții financiare ne îndreptățește pentru a concluziona în acest sens.

Considerăm că ar trebui modificată reglementarea în sensul că pentru tranzacțiile financiare care au fost efectuate în trecut, judecătorul să încuviințeze obținerea acestora și doar pentru situațiile în care se impune supravegherea operațiunilor financiare pentru viitor să fie necesară emiterea unor mandate de supraveghere tehnică deoarece presupune observarea în continuare a tranzacțiilor.

Ulterior, urmare modificărilor aduse Codului de procedură penală prin OUG nr. 18/2016, s-a făcut diferența între obținerea datelor privind tranzacțiile financiare și cele privind situația financiară a unei persoane în sensul că în legătură cu aceasta din urmă s-a apreciat *nu este o procedură intruzivă de natura aceloră care reclamă garanția reprezentată de autorizarea dată de un judecător de drepturi și libertăți și întrucât mandatul de supraveghere tehnică nu era o procedură adecvată în această materie*, a fost introdus art. 146¹ C. proc. pen., care reglementează procedura obținerii de date privind *tranzacțiile financiare* ale unei persoane. Cu toate că nu se mai vorbește de un mandat de supraveghere tehnică, textul de lege prevede însă necesitatea unui *mandat*, obținut în condiții similare cu autorizarea supravegherii tehnice⁹.

În prezent, față de modul în care a fost reglementată obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane se poate vorbi despre faptul că deși este scoasă din categoria mijloacelor de supraveghere tehnică prevăzute de art. 138 din Codul de procedură penală, fiind vorba despre o metodă specială de cercetare¹⁰, în realitate procedura de urmat pentru autorizare este aceeași cu cea utilizată în cazul supravegherii comunicărilor, la care se face trimitere prin articolul în care este reglementat acest procedeu probatoriu (art. 146¹ C. proc. pen.).

³ Dex.ro, consultat la data de 24.02.2018, ora 22⁰¹.

⁴ În acest sens, Curtea de Apel București-Secția a I-a Penală, Înceierea din data de 16.02.2017 pronunțată în dos. nr. 1253/2017, nepublicată.

⁵ În acest sens, Curtea de Apel București-Secția a I-a Penală, Înceierea din data de 14.07.2016 pronunțată în dos. nr. 5012/2016, nepublicată.

⁶ În acest sens, Tribunalul București-Secția a I-a Penală, Înceierea din data de 28.02.2017 pronunțată în dos. nr. 6849/3/2017, nepublicată.

⁷ În acest sens, Înalta Curte de Casație și Justiție București-Secția Penală, Înceierea nr. 149 din data de 03.11.2016 pronunțată în dos. nr. 135/2016, nepublicată.

⁸ În acest sens, Tribunalul București-Secția a I-a Penală, Înceierea din data de 28.03.2017 pronunțată în dos. nr. 10676/3/2017, nepublicată.

⁹ În acest sens Marius Bulancea, Radu Slăvoiu, în Mihail Udriou (coord.), Codul de procedură penală. Comentariu pe articole, ediția a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 713 și urm.

¹⁰ În acest sens, Mihail Udriou, *Procedură penală. Partea generală*, Editura CH Beck, București, 2017, p. 469 și urm.

Trebuie făcută mențiunea că obținerea datelor cu privire la tranzacțiile financiare ale unei persoane reprezintă o ingerință în viața privată a individului aspect evidențiat în mod constant în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului reținând încălcarea art. 8 datorită *condițiilor permissive necesare pentru a inspecta un cont bancar, scopul larg al cererii privind o astfel de informație, dezvăluirea ulterioară a acestor date și stocarea continuă a datelor cu caracter personal, precum și insuficiența mijloacelor procedurale de protecție a persoanelor vizate*¹¹.

1.2 Procedura utilizată pentru obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane

1.2.1 Rolul procurorului în etapa premergătoare emiterii autorizației

Potrivit 146¹ din Codul de procedură penală, procurorul dacă apreciază necesar obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane, întocmește un referat cu propunerea de autorizare a obținerii acestora. Deși nu se prevede în mod expres, împreună cu propunerea formulată, procurorul este obligat să înainteze și dosarul cauzei întrucât doar în această modalitate judecătorul de drepturi și libertăți are posibilitatea de a cunoaște toate aspectele cauzei și poate verifica în ce măsură cele prezentate în referat de către procuror, rezultă din probele administrate până la acel moment. În sprijinul acestui argument arătăm că potrivit art. 287 alin. 2 C. proc. pen. în situațiile în care procurorul sesizează judecătorul de drepturi și libertăți în vederea soluționării propunerilor formulate în cursul urmăririi penale trebuie să înainteze copii numerotate și certificate de pe actele dosarului sau numai după cele care au legătură cu cererea. Considerăm că este exclus ca această propunere să fie efectuată de către organele de cercetare penală iar procurorul să vizeze această solicitare.

În cuprinsul propunerii prin care a solicitat autorizarea obținerii datelor privind tranzacțiile financiare, procurorul trebuie să prezinte motivele care justifică obținerea acestora arătând că: există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni; măsura este necesară și proporțională cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale, date fiind particularitățile cauzei, importanța informațiilor sau a probelor ce urmează a fi obținute ori gravitatea infracțiunii; probele nu ar putea fi obținute în alt mod sau obținerea lor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta ori există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare.

Este necesar ca, înainte de a se formula propunerea privind autorizarea obținerii datelor privind tranzacțiile financiare, procurorul să dispună, în temeiul art. 153 C.proc. pen. comunicarea de către instituția financiară a datelor de identificare a contului (IBAN, titular, etc.) spre a fi ulterior inserate în cuprinsul referatului care urmează a fi trimis instanței.

Obligativitatea indicării datelor de identificare ale contului, rezultă din norma de trimitere, respectiv art. 140 alin. 5 lit. g C. proc. pen. care descrie procedura de emitere a mandatului de supraveghere tehnică unde se prevede necesitatea indicării numărului de cont. Simpla indicare a unor instituții bancare la care persoanele fizice sau juridice vizate de măsură, ar avea conturi, nu este suficientă, în condițiile în care indicarea contului este o condiție prevăzută de legislația în materie care trebuie să se regăsească în cuprinsul încheierii judecătorului și a mandatului emis¹².

1.2.2 Procedura de emitere a mandatului privind autorizarea obținerii datelor privind tranzacțiile financiare

Referatul procurorului cu propunerea de autorizare a obținerii datelor privind tranzacțiile financiare se înaintează judecătorului de drepturi și libertăți din cadrul instanței căreia i-ar reveni competența să judece cauza în prima instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află sediul parchetului din care face parte procurorul care a întocmit propunerea.

În ceea ce privește competența judecătorului de drepturi și libertăți aceasta se stabilește în funcție de situația de fapt reținută de către procuror, excepție făcând situația în care din actele dosarului reiese posibila participare penală a unei persoane care are calitate specială (parlamentar, magistrat, avocat, etc.) situație în care se va stabili competența de soluționare în funcție de calitatea acestei persoane.

În situația în care, pe baza probelor prezentate de către procuror, judecătorul de drepturi și libertăți apreciază că propunerea este întemeiată, se pronunță prin încheiere cu privire la admiterea cererii și pe cale de consecință emite mandatul prin care autorizează obținerea datelor privind tranzacțiile financiare.

Dacă judecătorul de drepturi și libertăți apreciază că cererea procurorului nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege, va dispune prin încheiere respingerea acesteia, o nouă cerere pentru aceleași motive fiind inadmisibilă.

Cu privire la faptul dacă încheierea prin care judecătorul de drepturi și libertăți se pronunță asupra solicitării procurorului de autorizare, în doctrină într-o opinie s-a apreciat că nu este supusă căilor de atac indiferent de soluția pronunțată¹³ iar în sens contrar s-a motivat că persoanele care nu au calitate în dosar beneficiază în prezent o cale de atac privind legalitatea administrării unei astfel de probe¹⁴.

¹¹ Cauza Sommer vs Germania, disponibilă pe <https://jurisprudencedo.com>, consultat la data de 18.02.2018, ora 11¹⁵.

¹² În acest sens, Tribunalul București – Secția I-a Penală, Încheierea din 02.03.2017, pronunțată în dosarul nr. 7229/3/2017, nepublicată.

¹³ Mihail Udriou, *op.cit.*, p. 474.

¹⁴ Andra-Roxana Trandafir (Ilie), Marin Gabriel, *op.cit.*, p. 15.

Considerăm că trebuie făcută diferență între persoanele care sunt părți sau subiecți procesuali în procesul penal, care au posibilitatea de a invoca pe cale de excepție în procedura Camerei preliminare legalitatea încheierii prin care a fost autorizată obținerea datelor și informațiilor privind tranzacțiile comerciale în situația în care au fost încălcate normele de competență personală sau materială¹⁵. Apreciem că în procedura Camerei Preliminare nu poate fi verificată temeinicia încheierii prin care a fost admisă cererea procurorului privind autorizarea respectiv dacă raportat la probele prezentate se impunea emiterea mandatului.

În schimb, în cazul persoanelor care nu au posibilitatea de a formula excepții în procedura Camerei Preliminare, considerăm că ar trebui reglementată posibilitatea acestora de a putea contesta legalitatea încheierii prin care au fost autorizate măsurile prin care se urmărește obținerea datelor privind tranzacțiile financiare deoarece **„ori de câte ori se aduce o atingere unui interes legitim al unei persoane, această persoană trebuie să aibă posibilitatea să se poată adresa instanței cu o acțiune în care să pună în discuție încălcarea astfel suferită și să obțină, dacă este cazul, reparația corespunzătoare**, chiar dacă, în unele cazuri, acțiunea exercitată îmbracă forma unei căi de atac împotriva unei hotărâri judecătorești”¹⁶.

Avându-se în vedere că în textul legal se face mențiunea că autorizarea poate fi dispusa pe o durată de cel mult 30 de zile și vizează „tranzacțiile ce urmează a fi efectuate” așa cum arătat anterior considerăm de lege ferenda că ar trebui modificate aceste prevederi legale în sensul că pentru tranzacțiile deja efectuate să nu mai fie prevăzută o durată de valabilitate a mandatului deoarece vizează fapte illo tempore avându-se în vedere că la momentul solicitării, procurorul este obligat să indice perioada din trecut în care au fost efectuate tranzacțiile suspecte.

Doar în situația în care tranzacțiile financiare urmează a fi urmărite pentru viitor, este utilă stabilirea termenului de 30 zile în care pot fi desfășurate activitățile. Un argument în plus pentru susținerea acestei teze este și faptul că legiuitorul a prevăzut posibilitatea prelungirii cu privire la aceeași persoană a perioadei autorizate, fără a depăși 6 luni de zile, situație în care apare ca fiind lipsit de logică să existe o necesitate de continuare a activităților de obținere a unor date și documente retroactive în condițiile în care instituțiile bancare sunt obligate să le pună la dispoziția organelor de urmărire penală la solicitarea acestora.

O inconsecvență legislativă este și prevederea potrivit căreia ceea ce se prelungește este mandatul prin care este autorizată obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ce urmează a fi efectuate deși în realitate ceea ce se prelungește, de către judecător prin încheiere, este perioada de timp pentru care se pot efectua activitățile.

Similar autorizării supravegherii comunicațiilor, a fost prevăzută posibilitatea procurorului de a dispune prin ordonanță provizorie ca instituțiile financiare să predea datele privind tranzacțiile financiare efectuate sau care urmează a fi efectuate. Această excepție de la regula potrivit căreia doar judecătorul de drepturi și libertăți poate dispune în situațiile în care sunt afectate drepturile fundamentale ale persoanei, a fost prevăzută doar în cazurile în care exista urgență, iar obținerea mandatului ar conduce la o întârziere substanțială a cercetărilor, la pierderea, alterarea sau distrugerea probelor ori ar pune în pericol siguranța victimei sau a altor persoane. Totuși în considerarea protejării dreptului la viață privată, s-a prevăzut obligativitatea pentru procuror de a prezenta, în termen de 24 ore de la expirarea măsurii, judecătorului ordonanța spre a se pronunța cu privire la confirmarea sau infirmarea acesteia.

Ar părea ca fiind justificată opțiunea legiuitorului de a permite procurorului obținerea cu titlu provizoriu a posibilității de a cunoaște tranzacțiile pe care o persoană urmează să le efectueze, nu de puține ori dinamica activității infracționale impunând luarea unor măsuri urgente. Ceea ce pare de neînțeles este în a considera ca fiind urgente măsurile privind obținerea unor date cu privire la tranzacții deja efectuate, care să justifice luarea măsurilor excepționale de către procuror în condițiile în care vorbim despre operațiuni derulate prin intermediul unor instituții financiare care au obligativitatea de a păstra și arhiva datele informatice și documentele cu privire la tranzacțiile financiare.

Pentru emiterea mandatului este necesar să fie începută urmărirea penală chiar și cu privire la fapta, indiferent de forma de vinovăție sau de limitele de pedeapsă, nefiind necesar să existe suspect sau inculpat în cauză.

Legiuitorul român a reglementat principiul proporționalității acestei măsuri raportat la modul în care se aduce atingere dreptului la viață privată în funcție de specificul cauzei dar și informațiile care se pot obține cât și de caracterul intruziv al mijloacelor de cercetare specială utilizate. Această ingerință în viața privată trebuie să aibă caracter subsidiar și doar în măsura în care nu este posibilă obținerea altor mijloace de probă care nu ar presupune o imixtiune atât de gravă.

Legiuitorul a limitat ingerința autorităților în viața privată a persoanelor interzicând obținerea datelor privind tranzacțiile financiare dintre avocat și suspect, inculpat sau orice altă persoană pe care acesta o apără, cu excepția situațiilor în care există date că avocatul săvârșeste sau pregătește săvârșirea unei infracțiuni. În vederea respectării privilegiului avocat-client, în situația în care sunt obținute probe cu încălcarea acestuia, acestea trebuie excluse deoarece nu pot fi utilizate în procesul penal.

¹⁵ În acest sens, *Înalta Curte de Casație și Justiție-Secția Penală*, dosar nr. 1692/1/2017/a1, *Încheierea din data de 22.01.2018*, nepublicată.

¹⁶ Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 244/2017, disponibilă pe https://ccr.ro/files/products/decizia_2441.pdf, consultat la data de 25 februarie 2018, ora 19¹¹.

Din modul în care este reglementată procedura de obținere a datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane, se poate deduce că aceasta poate fi folosită doar în faza de urmărire penală, fiind exclusă în faza de judecată. Totuși în situația în care, spre exemplu, în faza de judecată se dispune efectuarea unei expertize financiar-contabile și se constată necesitate obținerii datelor privind tranzacțiile financiare ale unor persoane, se pune întrebarea firească care va fi procedura de urmat.

În tăcerea legii, apreciem că, în virtutea principiului cine poate mai mult poate și mai puțin, instanța de judecată investită cu judecarea cauzei poate dispune predarea de către instituția financiară a datelor necesare lămuririi cauzei cu ocazia efectuării expertizei financiar-contabile. Tocmai de aceea considerăm că se impune reglementarea acestei situații prezentate ipotetic mai sus cu privire la posibilitatea judecătorului fondului de a solicita predarea acestor date și documente.

1.2.3 Modalitatea de obținere a datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane

După emiterea de către judecătorul de drepturi și libertăți a mandatului, acesta este transmis procurorului care ia măsuri în vedere punerii în executare. Spre deosebire de domeniul supravegherii tehnice unde mandatul este pus în executare de către lucrători de poliție judiciară, în cazul obținerii datelor și documentelor privind tranzacțiile financiare, ordonanța procurorului prin care dispune predarea datelor sau informațiilor indicate în mandat, se aduce la îndeplinire de către instituția bancară care este obligată să se conformeze celor dispuse de către procuror.

Contrar opiniei exprimate în doctrină¹⁷, apreciem că nu este necesar ca procurorul să trimită instituției bancare și mandatul emis de către judecătorul de drepturi și libertăți avându-se în vedere că a fost autorizată utilizarea unui procedeu probatoriu prin limitarea în timp a intruziunii în viața privată, astfel că în situația în care în ordonanța procurorului sunt indicate datele din mandat precum și perioada autorizată nu se încalcă drepturile constituționale ale celui vizat de măsură. Procurorul poate dispune doar prin ordonanță ca instituția financiară să-i predea datele sau documentele, fiind exclusă o solicitare sub forma unei adrese¹⁸.

Trebuie făcută mențiunea că prin ordonanța procurorului, emisă în conformitate cu actul de autorizare, trebuie indicate datele și documentele care vizează tranzacții deja efectuate, care urmează a fi comunicate de către instituția financiară precum și termenul până la care se impune aducere la îndeplinire a dispozițiilor procurorului. Este evident că acest termen trebuie să fie în interiorul celui de 30 zile din mandatul emis de către judecător. Există posibilitatea ca instituția bancară, din diferite motive să nu respecte termenul stabilit de către procuror și să comunice informațiile sau documentele după termenul prevăzut în mandat și fără a exista o prelungire a acestui termen. În această situație, considerăm că proba obținută în aceste condiții trebuie exclusă din cauza penală și evident înlăturată din dosar avându-se în vedere că a fost nelegal administrată.

În schimb, pentru situația în care se urmărește obținerea datelor privind tranzacții viitoare, avându-se în vedere că operațiunile din contul bancar sunt urmărite în timp real¹⁹ acestea trebuie aduse la cunoștința organelor judicare chiar înainte de a fi procesate de către instituția bancară astfel că ordonanța procurorului în care sunt detaliate operațiunile autorizate, este trimisă instituției financiare în vederea punerii în executare.

Se impun a fi făcute precizări cu privire la persoanele ale căror tranzacții financiare pot fi obținute de către procuror. Este evident că subiect al acestei măsuri poate fi suspectul sau inculpatul însă nimic nu împiedică ca solicitarea să vizeze și persoane care nu au calitate în dosar cu privire la care însă există indiciu că ar fi realizat tranzacții cu persoanele vizate de ancheta penală. Avându-se în vedere gradul de ingerință în viața privată a persoanei considerăm că atunci când se apreciază că se impune solicitarea autorizării și pentru alte persoane decât cele bănuite de comiterea faptelor penale, trebuie aduse argumente puternice care să justifice o astfel de măsură intruzivă.

Despre efectuarea activităților autorizate, procurorul are obligația de a informa în cel mult 10 zile de la expirarea duratei de autorizare, în scris, persoanele care au făcut obiectul unui mandat despre măsura ce a fost luată în privința lor, cu posibilitatea persoanei ale cărei tranzacții financiare au fost vizate de măsură să ia cunoștință de activitățile efectuate. Similar procedurii privind supravegherea comunicărilor, procurorul are posibilitatea de a dispune prin ordonanță ca această comunicare să fie amânată până la un anumit termen dar nu mai târziu de finalizarea cercetărilor și adoptarea unei soluții.

Datele și documentele privind tranzacțiile financiare comunicate de către instituțiile financiare, vor putea fi valorificate în dosarul în care au fost solicitate fără a fi necesară o procedură specială în acest sens, acestea având natura juridică a unor mijloace de probă. De altfel în ceea ce privește extrasul conturilor acestea pot fi valorificate în cuprinsul unei expertize financiar-contabile. În situația în care se urmăresc doar anumite tranzacții bine determinate, pentru lămurirea cărora nu sunt necesare cunoștințele unui expert, apreciem că datele obținute din examinarea rulajului de cont pot fi valorificate în dosarul penal în cuprinsul unui proces-verbal care până la înscrierea în fals se bucură de prezumția de autenticitate.

¹⁷ Andra-Roxana Trandafir (Ilie), Marin Gabriel, *op.cit.* p. 16.

¹⁸ În sens contrar, Andra-Roxana Trandafir (Ilie), Marin Gabriel, *op. cit.* p. 16.

¹⁹ În acest sens Chiriță Cătălin-Mihai și Uzlău Andreea-Simona în Volonciu Nicolae și colectiv, *Codul de procedură penală comentat*, ediția a 3-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2017 p. 393.

Considerăm că necesită explicații suplimentare situațiile în care se solicită instituțiilor bancare predarea înregistrările video de la bancomate sau din interiorul băncilor spre a fi utilizate ca mijloace de probă pentru identificarea persoanelor bănuite de comiterea unor fapte penale (ex. infracțiuni informatice; infracțiuni rutiere, etc.).

Este necesară precizarea că în situația în care înregistrările video conțin informații cu privire la clienții instituției bancare, putem vorbi despre existența unor tranzacții financiare fiind necesară emiterea unui mandat de către judecător avându-se în vedere că potrivit art. 111 alin. 1 din OUG nr. 99/2006, secretul bancar este independent de modalitatea și scopul utilizării acestor informații cu caracter special²⁰. Avându-se în vedere că potrivit legislației bancare se consideră client al unei instituții de credit, orice persoană cu care, în desfășurarea activităților specifice, instituția de credit a negociat o tranzacție, chiar dacă respectiva tranzacție nu s-a finalizat și orice persoană care beneficiază de serviciile unei instituții de credit, inclusiv persoanele care au beneficiat în trecut de serviciile unei instituții de credit²¹, rezultă că noțiunea de client este mult mai vastă și se referă chiar la persoane care în mod întâmplător s-au aflat în relații cu instituția bancară, deși nu existau relații contractuale cu banca.

În schimb, pentru situațiile în care prin obținere înregistrărilor video se urmărește spre exemplu identificarea unor persoane bănuite de comiterea unor fapte penale considerăm că nu este necesar ca judecătorul de drepturi și libertăți să emită mandat, fiind suficientă ordonanța procurorului prin care s-a dispus în temeiul art. 170 C. proc. pen. predarea acestor înregistrări. Astfel, nu orice solicitare pentru furnizarea de către instituția de credit a unor înregistrări video aduce atingere dispozițiilor cu privire la dezvăluirea secretului profesional bancar urmând a se aprecia în fiecare situație modalitatea în care urmează a se proceda, în funcție de gradul de ingerință în viața privată a persoanei precum și de informațiile pe care le conțin înregistrările video.

²⁰ Andra-Roxana Trandafir (Ilie), Marin Gabriel, *op. cit.*

²¹ Art. 111 alin. 2 din OUG nr. 99/2006, actualizată.

ASPECTE DOCTRINARE ȘI JURISPRUDENȚIALE PRIVIND MĂSURILE DE SUPRAVEGHERE ȘI OBLIGAȚIILE IMPUSE DE INSTANȚĂ ÎN CAZUL AMÂNĂRII APLICĂRII PEDEPSEI ȘI SUSPENDĂRII EXECUTĂRII PEDEPSEI SUB SUPRAVEGHERE*

Mihai MAREȘ*

Motto: „Probation is a less well-known branch of our justice system, compared with, say, police and prisons, but that doesn't make it any less important. Hundreds of thousands of offenders each year are rehabilitated back into society by probation, which is crucial for the public's safety.” (Sadiq Khan, în prezent Primarul Londrei)¹

Abstract: *The present paper aims at examining the configuration of the probation measures and obligations that are comprised in the individualisation modalities of deferred sentence and suspended sentence on probation, both in theoretical terms and in the light of their enforcement dynamics. For a thorough understanding of the current lawmaker's design of these criminal law institutions, the prior establishing of several diachronic regulatory elements at national level as well as the indication of certain international legal instruments that set standards in these matters are required, which reflect the regulatory evolution of these alternative forms to the custodial sentence. Furthermore, the cumulative conditions for ordering the deferred sentence and suspended sentence on probation as well as the content of the related probation measures and obligations are outlined. Finally, the conditions for modifying or terminating the obligations imposed by the court of law are analysed, especially from the case-law perspective, by pointing out various issues of law encountered in the course of resolving applications submitted in this respect.*

Key words: *alternative sanction; probation measures and obligations; deferred sentence; suspended sentence on probation.*

1) Introducere

Dinamismul evoluției societății atrage după sine o inevitabilă metamorfoză a instituțiilor de drept. Astfel, legiuitorul român, prin Legea nr.286/2009 privind Codul Penal, a reglementat instituțiile amânării aplicării pedepsei și suspendării executării pedepsei sub supraveghere, cu rolul de a satisface principalul scop al pedepselor în sistemul penal, reflectat în considerarea pedepsei ca mijloc de reeducare a condamnatului. S-a urmărit prin introducerea acestor instituții, „reintegrarea socială a infractorului prin mijloace alternative la executarea pedepsei”, caracterul proporțional al pedepsei fiind necesar a se reflecta și prin modul de executare al acesteia, astfel cum s-a menționat în Expunerea de motive a Codului penal².

Din punctul de vedere al naturii juridice, s-a afirmat în literatura de specialitate că, dintre cele două instituții amintite, doar suspendarea executării pedepsei sub supraveghere constituie o veritabilă modalitate de individualizare judiciară a executării pedepsei, în timp ce amânarea aplicării pedepsei reprezintă „o măsură de individualizare a pedepsei (...) întrucât, în acest caz, instanța nu va dispune o soluție de condamnare, ci doar stabilește pedeapsa și amână aplicarea ei”³.

În ceea ce privește procedura prin care se aduc la îndeplinire în mod efectiv aceste măsuri, Legea nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, a măsurilor educative și a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal reglementează procedeele prin care se execută efectiv fiecare măsură de supraveghere și obligație impusă de instanță în cazul amânării aplicării pedepsei și suspendării executării pedepsei sub supraveghere.

În cuprinsul prezentului articol vom proceda la o analiză-bisturiu asupra efectelor legiferării acestor modalități de individualizare, concentrându-ne demersul expozitiv asupra măsurilor de supraveghere și obligațiilor impuse de

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul “Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

* Doctorand în drept procesual penal, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Avocat coordonator, ”Mareș/Danilescu/Mareș, Baroul București; e-mail: mihai.mares@mares.ro

¹ Khan S., *Chris Grayling's probation privatisation is a reckless gamble with public safety*, în „The Guardian”, 30 mai 2014, consultat la: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/30/probation-service-privatisation-plans-chris-grayling> (traducere: „Probațiunea este o ramură mai puțin cunoscută a sistemului de justiție al nostru, comparativ cu, să spunem, poliția și închisorile, dar aceasta nu o face mai puțin importantă. Sute de mii de infractori sunt redași anual societății prin probațiune, ceea ce este crucial pentru siguranța publică”).

² *Expunere de motive Cod Penal*, pct. 2.27.

³ Udroui M., *Drept penal. Partea generală. Noul Cod penal*, ediția a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 336.

instanță sub aspectul instituirii, modificării sau încetării lor, după caz, în ceea ce privește prezentarea doctrinară a acestor instituții, cât și a receptării acestor instituții de drept inserate în corpul legislativ în vigoare.

2) Perspectivă diacronică la nivel național

Doctrina veche românească⁴ a clasificat teoriile fundamentului pedepselor în teorii absolute (atunci când pedeapsa are în vedere caracterul punitiv, represiunea), teorii utilitare (în acest caz pedepsele au un scop preventiv, în ceea ce privește săvârșirea de noi infracțiuni) și teorii mixte (când pedeapsa este privită în egală măsură ca mijloc de represiune și ca mijloc de prevenție în săvârșirea de noi infracțiuni). Scopul măsurilor de supraveghere și obligațiilor impuse de instanță în cazul amânării aplicării pedepsei și suspendării executării pedepsei sub supraveghere, făcând o încadrare în aceste delimitări, s-ar apropia de teoria utilitară, fiind instituite pentru a reeduca condamnatul și a-l descuraja să mai comită infracțiuni.

Au existat propuneri în România pentru introducerea instituției suspendării executării pedepsei încă din anul 1897. Însă ea a fost reglementată în mod distinct prin art. 43 din Legea conflictelor de muncă din 1920 și art. 59 din Legea sindicatelor profesionale din 1921. De asemenea, în Ardeal, suspendarea executării pedepsei a fost introdusă prin legea maghiară nr. XXXVI din 1908⁵.

În Codul Penal Carol al II-lea erau prevăzute ca instituții complementare pentru executarea pedepselor privative de libertate coloniile penitenciare și liberarea condiționată. Suspendarea executării pedepsei se acorda doar în cazul comiterii delictelor pedepsite cu maxim 2 ani închisoare, pentru persoanele care nu au săvârșit anterior delict sau infracțiuni⁶.

Suspendarea executării pedepsei „a fost creată pentru a se oferi Justiției un nou mijloc de natură să atenueze plaga pedepselor de scurtă durată și să evite trimiterea infractorilor primari în închisoare, atunci când au comis fapte ușoare, creându-se, astfel, un puternic obstacol contra recidivei”⁷.

În Codul penal de la 1968, suspendarea executării pedepsei era normată prin două instituții distincte, suspendarea condiționată a executării pedepsei și suspendarea pedepsei sub supraveghere⁸, în timp ce amânarea aplicării pedepsei nu era consacrată legislativ. Această din urmă instituție are ca sursă de inspirație legislațiile franceză și germană, iar măsurile ori observațiile impuse în baza sa au rolul de a permite examinarea capacității de resocializare a inculpatului pe durata unui termen de supraveghere de 2 ani⁹.

3) Perspectivă internațională

Probațiunea este o instituție cu originea în sistemul de drept common-law, fiind specifică dreptului anglo-saxon, însă s-a extins rapid, fiind adaptată în state precum Franța, Belgia, Canada, SUA și Germania¹⁰.

Pe plan internațional, modalitățile alternative de executare a pedepsei au avut parte de o largă recunoaștere prin adoptarea Regulilor Standard Minime ale Națiunilor Unite pentru măsuri neprivative de libertate din data de 14 decembrie 1990, prin Rezoluția 45/110 (cunoscute sub denumirea Regulile de la Tokyo). Astfel, la pct. 8.1 din Regulile de la Tokyo sunt menționate trei criterii ce servesc organului judiciar drept linii directe pentru a alege din varietatea de măsuri neprivative de libertate: nevoile de reabilitare ale infractorului, protecția societății și interesele victimei. Suspendarea executării pedepsei și amânarea aplicării pedepsei pot fi echivalente așa-numitei categorii suspended or deferred sentence, prevăzute la pct. 8.2 lit. (g) al aceluiași Reguli de la Tokyo¹¹.

Pe plan european, în cadrul Consiliului Europei, se impune menționarea Recomandării CM/Rec (2017) 3 privind regulile europene referitoare la sancțiunile și măsurile comunitare, adoptate de Consiliul de Miniștri la 22 martie 2017¹², pe care Statele Membre urmează a le lua în considerare în stabilirea și aplicarea politicilor legate de regimul sancționator.

⁴ Pop Tr., *Drept Penal, Introducere. Chestiuni de istorie și filozofie penală. Crimonologie*, Ed. Libertatea, Orăștie, 1921, p. 61.

⁵ Dongoroz V., *Drept Penal*, Ed. Tirajul, București, 1939, p. 688.

⁶ Ionescu-Dolj I., Dongoroz V., Pop Tr. și alții, *Codul Penal Carol al II-lea Annotat*, Ed. Librăriei Socec & Co., București, 1937, p. 114.

⁷ Dongoroz V., *op.cit.*, p. 687.

⁸ Chiș I., în Pascu I. (coord.), *Noul Cod Penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 525. Suspendarea pedepsei sub supraveghere a fost introdusă în Codul penal din 1968 prin art. 1 pct. 8 al Legii nr. 104/1992 pentru modificarea Codului penal, a Codului de procedură penală și a altor legi, precum și pentru aprobarea Legii nr. 59/1968 și a Decretului nr. 218/1977, publicată în M. Of., Partea I, nr. 244 din 01.10.1992.

⁹ Rîșniță A., *Amânarea aplicării pedepsei în noul Cod penal*, în „Caiete de drept penal” nr. 2/2013, Ed. Universul Juridic, București, p. 88.

¹⁰ Chiș I. în Pascu I. (coord.), *op.cit.*, p. 511.

¹¹ *Regulile Standard Minime ale Națiunilor Unite pentru măsuri neprivative de libertate*, 1990, Tokyo, consultat la: <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm>.

¹² *Recommendation CM/Rec (2017) 3 on the European Rules on community sanctions and measures*, Strasbourg, 23 martie 2017, consultată la: <https://rm.coe.int/168070c09b>. Această recomandare înlocuiește Recomandările Rec(2000)22 și R(92)16 adoptate anterior în aceeași materie.

4) Condițiile dispunerii amânării aplicării pedepsei și suspendării executării pedepsei sub supraveghere

Instanța, pentru a putea dispune aceste modalități alternative de executare a pedepsei, verifică întrunirea condițiilor impuse de lege care permit dispunerea acestor măsuri. Aceste condiții sunt prevăzute expres în Codul penal, la art. 83 cele privitoare la amânarea aplicării pedepsei, respectiv la art. 91 C. pen. cele referitoare la suspendarea executării pedepsei sub supraveghere. O încercare de clasificare a acestora le împarte în condiții referitoare la infracțiune (obiective) și condiții referitoare la infractor (subiective), delimitare care se regăsește consacrată și în doctrină¹³.

În ceea ce privește condițiile privitoare la infracțiune, este necesar ca pedeapsa stabilită de lege, inclusiv în cazul concursului de infracțiuni, să fie amenda sau închisoarea de cel mult 2 ani, în cazul amânării aplicării pedepsei, respectiv de cel mult 3 ani, în cazul suspendării pedepsei sub supraveghere. În cazul amânării aplicării pedepsei se mai prevede ca pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită să fie mai mică de 7 ani.

Printre condițiile privitoare la persoana infractorului se numără următoarele: infractorul să nu mai fi fost condamnat anterior la pedeapsa închisorii, cu excepția cazurilor prevăzute în art. 42 lit. a) și b) C. pen. (faptele care nu mai sunt prevăzute de legea penală și infracțiunile amnistiate) sau pentru care a intervenit reabilitarea ori s-a împlinit termenul de reabilitare, în cazul amânării. Condiții similare se aplică și în cazul suspendării executării sub supraveghere, cu particularitatea că infractorul trebuie să nu mai fi fost condamnat anterior la pedeapsa închisorii mai mare de un an și, totodată, nu se face distincție între ipotezele de excepție prevăzute la art. 42 C. pen. (deci se poate dispune această măsură inclusiv în cazul unei condamnări anterioare pentru o infracțiune comisă din culpă).

În ambele cazuri infractorul trebuie să își manifeste acordul de a presta o muncă neremunerată în folosul comunității, și instanța trebuie să stabilească că această măsură poate fi luată în raport de persoana infractorului, de conduita avută anterior săvârșirii infracțiunii, de eforturile depuse de acesta pentru înlăturarea sau diminuarea consecințelor infracțiunii, precum și de posibilitățile sale de îndreptare.

În plus, mai este necesară constatarea că aplicarea imediată a unei pedepse să nu fie necesară (în cazul amânării aplicării pedepsei), respectiv că aplicarea pedepsei este suficientă și, chiar fără executarea acesteia, condamnatul nu va mai comite alte infracțiuni (în cazul suspendării pedepsei sub supraveghere), în ambele cazuri fiind necesară supravegherea conduitei sale pentru o perioadă determinată.

Mai mult, în ceea ce privește dispunerea ambelor măsuri, este prevăzută condiția negativă ca infractorul să nu se fi sustras de la urmărire penală ori judecată sau să nu fi încercat zădărnicierea aflării adevărului ori a identificării și tragerii la răspundere penală a autorului sau a participanților.

5) Conținutul măsurilor de supraveghere

Măsurile de supraveghere care trebuie respectate de către persoana condamnată sunt reglementate în art.85 alin.(1) C. pen., în cazul amânării aplicării pedepsei, respectiv de art.93 alin. (2) C. pen., în cazul suspendării executării pedepsei sub supraveghere. Din lecturarea celor două articole de lege se poate observa în ceea ce privește conținutul acestor măsuri, faptul că acestea sunt identice, în ambele ipoteze juridice analizate.

În cazul în care s-a dispus amânarea aplicării pedepsei, precum și în cazul suspendării executării pedepsei sub supraveghere, persoana față de care s-a dispus una dintre aceste măsuri trebuie să se prezinte la serviciul de probațiune, la datele fixate de acesta, să primească vizitele consilierului de probațiune desemnat cu supravegherea sa, să anunțe, în prealabil, schimbarea locuinței și orice deplasare care depășește 5 zile (precum și întoarcerea, în cazul amânării aplicării pedepsei), să comunice schimbarea locului de muncă, precum și informații și documente de natură a permite controlul mijloacelor sale de existență.

Din conținutul acestor măsuri de supraveghere se remarcă rolul însemnat al consilierilor de probațiune având o contribuție majoră în asigurarea respectării acestor măsuri. Acest aspect a fost subliniat de altfel și în Expunerea de motive a Codului penal, suținându-se că „pentru a avea mai multe șanse de reușită în procesul de recuperare a persoanei aflată în termenul de supraveghere s-a acordat o atenție sporită rolului consilierilor de probațiune, persoane specializate tocmai în acest gen de activități, pentru a contribui într-un mod calificat la procesul de reintegrare socială”¹⁴.

Conform art. 47 din Legea nr. 253/2013, în cazul dispunerii amânării aplicării pedepsei, judecătorul delegat cu executarea transmite o copie de pe hotărârea instanței serviciului de probațiune, cu mențiunea că toate măsurile de supraveghere prevăzute la art. 85 alin. (1) C. pen. se execută integral, potrivit legii. Din prevederile art. 57 alin. (2) reiese că același tratament se aplică și în cazul suspendării executării pedepsei sub supraveghere. După ce se primește hotărârea judecătorească, serviciul de probațiune va desemna un consilier de probațiune manager de caz, care coordonează procesul de probațiune, monitorizând acest proces de supraveghere, evaluând la final întreg procesul de probațiune¹⁵.

¹³ Sima C. în Antoniu G., Toader T. (coord.), *Explicațiile Noului cod penal*, vol II, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 83. Udriou M., *op.cit.*, pp. 337-338, 362.

¹⁴ *Expunere de motive Cod Penal*, pct. 2.29.

¹⁵ Art. 64 din Legea nr. 252/2013 privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune.

6) Conținutul obligațiilor dispuse de către instanță

Legea prevede o varietate de obligații – de a face ori de a nu face¹⁶ – pe care instanța le poate dispune în cazul amânării aplicării pedepsei ori suspendării executării pedepsei sub supraveghere. Ca atare, posibilitățile de individualizare în concret a acestor modalități sunt multiple.

În ceea ce privește amânarea aplicării pedepsei, obligațiile prevăzute de lege sunt de natură a monitoriza în mod eficient componente esențiale ale vieții private și sociale a persoanei supravegheate, precum și de a elimina, totodată, potențialele riscuri asociate acestora (obligația de a se supune măsurilor de control, tratament sau îngrijire medicală; obligația de a nu părăsi teritoriul României fără acordul instanței; obligația de a nu comunica cu victima ori cu alte persoane sau de a nu se apropia de ele; obligația de a nu se afla în anumite locuri sau la anumite manifestări sportive, culturale ori la alte adunări publice, stabilite de instanță; obligația de a nu conduce anumite vehicule stabilite de instanță; obligația de a nu deține, folosi ori purta nicio categorie de arme; obligația de a nu ocupa sau exercita funcția, profesia, meseria ori activitatea de care s-a folosit pentru săvârșirea infracțiunii) și de a-i stimula conduita în mod constructiv, prin dezvoltarea aptitudinilor, în scopul redării acesteia societății drept un membru util (obligația de a urma un curs de pregătire școlară ori de calificare profesională; obligația de a frecventa unul sau mai multe programe de reintegrare socială derulate de către serviciul de probațiune sau organizate în colaborare cu instituții din comunitate; obligația de a presta o muncă neremunerată în folosul comunității).

Din perspectiva conținutului obligațiilor, există diferențe semnificative între amânarea aplicării pedepsei și suspendarea sub supraveghere, și anume că, deși în primul caz, instanța poate să nu dispună nicio obligație în sarcina persoanei condamnate, în situația suspendării executării pedepsei sub supraveghere, conform art. 93 alin (2) C. pen., „instanța impune condamnatului să execute una sau mai multe” dintre obligațiile prevăzute expres de lege (s.n.). Deci, în cazul suspendării executării pedepsei, instanța va trebui să dispună minimum o obligație dintre cele enumerate de legiuitor¹⁷, respectiv: să urmeze un curs de pregătire școlară ori de calificare profesională; să frecventeze unul sau mai multe programe de reintegrare socială derulate de către serviciul de probațiune sau organizate în colaborare cu instituții din comunitate; să se supună măsurilor de control, tratament sau îngrijire medicală; să nu părăsească teritoriul României, fără acordul instanței.

Mai mult, pe lângă alegerea uneia din obligațiile prevăzute la art. 93 alin. (2) C. pen., în cazul suspendării executării pedepsei este obligatorie prestarea unei munci neremunerate în folosul comunității între 60 și 120 de zile, în cazul amânării fiind la alegerea instanței dispunerea executării unei asemenea obligații, perioada fiind mai redusă, între 30 și 60 de zile.

Deși aceste obligații sunt enumerate în mod exhaustiv în lege, este necesar a fi individualizate în concret de către instanță, spre deosebire de măsurile de siguranță, care au un caracter obligatoriu¹⁸.

În practică, problema posibilității individualizării conținutului obligațiilor inclusiv sub aspectul duratei a primit rezolvări diferite:

Într-o cauză, s-a decis că, „din analiza comparativă a dispozițiilor art.85 Cod penal, doar obligațiile prevăzute la alin.(1) al acestui text legal se impun a fi instituite pe întreaga durată a termenului de încercare. În acest sens, se observă că norma menționată prevede expres că «pe durata termenului de încercare (...) persoana trebuie (...)»». Dimpotrivă, la alin.(2) al art.85 Cod penal, nu se mai reia sintagma «pe durata termenului de încercare, iar caracterul facultativ al instituirii obligațiilor este dedus din folosirea sintagmei «(instanța poate)». Mai mult, la alin.(4) al textului menționat se precizează, deosebit de alin.(1), că atunci când se stabilește obligația prevăzută la alin.(2) lit. e)-g), «(instanța individualizează, în concret, conținutul acestei obligații, ținând seama de împrejurările cauzei)»¹⁹.

În schimb, într-o altă cauză, raționamentul instanței a fost simetric opus, în sensul că lipsa menționării exprese, în cuprinsul art.85 alin.(2) C. pen. a faptului că obligațiile sunt impuse pe durata termenului de supraveghere „nu poate conduce la opinia că judecătorul poate stabili un termen diferit pe parcursul căruia sunt exercitate obligațiile stabilite prin hotărârea judecătorească. Articolul menționat trebuie interpretat în acord cu restul prevederilor care reglementează instituția amânării aplicării pedepsei, motiv pentru care durata de timp a termenului de supraveghere nu este lăsată la aprecierea instanței. De asemenea, dacă pe parcursul termenului de supraveghere intervin motive care justifică modificarea sau încetarea obligațiilor impuse de către instanță se poate observa că sunt incidente prevederile art.87 Cod penal, (...), urmând ca serviciul de probațiune să analizeze dacă mai este necesară menținerea obligației pe întreaga durată a termenului, urmând a sesiza instanța de judecată conform procedurii prevăzute de art. 86 alin.(4) lit. a) Cod penal. Mai mult, în cadrul art.83 alin.(4) Cod penal, se prevede în mod expres atragerea atenției inculpatului cu privire la nerespectarea măsurilor de supraveghere și a obligațiilor care îi revin pe durata termenului de supraveghere, fiind, astfel, circumstanțiată necesitatea respectării obligațiilor impuse pe întreaga durată a termenului de

¹⁶ Udroui M., *op.cit.*, p. 342, 346, 369, 371.

¹⁷ Mitrache C., Mitrache C., *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 481.

¹⁸ Lefterache L.V., în G. Bodoroncea, V. Cioclei și alții, *Codul Penal. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 219.

¹⁹ Curtea de Apel Cluj, Secția Penală și de Minori, decizia nr. 791/A din 7 iunie 2016, www.rolii.ro, apud Mareș M., *Amânarea aplicării pedepsei. Posibilitatea individualizării conținutului obligațiilor sub aspectul duratei* (jurisprudență comentată în curs de apariție în Revista Pandectele Române).

supraveghere. Prin urmare, Curtea apreciază că art.85 alin.(4) Cod penal, care prevede în sarcina judecătorului datoria de a individualiza în concret conținutul obligației, nu se extinde și asupra perioadei de timp în care este incidentă aceasta”²⁰.

7) Modificarea sau încetarea obligațiilor

Modificarea sau încetarea obligațiilor sunt reglementate similar atât în ceea ce privește amânarea aplicării pedepsei, cât și în ceea ce privește suspendarea executării pedepsei sub supraveghere.

În aceste sens art.87 C. pen. este identic din punct de vedere al conținutului cu art.95 al aceluiași cod. Se prevede astfel la art.87 C. pen. că, dacă pe parcursul termenului de supraveghere au intervenit motive care justifică fie impunerea unor noi obligații, fie sporirea sau diminuarea condițiilor de executare a celor existente, instanța dispune modificarea obligațiilor în mod corespunzător, pentru a asigura persoanei supravegheate șanse sporite de îndreptare. Instanța dispune încetarea executării unora dintre obligațiile pe care le-a impus, atunci când apreciază că menținerea acestora nu mai este necesară. În cazul art. 95 există o singură diferență minoră terminologică și anume în loc de „șanse sporite” este folosită sintagma „șanse mai mari”.

Potrivit art.94 alin. (4) lit. a) C.pen., pe durata termenului de supraveghere, serviciul de probațiune are obligația sesizării instanței dacă au intervenit motive care justifică modificarea ori încetarea executării unora dintre obligațiile impuse de instanță. Dispozițiile din Codul penal urmează a fi coroborate cu dispozițiile art. 48 și 57 alin. (2) din Legea nr. 253/2013, potrivit cărora sesizarea instanței de executare în vederea modificării/încetării obligațiilor se poate face de consilierul de probațiune ori de către judecătorul delegat cu executarea, la cererea persoanei supravegheate sau a persoanei vătămate, după consultarea raportului întocmit de consilierul de probațiune²¹.

De exemplu, raportat la imposibilitatea obiectivă a condamnatului de executare a obligației de a presta muncă în folosul comunității, ținându-se seama și de perioada rămasă până la împlinirea termenului de supraveghere, o instanță a admis sesizarea serviciului de probațiune și a dispus încetarea acestei obligații²².

Într-o altă speță, serviciul de probațiune a sesizat instanța în vederea modificării obligației persoanei supravegheate de a presta munca neremunerată în folosul comunității, în sensul desemnării unei alte instituții din comunitate în acest scop. În motivare s-a arătat că efectuarea orelor de muncă în folosul comunității în cadrul primăriei în care persoana supravegheată a deținut funcția de primar timp de 12 ani, ori unei instituții subordonate acesteia nu este oportună raportat la faptul că infracțiunile pentru care s-a dispus condamnarea acesteia au legătură directă cu funcția pe care a deținut-o, persoana condamnată precizând, totodată, că se află într-un conflict evident cu actualul primar situație care rezultă inclusiv din dosarul de fond. Soluția instanței a fost aceea de admitere a sesizării formulate²³.

Semnalam, totodată, o distincție extrem de relevantă evidențiată pe plan jurisprudențial: „potrivit art. 95 alin. (2) Cod penal instanța poate dispune încetarea executării unora dintre obligațiile pe care le-a impus în aplicarea art. 93 alin. (2) Cod penal, nefiind deci posibil să se dispună încetarea uneia sau unora dintre măsurile de supraveghere reglementate de art. 93 alin. (1) Cod penal; de altfel, măsurile de supraveghere sunt de esență suspendării sub supraveghere a executării pedepsei, astfel încât o dispoziție de încetare a unor măsuri de supraveghere ar reprezenta lipsirea de conținut a modalității de individualizare a pedepsei, precum și încălcarea autorității de lucru judecat a hotărârii definitive de condamnare”²⁴.

Un aspect ce urmează a se lămurii în practica judiciară vizează raportul dintre dispozițiile ce reglementează posibilitatea încetării obligațiilor dispuse în baza suspendării executării pedepsei sub supraveghere și cele ale art. 93 alin. (2) C. pen.: având în vedere că este obligatorie impunerea cel puțin a unei obligații în sarcina condamnatului, în măsura în care în concret se dispune doar una dintre acestea, ar mai fi posibil a se dispune încetarea executării acesteia în măsura în care instanța va aprecia oportun sau, dimpotrivă, aceasta ar echivala cu lipsirea de conținut a supravegherii? În opinia noastră, în lipsa unei excepții prevăzute de lege în acest sens, în măsura în care condițiile necesității și proporționalității nu ar mai fi îndeplinite, s-ar putea dispune inclusiv în această situație încetarea executării obligației respective.

²⁰ Curtea de Apel Cluj, Secția Penală și de Minori, decizia penală nr. 1469/A din 29 noiembrie 2016, www.rolii.ro, apud Mareș M., *Amânarea aplicării pedepsei. Posibilitatea individualizării conținutului obligațiilor sub aspectul duratei* (jurisprudență comentată în curs de apariție în Revista Pandectele Române).

²¹ Potrivit art. 43 lit. a) din Legea nr. 252/2013, evaluarea persoanelor aflate în supravegherea serviciului de probațiune se realizează la solicitarea instanței de judecată sau a judecătorului delegat cu executarea sau, după caz, la inițiativa consilierului de probațiune manager de caz, dacă, pe durata termenului de supraveghere, au intervenit motive care justifică fie modificarea obligațiilor prin impunerea de noi obligații, sporirea sau diminuarea condițiilor de executare existente, fie încetarea executării unora dintre obligații.

²² Jud. Ploiești, Secția Penală, sentința penală nr. 413 din 21.02.2018, www.sintact.ro.

²³ Tribunalul Brașov, Secția Penală, sentința penală nr. 28/S/20.02.2018, www.sintact.ro.

²⁴ Curtea de Apel București, Secția a II-a Penală, decizia nr. 185/CO din 18 aprilie 2017, www.rolii.ro, apud Mareș M., *Suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei. Imposibilitatea încetării măsurilor de supraveghere* (jurisprudență comentată în curs de apariție în Revista Pandectele Române).

8) Concluzii

Noțiuni precum eliminare, retribuție și reparație sunt folosite de diversele curente filosofice conform propriilor sisteme de idei pentru a explica rațiunea pedepsei²⁵. În acest context, afirmăm că sporirea posibilităților de a dispune măsuri alternative executării propriu-zise a pedepsei nu constituie doar o dovadă de virtuozitate a legiuitorului și nici un scop în sine, ci este de natură să creeze un echilibru necesar între nevoile individului și cele statale.

Perspectiva reglementării actuale, instituțiile amânării aplicării pedepsei și executării pedepsei sub supraveghere corespund modelului justiției restaurative²⁶, care, dintre toate modelele posibile, apreciem că este cel mai apropiat de a realiza dezideratul redării individului care a transgresat norma penală societății drept un element pe deplin funcțional, fiind, totodată, compatibile cu standardele prevăzute în Recomandarea Consiliului Europei CM/Rec (2017) 3 privind regulile europene referitoare la sancțiunile și măsurile comunitare menționată mai sus.

Urmează ca interpretările jurisprudențiale să stimuleze evoluția acestor instituții de drept penal. De lege ferenda, se impune clarificarea cu o mai mare precizie a marjei de apreciere a judecătorului în privința individualizării obligațiilor ce pot fi impuse în aplicarea acestora, mai ales sub aspectul modificării și încetării lor până la împlinirea termenului de supraveghere.

²⁵ Chiș I., *Pedepsele penale necarcerale ale secolului XXI*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 35.

²⁶ *Criminalitate, comunitate și justiție restaurativă (Raport științific final)* – 2007, consultat la: <http://insoc.ro/devianta/date/pdf/2007%20-%20Criminalitate.pdf>.

LIBERAREA CONDIȚIONATĂ DIN PEDEAPSA ÎNCHISORII – CONSIDERAȚII ASUPRA CONDIȚIILOR DE ACORDARE DIN PERSPECTIVA EVOLUȚIEI ACESTORA

*Dr. Gabriela-Nicoleta CHIHAIA**

Abstract: Conditional release is an institution of substantial criminal law, of great importance to both convicted person and the criminal policy of our state, which can only be ordered by the court, accessible to any convicted person, after enforcement of a part of the custodial sentence and the fulfillment of other conditions foreseen by the law, which consists in executing the last part of the custodial sentence in liberty with the purpose to stimulate and prepare the convicted person for his final release and for his quicker reintegration into society, subject to the fulfillment of both prior and post-release conditions.

The paper seeks to analyze the conditions that a convicted person has to fulfill in order to benefit from conditional release, both objective and subjective, from the perspective of its evolution. The paper starts with a presentation of the purpose of the institution as it follows from the definitions given in doctrine, and continues with a short history of it in the Romanian legislation.

The last part presents an analysis of the conditions for the granting of conditional release from imprisonment, aiming to highlight the conditions maintained by the legislator in the old regulations and, on the other hand, highlights the new conditions introduced by the current, more restrictive regulations, but established with a view to achieving better training for persons sentenced for final release and easier reintegration in society.

Key words: conditional release; conditions; custodial sentence; history; more favorable criminal law.

1. Liberarea condiționată – modalitate de individualizare a pedepsei închisorii în faza executării

Pedepsele privative de libertate au asupra psihicului celui condamnat un efect deosebit, cel în cauză fiind nevoit să trăiască o perioadă mai lungă sau mai scurtă de timp, izolat de societate. În momentul în care persoana condamnată ia contact cu noul mod de viață, cu restricțiile care îi sunt impuse în cadrul penitenciarului are posibilitatea de a realiza că fapta comisă de ea este o faptă dezaprobată de societate și că va trebui să-și revizuiască comportamentul pentru a se reintegra printre cei care au înțeles rigorile unui stat de drept.

Nici o societate în general, o societate democratică în special și cu atât mai puțin o societate care se vrea modernă, nu are sau nu ar trebui să aibă interesul să priveze de libertate individul, după ce acesta s-a purificat moral și scopul pedepsei s-a realizat. Continuarea executării pedepsei închisorii, chiar și atunci când sunt suficiente indicii că aceasta și-a atins scopul înainte de a fi expirat durata stabilită prin hotărârea instanței, ar veni în contradicție cu principiile umanismului dreptului penal și execuțional penal. Întrucât s-a dovedit că pedeapsa privativă de libertate își poate atinge obiectivul, acela al îndreptării și resocializării condamnatului, și anterior momentului împlinirii cuantumului care s-a stabilit a fi executat în regim de detenție, legiuitorul a creat o instituție care să vină în sprijinul celor care își doresc să fie, cât mai repede, din nou liberi.

Instituția liberării condiționate, întrucât despre ea este vorba, înlesnește trecerea condamnaților de la regimul de executare efectivă a pedepsei în locul de deținere la regimul de libertate, funcționând ca o modalitate de executare a unei părți din pedeapsa privativă de libertate și de reîncadrare socială, ca o rezultată a celorlalte mijloace, numite penitenciare, menite să realizeze individualizarea la locul deținerii.

Până în prezent, literatura de specialitate a abordat, iar jurisprudența a statuat asupra multor aspecte teoretice și practice ale instituției liberării condiționate. După o perioadă în care s-a aflat în atenția autorilor și a practicii judiciare, situație de înțeles având în vedere reintroducerea acestei instituții în legislația noastră prin Codul penal din 1969, a urmat o atenuare a interesului pentru problematica liberării condiționate, pentru ca după apariția Legii 140/1996 pentru modificarea și completarea Codului penal, instituția să revină în prim-planul preocupărilor doctrinei și a jurisprudenței, însă nu pentru mult timp. Însă, odată cu intrarea în vigoare a noilor coduri, Codul penal și Codul de procedură penală, precum și a Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate, la data de 01.02.2014, instituția a suferit unele modificări importante în ceea ce privește condițiile de acordare, astfel încât a revenit, din nou, în actualitate.

Liberarea condiționată face parte din ansamblul reglementărilor legii penale referitoare la pedeapsă, una dintre instituțiile fundamentale ale dreptului penal, care reprezintă o măsură de constrângere aplicată în scopul reeducării condamnatului și al prevenirii săvârșirii de noi infracțiuni, prin executarea pedepsei urmărindu-se formarea unei atitudini corecte față de muncă, față de ordinea de drept și față de regulile de conviețuire socială.

* Judecător, Tribunalul Harghita, secția penală; e-mail: gabriela.nicoleta.chihaia@gmail.com

Așa cum s-a arătat în doctrină, opera de individualizare legală și judiciară a pedepsei se continuă și în faza de executare, pe de o parte prin stabilirea regimului de executare și reglementarea unor instituții juridice specifice acestei ultime etape a constrângerii juridice penale, iar pe de altă parte prin atribuțiile pe care le îndeplinesc instanțele judecătorești și organele administrative în legătură cu adaptarea regimului de executare la persoana condamnatului, potrivit legii. Această ultimă etapă de individualizare a pedepsei, cunoscută ca individualizare administrativă, are drept scop menținerea aptitudinii funcționale maxime a pedepsei stabilite¹.

Întrucât în legislația noastră penală, în care rolul primordial îl ocupă Codul penal, nu a fost și nici în prezent nu este definită liberarea condiționată, fiind prezentate doar condițiile și cazurile în care ea se acordă, precum și efectele sale, această sarcină a revenit literaturii juridice.

În acest sens, de-a lungul timpului, autori de prestigiu s-au oprit în lucrările lor asupra noțiunii de liberare condiționată și, reținând una sau mai multe din trăsăturile ce caracterizează această instituție, au formulat diverse definiții.

Doctrina penală este unanimă în a aprecia că liberarea condiționată înlătură executarea pedepsei privative de libertate, ca efect al aprecierii instanței, bazată pe elemente din care rezultă că opera de reeducare poate fi considerată realizată, dar aceasta nu are caracter extinctiv și nici nu modifică data stingerii pedepsei, ci doar înlătură, condiționat, executarea restului de pedeapsă, dar pedeapsa nu se stinge decât la împlinirea duratei sale².

În doctrina mai veche, s-a reliefat că liberarea condiționată reprezintă un mijloc de individualizare post iudicium a executării pedepsei, care le oferă condamnaților la pedeapsa închisorii cu executare efectivă, dar și la pedeapsa detențiunii pe viață, un important stimulent pentru reeducare. Liberarea condiționată constituie și o renunțare din partea statului la executarea integrală a pedepsei aplicate inculpatului, pentru rațiuni conforme scopului sancțiunilor penale, promisă prin lege fiecărui condamnat, condiționat însă de comportarea sa în tot timpul executării pedepsei și după liberarea lui condiționată³.

Potrivit doctrinei recente, liberarea condiționată reprezintă o modalitate de individualizare judiciară a executării pedepsei fără lipsire de libertate, acordată prin hotărârea definitivă a instanței de judecată, care are convingerea că cel condamnat s-a îndreptat, ca urmare a îndeplinirii tuturor condițiilor impuse conduitei sale pe timpul executării pedepsei în condiții de privare de libertate în penitenciar, precum și sub rezerva îndeplinirii integrale sub controlul serviciului de probațiune a măsurilor și obligațiilor din cadrul termenului de supraveghere⁴.

În prezent, liberarea condiționată este considerată o formă de individualizare a pedepsei pe timpul executării acesteia, instituția fiind inclusă în capitolul V, alături de formele neprivative de libertate: renunțarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării pedepsei și suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei.

Observăm că definițiile sunt asemănătoare, ceea ce reflectă caracterul juridic al acestei instituții, care din acest punct de vedere nu a suferit modificări importante de-a lungul timpului. Se poate astfel afirma că instituția liberării condiționate își are legitimarea în faptul că în unele cazuri, în care există suficiente indicii că pedeapsa privativă de libertate aplicată inculpatului și aflată în curs de executare și-a atins scopul înainte de expirarea ei, dispare necesitatea executării integrale, în regim de închisoare, a acestei pedepse⁵.

Astfel, apreciem că liberarea condiționată reprezintă o instituție de drept penal substanțial, complementară regimului de executare a pedepsei privative de libertate, care poate fi dispusă numai de către instanța de judecată, accesibilă oricărui condamnat, după executarea unei părți din pedeapsă și îndeplinirea și a celorlalte condiții, ce constă în executarea ultimei părți din pedeapsă în stare de libertate, având ca scop stimularea și pregătirea persoanei condamnate pentru liberarea sa definitivă și pentru reintegrarea sa mai rapidă în societate, sub rezerva îndeplinirii unor condiții atât anterioare, cât și posterioare liberării.

2. Scurt istoric al instituției liberării condiționate în dreptul penal român

Creată în ideea de a substitui o parte a pedepsei în regim de detenție, funcționând ca un mijloc de individualizare a acestei pedepse în faza executării ei și servind, atunci când este acordată, la readaptarea condamnatului la viața liberă cu un moment mai devreme, liberarea condiționată a cunoscut diverse reglementări juridice de-a lungul timpului în legislația noastră, reglementări ce au evidențiat importanța și rolul acestei instituții, dar și politica penală a statului român la un moment dat al istoriei noastre.

¹ Vintilă Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice ale Codului penal român, partea generală*, vol.II, Ed. Academiei, București, 1970, pag.123.

² Doru Pavel, *Aplicarea grațierii condiționate intervenită înainte de rezolvarea cererii de liberare condiționată*, în *Revista Română de Drept* nr. 3/1977, pag. 36.

³ Ion Stoescu, Marin Sîrbu, *Calcularea restului de pedeapsă în cazul revocării liberării condiționate*, *Revista Română de Drept* nr. 7/1972, pag. 92.

⁴ Ioan Chiș, Alexandru Bogdan Chiș, *Executarea sancțiunilor penale*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 240.

⁵ Ion Fodor, *Liberarea condiționată în Explicații teoretice ale Codului penal român, partea generală*, vol. II, Editura Academiei, București, 1970, pag. 43.

Instituția liberării condiționate a fost introdusă în dreptul românesc prin “Legea de organizare a închisorilor”, din anul 1874, însă la acel moment prevedea efecte doar asupra minorilor (art. 25 și 26 din lege și art. 8 din Regulamentul general al Casei Centrale de corecțiune pentru minori)⁶.

Următorul act care a reglementat liberarea condiționată a fost Legea din 4 august 1921, din timpul ministrului de justiție Mihai Antonescu, dar sistemul greșit pe care l-a avut și, mai ales, rezultatele nefaste pe care le-a obținut au dus la abrogarea ei la mai puțin de trei ani de la aplicare, prin Legea din 27 mai 1924, intitulată “Legea pentru suspendarea executării pedepselor de închisoare corecțională”. Datorită faptului că în conținutul ei erau cuprinse o serie de greșeli, însuși titlul având o formulare eronată, întrucât liberarea condiționată nu înseamnă o suspendare a executării pedepsei, ci doar o schimbare a regimului de executare, nici această lege nu și-a găsit locul în cadrul actelor normative referitoare la această instituție. Aceasta, spre deosebire de Transilvania, unde liberarea condiționată era destul de bine reglementată cu dispoziții inspirate de Codul penal maghiar (art.43-51 din Codul penal din Transilvania)⁷.

Liberarea condiționată a fost reglementată mai pe larg în “Legea pentru organizarea penitenciarelor și institutelor preventive” din 30 iulie 1929, care a prevăzut sistemul progresiv al executării pedepselor, format din următoarele faze: faza izolării complete în celulă individuală; faza mixtă a izolării în timpul nopții și a șederii în comun în timpul zilei; faza coloniei penitenciare și liberarea condiționată, ca fază extra-penitenciară.

Codul penal promulgat la 17 martie 1936 și pus în aplicare la 1 ianuarie 1937, a menținut liberarea condiționată ca ultimă fază în sistemul progresiv mixt al regimului de executare a pedepselor privative de libertate.

Prin hotărârea de liberare, instanța stabilea și localitatea unde urma ca cel liberat să se stabilească, localitate care putea să nu coincidă cu cea de domiciliu. Tot prin această hotărâre se stabileau și obligațiile pe care trebuia să le respecte condamnatul pe perioada liberării. Acestea constau în: obligația de a munci, în cazul în care existența nu-i putea fi asigurată decât prin muncă; obligația de a nu părăsi localitatea ce i-a fost stabilită, fără încuviințarea autorităților; obligația de a despăgubi partea vătămată; obligația de a avea o bună conduită pe perioada liberării condiționate.

Codul penal, republicat în 27 februarie 1948, reglementa în titlul III, cap. III, în secțiunea intitulată “Instituții complementare pentru executarea pedepselor privative de libertate” (art.40-44), ca etape în procesul de liberare și reintegrare socială a condamnaților, instituțiile coloniilor penitenciare și a liberării condiționate. Coloniile penitenciare, care puteau fi agricole sau industriale, aveau scopul de a pregăti eliberarea condamnaților. Aceștia erau obligați la munca specifică coloniei, bucurându-se de un tratament mai blând în raport cu regimul pedepselor la care au fost condamnați. Cei care aveau purtare bună, care prezentau garanții de îndreptare și readaptare la viața socială, puteau fi admiși să muncească și în afara coloniei, chiar fără supraveghere, iar cei cu purtări rele în colonie erau retrimiși în penitenciarul din care au venit (art.40 Cod pen.).

Liberarea condiționată însemna punerea în libertate a condamnatului, anticipat, care avea posibilitatea de a-și asigura existența prin muncă, când nu avea alte mijloace. Timpul petrecut în libertate condiționată era socotit ca executare de pedeapsă. Prin hotărârea de liberare se fixa localitatea unde cel liberat urma să se stabilească, care putea fi alta decât cea în care locuise anterior condamnării sau în care locuia partea vătămată, și o serie de obligații pe care trebuia să le respecte: să muncească potrivit puterilor și aptitudinilor sale, în cazul când existența nu îi putea fi asigurată decât prin muncă; să nu părăsească, fără încuviințarea autorității respective, localitatea unde trebuia să muncească și care i-a fost fixată prin hotărâre judecătorească; să se prezinte de două ori pe lună, la primărie sau, dacă există, la poliția localității respective, în ziua și ora fixată de autorități.

Textul art. 41 din Codul penal din 1948, care se referea la liberarea condiționată, a suferit unele modificări prin Decretul nr.187/1949⁸, prevăzându-se, printre altele, că liberarea condiționată se putea acorda, indiferent de durata pedepsei aplicate, fără trecerea prin colonia penitenciară, dacă cel condamnat a executat în mod conștiincios munca ce i-a fost repartizată.

Instituția liberării condiționate a fost în vigoare până în luna martie a anului 1950, când prin Decretul nr.72/1950⁹ a fost înlocuită cu “liberarea înainte de termen a condamnatului”. Prin acest Decret au fost abrogate dispozițiile din Codul penal, referitoare la coloniile penitenciare și la liberarea condiționată, introducându-se instituția liberării înainte de termen, total diferită, în ceea ce privește consecințele, de cea a liberării condiționate, pe care a înlocuit-o.

Conform art. 1 alin.1 din decretul mai sus menționat, condamnații care în timpul executării pedepsei au avut o bună purtare, au executat conștiincios munca repartizată și au dat dovezi că au devenit apti pentru conviețuire socială, puteau obține liberarea înainte de termen. Art. 4 din Decret prevedea condițiile în care se putea acorda liberarea și care se refereau la: categoriile de condamnați care puteau beneficia de liberare – cei care munceau în ateliere, ferme, întreprinderi de stat sau cooperative, șantiere, birouri, precum și cei care desfășurau munci gospodărești cu caracter de continuitate; conștiinciozitate în munca desfășurată; buna purtare și sprijinul ce trebuia acordat administrației penitenciarului pentru menținerea disciplinei și reeducarea condamnaților; dovezile temeinice de îndreptare.

⁶ C-tin Bulai, *Drept penal. Partea generală*, Editura All, București, 1998, pag. 120.

⁷ Petrache Zidaru, *Drept execuțional penal*, Editura Press Mihaela S.R.L., București, 1997, pag. 203.

⁸ Publicat în *Buletinul Oficial* nr. 25 din 30 aprilie 1949.

⁹ Publicat în *“Buletinul Oficial”* nr. 28 din 23 martie 1950.

Odată cu noul Cod penal, adoptat la 21 iunie 1968 și intrat în vigoare la 1 ianuarie 1969, s-a reintrodus instituția liberării condiționate, reglementată prin art. 59-61. Sub aceeași denumire, de liberare condiționată, se găsea instituția de drept penal și în Legea nr. 23 din 18 noiembrie 1969 privind executarea pedepselor, lege care a abrogat Decretul 720/1956.

În noiembrie 1996, dispozițiilor Codului penal din 1969 li s-au adus modificări, odată cu adoptarea Legii 140/1996.¹⁰ Printre instituțiile care au suferit modificări și completări substanțiale s-a aflat și instituția liberării condiționate, cele mai importante fiind reglementarea liberării condiționate în cazul pedepsei detențiunii pe viață, majorarea duratei fracțiunilor din pedeapsa stabilită de instanța de judecată ce trebuie executate de condamnați și diferențierea lor în raport de cuantumul pedepselor ce se execută, de caracterul intenționat sau din culpă al infracțiunilor săvârșite și de vârsta celor condamnați (minori sau în vârstă de 60 de ani și respectiv 55 de ani femeile). S-a menținut însă natura juridică a instituției liberării condiționate, ca o modalitate de executare a pedepsei închisorii în stare de libertate. Examinând noile prevederi introduse de Legea 140/1996 se observă o înăsprire a situației celor liberați condiționat, condiții mai restrictive privind acordarea acesteia, prin mărirea fracțiilor de pedeapsă obligatoriu de executat.

3. Condițiile de acordare a liberării condiționate

Analizând istoricul instituției liberării condiționate în dreptul românesc, astfel cum a fost prezentat în secțiunea anterioară, observăm că legiuitorul român a avut în general o viziune unitară de reglementare a acestui drept al persoanelor condamnate la pedeapsa închisorii cu executare în regim de detenție, condițiile ce au trebuit îndeplinite de-a lungul timpului fiind asemănătoare, reliefând natura juridică a instituției, respectiv aplicarea acesteia doar condamnaților în privința cărora pedeapsa executată deja și-a atins scopul, putând fi astfel redați societății.

Potrivit Codului penal din 1936, liberarea condiționată conducea la punerea în libertate anticipat a unui condamnat, dacă acesta îndeplinea anumite condiții, respectiv: executa un anumit quantum din pedeapsă; dădea dovadă de bună purtare la locul de muncă și la cel de deținere, precum și de stăruință în muncă.

Liberarea condiționată, în forma pe care o cunoaștem noi astăzi, a fost reintrodusă prin Codul penal din 1969 și, corelativ, prin Legea nr. 23/1969. Ambele acte normative stipulau că liberarea condiționată poate fi acordată fiecărui condamnat, dar pentru realizarea eficienței acestei măsuri și pentru evitarea riscurilor unor nejustificate liberări din penitenciar, legea prevedea o serie de condiții ce trebuie îndeplinite, obligatoriu, cumulativ: Executarea unei părți din pedeapsa aplicată; Stăruința în muncă; Comportarea condamnatului în perioada de deținere; Dovezile temeinice de îndreptare; Antecedentele penale; Vârsta, starea sănătății și forma de vinovăție.

Astfel, conform art. 59-60 Cod penal din 1969, înainte de executarea în întregime a pedepsei, condamnatul putea fi liberat condiționat dacă a executat o anumită parte din pedeapsă, parte care se stabilea în raport cu natura infracțiunii, durata pedepsei închisorii pe care acesta o executa și vârsta acestuia. Condamnatul putea obține liberarea dacă a fost stăruitor în muncă, dacă a avut o conduită disciplinată și dacă a dat dovezi temeinice de îndreptare.

Prin Legea nr. 23/1969 privind executarea pedepselor s-au adoptat dispoziții corespunzătoare. Astfel, art. 25 prevedea că, "condamnații care sunt stăruitori în muncă, disciplinați și dau dovezi temeinice de îndreptare, precum și condamnații care nu au fost folosiți niciodată la muncă sau nu mai sunt folosiți, dar dau dovezi temeinice de disciplină și îndreptare, ținându-se seama și de antecedentele lor penale, pot fi liberați condiționat înainte de executarea în întregime a pedepsei, în condițiile art. 59 și 60 Cod penal. Pentru determinarea părții din pedeapsă care poate fi considerată ca executată pe baza muncii prestate se ține seama de starea de minoritate și de procente de îndeplinire a normelor de muncă. În vederea acordării liberării condiționate se ține seama și de munca prestată în timpul arestării preventive".

Analizând aceste condiții, observăm că ele privesc atât situații obiective, cât și subiective, astfel încât, prin cumpănirea acestor elemente, să se poată ajunge la convingerea că, în anumite cazuri, liberarea poate fi acordată, iar în altele, nu.

Respectând ordinea în care cerințele pentru acordarea liberării condiționate sunt expres enunțate, se remarcă că executarea unei anumite fracțiuni din pedeapsă ocupă primul loc, ceea ce îi conferă pe drept cuvânt denumirea de primă condiție de acordare a liberării condiționate, condiție obiectivă, neîndeplinirea acesteia făcând ca instanța să nu treacă mai departe la analiza celorlalte condiții, ci să respingă cererea persoanei condamnate drept prematură.

Aceasta, întrucât necesitatea executării unei fracțiuni din pedeapsă în stare de detenție decurge din însăși natura juridică a instituției liberării condiționate, din rațiunea și scopul acestui beneficiu al legii și ea nu poate fi contestată sau cel puțin pusă sub semnul îndoielii fără a greva însăși existența liberării condiționate. Trecerea directă a condamnatului la orice alt fel de executare decât cea în stare de detenție, fără o minimă perioadă de privare a libertății sale ar echivala cu înlocuirea liberării condiționate cu o altă instituție (suspendarea condiționată a executării pedepsei, amnistia, grațierea etc.).

¹⁰ Publicată în "Monitorul Oficial" din 14 noiembrie 1996.

Potrivit reglementării liberării condiționate din Codul penal din 1969, cea mai importantă diferențiere este aceea referitoare la felul pedepsei, stagiul obligatoriu pe care condamnatul trebuie să îl efectueze fiind mai mare sau mai mic, după cum pedeapsa ce se execută este mai aspră sau mai blândă, legea fixând un reper, o cifră de mijloc, și anume 10 ani (având în vedere că maximum special în cazul pedepsei cu închisoarea era de 25 de ani, după cum reiese din partea specială a Codului penal din 1969).

Potrivit dispozițiile art. 59 Codul penal din 1969, „după ce a executat cel puțin două treimi din durata pedepsei în cazul închisorii care nu depășește 10 ani sau cel puțin trei pătrimi în cazul închisorii mai mare de 10 ani, condamnatul care este stăruitor în muncă, disciplinat și dă dovezi temeinice de îndreptare, ținându-se seama și de antecedentele sale penale, poate fi liberat condiționat înainte de executarea în întregime a pedepsei. În calculul fracțiunilor de pedeapsă prevăzute în alin. 1 se ține seama de partea din durata pedepsei care poate fi considerată, potrivit legii, ca executată pe baza muncii prestate. În acest caz însă, liberarea condiționată nu poate fi acordată înainte de executarea efectivă a cel puțin jumătate din durata pedepsei când aceasta nu depășește 10 ani și a cel puțin două treimi când pedeapsa este mai mare de 10 ani.”.

Codul penal din 1969 prevedea, în art. 59¹, fracțiuni diferite de pedeapsă ce trebuiau efectuate de cei condamnați pentru săvârșirea unor infracțiuni din culpă, respectiv „după ce a executat cel puțin jumătate din durata pedepsei în cazul închisorii care nu depășește 10 ani sau cel puțin două treimi în cazul închisorii mai mari de 10 ani, dacă îndeplinește și celelalte condiții prevăzute în art. 59 alin. 1. Dispozițiile art. 59 alin. 2 se aplică în mod corespunzător, liberarea condiționată neputând fi acordată înainte de executarea efectivă a cel puțin o treime din durata pedepsei când aceasta nu depășește 10 ani și a cel puțin jumătate când pedeapsa este mai mare de 10 ani.” De asemenea, erau prevăzute condiții speciale, referitoare la fracțiile de pedeapsă, în cazul liberării persoanelor trecute de 60 de ani sau a celor ce au fost condamnați pentru săvârșirea unor infracțiuni în timpul minorității.

În calculul tuturor fracțiunilor de pedeapsă se prevedea că se va ține seama și de partea din durata pedepsei care poate fi considerată, potrivit legii, ca executată pe baza muncii prestate, întrucât perioada în care condamnatul a lucrat se socotește mai avantajos în funcție de natura și randamentul activității efectuate¹¹.

În literatura juridică de specialitate¹², s-a arătat că această condiție suplimentară are rolul “de a preîntâmpina posibilitatea liberării condiționate la un interval prea scurt de la începerea executării, a condamnatilor care, eventual, au muncit stăruitor și disciplinat, interval de timp insuficient însă pentru realizarea temeinică a acțiunii de reeducare și îndreptare”.

Mențiunea din textul legii privitoare la durata din pedeapsă care poate fi considerată executată pe baza muncii prestate, face posibil ca unii condamnați să se libereze condiționat mai repede decât alții, deși toți au început executarea pedepsei în aceeași zi și au același quantum de pedeapsă, pentru aceeași infracțiune.

Trebuie subliniat însă, încă o dată, faptul că executarea părților de pedeapsă obligatorii nu ar putea conduce la un rezultat pozitiv din punctul de vedere al acordării liberării condiționate, dacă nu ar fi îndeplinite cumulativ și celelalte

În anul 2006 a fost adoptată Legea nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal¹³, care reglementa liberarea condiționată în Capitolul 8, prevăzând în art. 75 că „persoana condamnată care este stăruitoare în muncă, disciplinată și dă dovezi temeinice de îndreptare, ținându-se seama și de antecedentele sale penale, poate fi liberată condiționat înainte de executarea în întregime a pedepsei, în condițiile Codului penal”. Astfel și în continuare, pentru a putea fi liberată condiționat o persoană condamnată trebuia să îndeplinească toate condițiile cumulativ prevăzute de art. 59-60 Cod penal din 1969.

Dispozițiile Codului penal din 1969 și ale Legii nr. 275/2006 au fost aprogate prin Legea nr. 187/2012¹⁴ privind punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal¹⁵, în prezent sediul materiei liberării condiționate din pedeapsa închisorii fiind reprezentat de dispozițiile art. 100-106 Cod penal, completate cu cele ale art. 95-97 din Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal¹⁶ și art. 587-588 Cod procedură penală care reglementează atât condițiile de ordin substanțial care trebuie îndeplinite de un condamnat pentru a putea beneficia de liberare condiționată, cât și procedura de acordare a acesteia.

Trebuie menționat că, în prezent, spre deosebire de Codul penal din 1969 și, respectiv, Legea nr. 275/2006, potrivit noii legislații penale, liberarea condiționată nu mai este accesibilă decât inculpaților condamnați la pedeapsa închisorii pentru fapte săvârșite în majorat, deoarece pentru comise în minoritate le sunt aplicate măsuri educative, or

¹¹ Matei Basarab, *Drept penal. Partea Generală*, Vol. II, Editura Lumina Lex, București, 1997, pag. 288.

¹² Vintilă Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice ale Codului penal*, vol.II, Editura Academiei, București, 1970, pag. 48.

¹³ Legea nr. 275/04.07.2006 a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 627 din 20 iulie 2006.

¹⁴ Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 757/12.11.2012.

¹⁵ Legea nr. 289/2009 privind Codul penal a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 510/24.07.2009.

¹⁶ Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 514/14.08.2013.

liberarea condiționată vizează punerea în libertate, înainte de executare în întregime a pedepsei detențiunii pe viață sau a închisorii.

Art. 100 din Codul penal actual reglementează condițiile care trebuie îndeplinite de persoanele condamnate la pedeapsa închisorii, pentru a putea beneficia de liberare condiționată.

Parte din aceste condiții sunt preluate din reglementarea anterioară. Astfel, este necesar ca persoanele condamnate să fi executat fracția prevăzută de lege și să fi avut o bună conduită pe toată durata executării pedepsei.

Textul articolului menționează în mod expres fracția din pedeapsă pe care persoana condamnată trebuie să o execute, respectiv cel puțin două treimi din durata pedepsei închisorii care nu depășește 10 ani sau cel puțin trei pătrimi din durata pedepsei, dar nu mai mult de 20 de ani, în cazul unei pedepse cu închisoarea mai mare de 10 ani.

Noul Cod penal a menținut drept primă condiție, obiectivă, executarea unei părți din pedeapsa aplicată de către instanță, întrucât și potrivit viziunii acestei legi, liberarea condiționată nu poate fi acordată imediat după punerea în aplicare a pedepsei privative de libertate. Deopotrivă, este obligatoriu să se țină seama de toate celelalte elemente, de natură subiectivă, astfel încât liberarea condiționată să se acorde numai celor care o merită și pentru care există motive să se creadă că în viitor vor avea o comportare bună.

Și actualul Cod penal prevede și situații speciale în care se poate acorda liberarea condiționată: condamnații care au împlinit vârsta de 60 de ani, pot fi eliberați condiționat dacă au executat efectiv jumătate din durata pedepsei, când aceasta nu depășește 10 ani, sau cel puțin două treimi când aceasta depășește 10 ani.

La fel ca și vechea reglementare, se prevede în continuare că la stabilirea fracțiunilor de pedeapsă se ia în calcul și partea din durata pedepsei care poate fi considerată, potrivit legii, ca executată pe baza muncii prestate, în acest caz liberarea condiționată neputând fi dispusă înainte să fie executată cel puțin jumătate din durata pedepsei închisorii care nu depășește 10 ani, sau cel puțin două treimi din pedeapsa este mai mare de 10 ani, respectiv cel puțin o treime din durata pedepsei închisorii, când aceasta nu depășește 10 ani, și cel puțin jumătate din durata pedepsei mai mare de 10 ani, pentru situația specială a condamnatului care a împlinit vârsta de 60 de ani.

Se observă însă că în raport de vechea reglementare, noul Cod penal aduce o importantă modificare în privința fracției de executat, stabilind valori unice, fără a mai face diferențieri cu privire la forma de vinovăție a infracțiunilor care au atras condamnarea.

Cea de-a doua condiție ce trebuie îndeplinită pentru ca o persoană condamnată să poată beneficia de liberare condiționată din pedeapsa închisorii, prevăzută de art. 100 alin. 1 lit. d) Cod penal se referă la formarea convingerii instanței cu privire la faptul că persoana condamnată s-a îndreptat și se poate reintegra în societate. Este practic preluarea, sub altă expresie, a condiției subiective prevăzute de Codul penal din 1969 privind buna conduită a condamnatului pe parcursul executării pedepsei.

Aceasta, întrucât formarea opiniei instanței se realizează în urma analizei comportamentului persoanei condamnate pe parcursul detenției, observând dacă aceasta s-a conformat normelor instituționale, a respectat obligațiile impuse de mediul carceral, prin regulamentul de ordine interioară, dacă a fost sau nu sancționată disciplinar ori, din contră a beneficiat de recompense.

Codul penal introduce însă, cu caracter de noutate în legislația penală română, două noi condiții, respectiv ca persoana condamnată să se afle în executarea pedepsei în regim deschis sau semideschis (art. 100 alin. 1 lit. b) Cod penal) și să fi îndeplinit integral obligațiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare, afară de cazul când dovedește că nu au avut nicio posibilitate să le îndeplinească, iar instanța să aibă convingerea că aceștia s-au îndreptat și se pot reintegra în societate.

Prin impunerea acestor condiții, legiuitorul a corelat dispozițiile de la liberare condiționată cu cele privind regimurile de executare a pedepselor privative de libertate, acestea din urmă fiind guvernate de principiul executării bazat pe sistemele progresiv și regresiv, persoanele condamnate trecând dintr-un regim în altul în funcție de comportamentul avut pe perioada detenției. Practic, astfel se dovedește încă o dată că persoana condamnată a avut un comportament corespunzător în timpul detenției, întrucât pentru a ajunge într-unul din cele două regimuri de executare (cele mai ușoare) aceasta trebuie să dea dovadă că are un comportament corespunzător, participă activ la cursurile și programele organizate de locurile de deținere, obține recompense, nu are sancțiuni disciplinare sau acestea i-au fost ridicate. Toate aceste elemente contribuie așadar la formarea convingerii instanței referitoare la faptul că pedeapsa privativă de libertate și-a atins scopurile prevăzute de art. 3 din Legea nr. 254/2013 potrivit cărora prin executarea pedepsei privative de libertate se urmărește formarea unei atitudini corecte față de ordinea de drept, față de regulile de conviețuire socială și față de muncă, în vederea reintegrării în societate a deținuților.

Ultima condiția expune aprecierea legiuitorului referitoare la faptul că nu este suficient ca un condamnat să dea dovadă de un comportament corespunzător pe parcursul executării fracției din pedeapsă, ci el trebuie să se preocupe și de acoperirea unui eventual prejudiciu cauzat pe latură civilă și la care a fost obligat prin hotărârea de condamnare definitivă, dovedind astfel, încă o dată că a înțeles că a greșit în fața legii și că pe viitor trebuie să-și îndrepte comportamentul, fără a mai avea manifestări infracționale.

Din analiza condițiilor prezentate, rezultă că, nici în vechea reglementare și nici în cea actuală, gravitatea faptelor săvârșite de condamnat nu reprezintă un impediment la acordarea liberării condiționate, aceasta fiind avută în vedere

de legiuitor atunci când a fixat limitele speciale de pedeapsă ale diferitelor infracțiuni, și de către instanțele de judecată atunci când au realizat individualizarea judiciară a pedepselor aplicate inculpaților. Astfel, numai pe acest temei, nu ar putea fi respinsă cererea condamnatului, dacă acesta a executat fracțiunea de pedeapsă stabilită de legiuitor, instanța trebuind însă să verifice dacă, în raport cu celelalte condiții prevăzute de lege, comportarea condamnatului a fost satisfăcătoare sau nu.

Având în vedere unele pedepse de lungă durată, în practică s-a pus problema aplicării legii penale mai favorabile și în ceea ce privește instituția liberării condiționate, respectiv care dintre cele două reglementări se aplică.

Principiul legii penale mai favorabile constituie o excepție de la un principiu de drept de incontestabilă tradiție, actualitate și justiție și anume, neretroactivitatea legii, consacrat de Constituția României în art. 15 alin. 2. Este fără îndoială recunoscut faptul că o lege odată adoptată produce efecte numai pentru viitor, cu excepția legii penale mai favorabile.

Prin urmare, în cazul situațiilor tranzitorii, dacă legea mai favorabilă este cea veche, aceasta ultraactivează, aplicându-se chiar și după ieșirea sa din vigoare, faptelor infracționale săvârșite sub imperiul acestei legi; dimpotrivă, dacă legea mai favorabilă este legea nouă, aceasta retroactivează, aplicându-se și faptelor infracționale săvârșite sub imperiul legii vechi.

Din analiza condițiilor de acordare a liberării condiționate din pedeapsa închisorii prevăzute de cele două Coduri, având în vedere că noul Cod penal conține condiții mai restrictive, apreciem că prevederile art.59-61 Cod penal din 1969 sunt cele mai favorabile și ar trebui să se aplice în toate cazurile care au ca obiect propuneri/cereri de liberare condiționată referitoare la infracțiuni săvârșite până la intrarea în vigoare a Legii nr. 286/2009, respectiv până la data de 01.02.2014. Pentru infracțiunile comise după această dată trebuie să se aplice dispozițiile noii legii.

Aceasta este și interpretarea Curții Constituționale, care s-a pronunțat, este adevărat, într-o decizie mai veche, care viza modificarea condițiilor de liberare condiționată intervenită prin Legea nr. 140/1996, asupra acestui aspect. Astfel, în Decizia nr. 214/17.06.1997 Curtea Constituțională a reținut că regulile referitoare la succesiunea legilor penale privesc atât legea în ansamblul sau, cât și fiecare dintre normele și instituțiile sale în parte, cum este cazul liberării condiționate. Situația tranzitorie în succesiunea legilor penale se ivește dacă, de la data săvârșirii infracțiunii, când ia naștere raportul juridic penal de conflict, și până la încetarea sau stingerea acestui raport prin executarea sau considerarea ca executată a pedepsei aplicate, iar uneori până la înlăturarea consecințelor condamnării prin reabilitare, au intervenit una sau mai multe legi penale. Legea aplicabilă este totdeauna legea cea mai favorabilă. În cazul instituției liberării condiționate, situația tranzitorie se creează, de asemenea, la data săvârșirii infracțiunii și durează până la executarea sau considerarea ca executată a pedepsei detențiunii pe viață sau a pedepsei închisorii. Intervenția, în acest interval, a unei legi penale care modifică instituția liberării condiționate, face ca determinarea legii aplicabile să se efectueze potrivit regulilor înscrise în art. 15 alin. 2 din Constituție și în art. 13 din Codul penal din 1969 (art. 5 din noul Codul penal), independent de data la care sentința de condamnare a rămas definitivă.

Apreciem că argumentele expuse în această hotărâre rămân valabile și în prezent și fundamentează aplicarea legii penale mai favorabile în materia liberării condiționate, fără a intra în conflict cu interpretarea dată de aceeași Curte Constituțională prin decizia nr. 264/2014 privind aplicarea în mod global a legii penale mai favorabile.

EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII FAPTELOR DE CORUPȚIE ÎN CODURILE PENALE ROMÂNE*

Niculae GAMENT*

Abstract : *In this study, the author analyzes the evolution of the regulations on corruption offenses in the five Romanian Penal Codes, aiming at highlighting the preoccupation of the legislative power to find effective solutions for fighting and sanctioning corruption during 1918 and so far. At the same time, there was an appreciation of the particularities of the regulations in each of the Romanian criminal codes analyzed. In the final part of the study, taking into account the changes expected to be implemented in the Romanian criminal law, including corruption, we tried to bring to the attention of the legislator more proposals to develop the effectiveness of the fight against corruption at the current stage.*

Key words: *criminal law, prevention of corruption; bribery, influence trafficking; undeserved goods.*

I. Așa cum s-a precizat în doctrina de specialitate¹, datorită caracterului de strictă aplicare a normelor sale, dreptul penal nu poate funcționa în mod eficient doar dacă este pus și ținut în acord cu necesitățile reale ale domeniilor de relații și activități pe care le ocrotește. Aceasta explică mobilitatea oarecum specială a reglementărilor de drept penal și justifică modificările care intervin frecvent în acest domeniu, decât acela al altor norme de drept. Elocvent în acest sens este și faptul că în societatea românească, până în prezent, au fost adoptate de legiuitor cinci Coduri penale și numai două Coduri civile.

Pornind de la adevărul că fenomenul corupției a constituit o preocupare majoră pentru legiuitorul penal român în ultimul secol și jumătate, am considerat util să procedăm la o prezentare a modului în care au evoluat reglementările în această materie, în special, în ultimul secol de la înfiptuirea Marii Uniri și până în prezent.

II. **Codul penal de la 1864²**, care a devenit aplicabil în România Mare după Unirea de la 1 decembrie 1918, **incrimina luarea de mită** în art.144 : “Orice funcționar de rangul administrativ sau judecătoresc, orice agent sau însărcinat al unei administrații publice, care va fi primit sau va fi pretins daruri sau prezenturi, sau care va fi acceptat promisiuni de asemenea lucruri spre a face, a nu face un act privitor la funcțiunea sa, fie și drept, dar pentru care n-ar fi determinată de lege o plată, se va pedepsi cu închisoare de la 2 la trei ani și **cu amendă îndoită a valorii lucrurilor primite** sau făgăduite fără ca această amendă să fie mai mică de 200 de lei, iar banii sau darurile, ori valorile lor, se vor lua pe seama ospiciilor sau caselor de binefacere ale localității unde s-a comis mituirea. **Ei nu vor mai putea ocupa funcțiune publică și vor pierde dreptul la pensie.** Cu aceeași pedeapsă se va pedepsi și orice arbitru sau expert numit de către tribunal sau de către părți care va fi acceptat promisiuni sau primit daruri, sau alte foloase, pentru a da o deciziune sau a emite o opinie favorabilă uneia din părți”.

Darea de mită, în Codul de la 1864, nu era incriminată dar în practica acelor timpuri a instanțelor judecătorești, **mituitorul era sancționat, în temeiul art.48, ca agent provocator la infracțiunea de mituire.**

Traficul de influență era incriminat în art.146: “Oricare particular, care, în numele său, sau în numele vreunui funcționar public, administrativ sau judecătoresc, cu știrea sau fără știrea acestuia, într-un chip direct sau indirect, va cere, va lua, sau va face să i se promită daruri sau alte foloase nelegiuite, spre a interveni, spre a se face, sau a nu se face vreun act dintre cele privitoare la atribuțiunile aceluia funcționar, se va pedepsi cu închisoare de la șase luni până la 2 ani, și **cu amendă, valoarea îndoită a lucrurilor luate sau promise**, fără ca această amendă să fie mai mică decât 200 lei.

Lucrurile primite sau valoarea lor, se vor lua în folosul ospiciilor sau caselor de binefacere ale localității unde s-a comis fapta. Dacă mituitorul va fi funcționar va pierde dreptul de a mai ocupa funcțiuni, și nu va putea primi pensie”.

Din conținutul acestor incriminări a faptelor de corupție, se reține, că autorul luării de mită este un funcționar care îndeplinește atribuțiunile de serviciu în autoritățile publice, instituțiile publice sau alte unități de interes public. Este interesant de reținut faptul că legiuitorul de la 1864 nu a prevăzut limite ridicate ale pedepsei cu închisoarea ca pedeapsă principală privativă de libertate, dar, pe lângă această pedeapsă, legiuitorul a prevăzut și **aplicarea**

* *Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!*

* Asistent univ.dr., Universitatea Româno-Americană București; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice ”Acad.Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: nicu.gament@gmail.com.

¹ Vintilă Dongoroz, *Drept penal* (reeditația ediției din 1939), Asociația Română de Științe Penale, Editura Societății Tempus, București, 2000, p.31.

² Intrat în vigoare la 1 mai 1865 și a fost modificat în anii: 1874, 1882, 1887, 1893, 1894, 1895, 1900, 1910 și 1921.

obligatorie a pedepsei cu amenda, a cărei destinație de folosire este aceea a ospiciilor sau a caselor de binefacere, cât și interzicerea dreptului de a mai ocupa o funcție publică pentru totdeauna **și de a mai putea beneficia de pensie**.

II. Codul penal de la 1936³ incrimina faptele de corupție în Titlul III “Crime și delictе contra administrației publice”, cap. II “Delictе săvârșite de funcționari sau particulari”, Sect. I “Darea și luarea de mită” și Sect. II “Traficul de influență”.

Darea de mită este prevăzută în art.250 : “Acela care dă, oferă sau promite unui funcționar public, fie direct, fie indirect, bani sau orice alt profit, ce după lege nu i se cuvine, pentru a-l determina să îndeplinească, să nu îndeplinească sau să întârzie îndeplinirea unui act privitor la funcțiunea sa , ori să facă un act contrar îndatoririlor funcțiunii sale, comite delictul de mituire și se pedepsește cu închisoare corecțională de **la 6 luni la 3 ani și amendă de la 5000 la 10000 lei**. Dacă faptul se săvârșește față de persoană care deține un mandat electiv ori față de un judecător, jurat sau funcționar public însărcinat cu predarea, recepția sau supravegherea unor furnituri sau lucrări publice ori cu stabilirea sau încasarea impozitelor, pedeapsa este închisoarea corecțională de la unu la 5 ani și amenda de la 5000 la 15000 lei.

Dacă propunerea de mituire n-a fost acceptată, mituitorul se pedepsește cu închisoare corecțională de la 2 la 6 luni.

Nu se socotește mituire faptul comis în condițiile art.238.

Nu se pedepsește pentru mituire persoana care a dat mită, dacă i-a fost pretinsă și dacă prin refuzul ei ar fi suferit o pagubă inevitabilă și importantă, în raport cu situația sa materială”.

Darea de mită, prin textul de mai sus, a fost incriminată pentru prima dată în legislația noastră penală pentru că legiuitorul a socotit că o bună politică de combatere a corupției cere ca să fie pedepsit nu numai mituitul, dar și mituitorul sau cumpărătorul care în această infracțiune bilaterală e mai culpabil, decât cel corupt pentru că el e cauza faptului și a violării datoriilor funcționarului.

Această infracțiune, după cum rezultă din textul de incriminare, este reglementată în două variante determinate de calitatea funcționarului asupra căruia acționa mituitorul; o variantă tip și una atenuată, în ipoteza în care propunerea de mituire n-a fost acceptată de funcționarul public.

Ultimul alineat din art.250 prevedea **un caz special de scuză absolutorie pentru făptuitor** în cazul când mita i-a fost cerută și a fost nevoit să o dea, fiind **constrâns la aceasta, spre a evita o pagubă ce ar fi suferit-o**.

Luarea de mită, o altă faptă de corupție, era incriminată în art. 251: ”Funcționarul public care, în scopul prevăzut în articolul precedent, pretinde sau primește, fie direct, fie indirect, bani sau orice alt folos ce nu i se cuvine, ori acceptă o altfel de promisiune sau nu o respinge, comite delictul de luare de mită și se pedepsește cu închisoare corecțională de la **unu la 5 ani, amendă de la 5000 la 15000 lei și interdicție corecțională de la unu la 5 ani**.

Pedeapsa este închisoarea corecțională de la 2 la 5 ani, amenda de la 5000 la 15000 lei, și interdicția corecțională de la 1 la 5 ani, dacă faptul se comite de către o persoană care deține un mandat electiv, de un judecător, jurat sau funcționar public însărcinat cu producerea, recepția sau supravegherea unor furnituri sau lucrări publice, ori stabilirea sau încasarea impozitelor.

Delictul dării de mită se pedepsește, în cazul prevăzut la alin.(1), cu închisoarea corecțională de la 2 la 5 ani, iar în cazul alin.(2), cu închisoare corecțională de la 3 la 8 ani, amendă de la 5000 la 15000 lei și interdicție corecțională de la 3 la 6 ani, dacă cel mituit a săvârșit, din această cauză, un act nedrept sau ilegal.

În toate cazurile de dare și luare de mită, banii sau darurile ori valoarea lor se iau în folosul fondului amenzilor”.

Luarea de mită, așa cum rezultă din textul de mai sus, este incriminată în trei variante: o variantă tip și două variante agravate. Varianta tip se deosebește de prima variantă agravată prin calitatea subiectului activ nemijlocit; la varianta tip autor este un funcționar public care **îndeplinește funcțiuni mai mici** iar la prima variantă agravată autor este un funcționar public care **îndeplinește funcțiuni mari supuse tentației**.

A doua variantă agravată se reține când autorul variantei tip sau al primei variante agravate **a săvârșit un act nedrept sau ilegal**.

Cea de a treia infracțiune de corupție este **traficul de influență** prevăzută în art. 252 C.pen. Potrivit acestui text, traficul de influență constă în fapta aceluia care, prevalându-se de trecerea sau influența reală sau presupusă ce ar avea-o pe lângă un funcționar public primește direct sau indirect, sau face să i se promită, lui sau altuia, vreun dar, folos sau remunerație, pentru intervenția sa pe lângă acel funcționar, ca să facă sau să nu facă vreun act ce intră în cadrul atribuțiilor sale, comite delictul de trafic de influență și se pedepsește cu închisoarea corecțională de **la 6 luni la 2 ani, amendă de la 2000 la 10000 lei și interdicția corecțională de la unu la 3 ani**.

Dacă culpabilul primește direct sau indirect, sau face să se dea, sau să se promită, lui sau altuia, vreun dar, folos sau remunerație, sub pretext că trebuie să cumpere favoarea unui funcționar public pedeapsa este închisoarea corecțională de la unu la 3 ani, amenda de la 2000 la 10000 lei și interdicția corecțională de la unu la 3 ani.

Lucrurile primite sau valoarea lor se iau în folosul fondului amenzilor.

³ Publicat în M. Of. nr. 65 din 1936, cu modificările și completările ulterioare.

După cum se observă în art. 252 C.pen. traficul de influență este incriminat în două ipoteze: prima ipoteză este aceea când făptuitorul, prevalându-se de influența sa reală sau presupusă pe lângă un funcționar public, primește daruri pentru intervenția sa pe lângă acel funcționar spre a face sau nu un act ce intră în atribuțiunile sale, iar, a doua ipoteză, când acceptarea darurilor sau promisiunilor s-au făcut sub pretext că trebuie să cumpere favoarea unui funcționar public remunerându-l, această a doua ipoteză este mai gravă pentru că discreditează mai mult administrațiile publice și pune mai mult în evidență activitatea ilicită a autorului traficului de influență.

III. Codul penal de la 1968⁴ incriminează faptele de corupție cu Titlul VI “Infrațiuni care aduc atingere unor activități de interes public sau altor activități reglementate de lege”, Capitolul I “Infrațiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul”, art. 254-258.

În aceste texte au fost incriminate ca fapte de corupție: luarea de mită, darea de mită, primirea de foloase necuvenite și traficul de influență.

Luarea de mită, prevăzută în art. 254 din Codul penal de la 1968, în forma avută la adoptarea acestei legi, avea următorul cuprins: „Fapta funcționarului care, direct sau indirect, pretinde ori primește bani sau alte foloase care nu i se cuvin, ori acceptă promisiunea unor astfel de foloase sau nu o respinge, în scopul de a îndeplini, a nu îndeplini, ori a întârzia îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani și interzicerea unor drepturi. Banii, valorile sau orice alte bunuri care au făcut obiectul luării de mită se confiscă, iar dacă acestea nu se găsesc, condamnatul este obligat la plata echivalentului lor în bani”.

Prin Legea nr.65/1992,⁵ la art.254 a fost introdus un nou alineat, anume, alin. (2) care avea următorul conținut: „(2) Fapta prevăzută în alin. (1), dacă a fost săvârșită de un funcționar cu atribuții de control, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani și interzicerea unor drepturi”.

Prin aceste modificări, luarea de mită devine incriminată într-o variantă tip și o variantă agravată.

Textului art.254 se aduc noi modificări prin Legea nr. 140/1996⁶ în sensul că la varianta tip se mărește limita maximă specială a pedepsei cu închisoarea de la 10 la 12 ani iar la varianta agravată de la 12 la 15 ani.

Darea de mită era reglementată în Codul penal de la 1968 în art.255: „Promisiunea, oferirea sau darea de bani ori alte foloase, în modurile și scopurile arătate în art.254, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani. Fapta prevăzută în alineatul precedent nu constituie infracțiune atunci când mituitorul a fost constrâns prin orice mijloace de către cel care a luat mita. Mituitorul nu se pedepsește dacă denunță autorității fapta mai înainte ca organul de urmărire să fi fost sesizat pentru acea infracțiune. Dispozițiile art.254 alin.(3) se aplică în mod corespunzător, chiar dacă oferta nu a fost urmată de acceptare. Banii, valorile sau orice alte bunuri se restituie persoanei care le-a dat în cazurile prevăzute în alin. (2) și (3)”.

Primirea de foloase necuvenite este incriminată pentru prima dată ca infracțiune de corupție în Codul penal de la 1968 în art. 256 și constă în primirea de către funcționar, direct sau indirect, de bani ori alte foloase, după ce a îndeplinit un act în virtutea funcției sale și la care era obligat în temeiul acesteia iar pedeapsa este închisoarea de la 1 lună la 1 an sau amenda. Banii, valorile sau orice alte bunuri primite se confiscă, iar dacă acestea nu se găsesc, condamnatul este obligat la plata echivalentului lor în bani.

Prin Legea nr. 140/1996 limitele speciale au fost majorate la 6 luni limita minimă, și la 5 ani limita maximă; s-a renunțat la pedeapsa cu amenda ca pedeapsă alternativă.

Traficul de influență, ca faptă de corupție, era prevăzută în art. 257 din același cod și avea următorul cuprins: „Primirea ori pretinderea de bani sau alte foloase, ori acceptarea de promisiuni, de daruri, direct sau indirect, pentru sine sau pentru altul, săvârșită de către o persoană care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar pentru a determina să facă ori să nu facă un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani.

Prin Legea nr. 65/1992 limitele speciale ale pedepsei cu închisoarea au fost majorate la 2, respectiv 7 ani, iar prin Legea nr.140/1996, limita maximă specială a fost majorată la 10 ani.

Prin Legea nr.78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție⁷ sunt prevăzute noi variante agravate ale infracțiunilor de luare de mită, dare de mită, primire de foloase necuvenite și trafic de influență atunci când sunt săvârșite de alte categorii de funcționari sau în legătură cu asemenea categorii de funcționari. De asemenea, în această lege la art. 6¹ s-a prevăzut o nouă infracțiune de corupție cu denumirea marginală „**cumpărarea de influență**” : „(1) Promisiunea, oferirea sau darea de bani, de daruri ori alte foloase, direct sau indirect, unei persoane care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar, pentru a-l determina să facă să nu facă un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 10 ani. (2) Făptuitorul nu se pedepsește dacă denunță autorității fapta mai înainte ca organul de urmărire să fi fost sesizat pentru acea faptă.(3)

⁴ Adoptat prin Legea nr. 15 din 1968, publicat în B. Of. 79-79 bis din 21 iunie 1968, republicat în B. Of. nr. 55-56 din 23 aprilie 1973, republicat în M. Of. nr. 65 din 16 aprilie 1997.

⁵ Publicată în M.Of. nr. 166 din 17 iulie 1992.

⁶ Publicată în M.Of. nr. 289 din 14 noiembrie 1996.

⁷ Publicată în M.Of. nr.219 din 18 mai 2000

Banii, valorile sau orice alte bunuri care au făcut obiectul infracțiunii prevăzute la alin.(1) se confiscă, iar dacă acestea nu se găsesc, condamnatul este obligat la plata echivalentului lor în bani. (4) Banii, valorile sau orice alte bunuri se restituie persoanei care le-a dat în cazul prevăzut la alin. (2).

În Legea nr. 78/2000, la Capitolul III, au fost considerate infracțiuni de corupție, pe lângă cele propriu-zise prevăzute în Codul penal, și alte infracțiuni care își au reglementarea în legi speciale. Astfel, în secțiunea a 3-a a acestui capitol sunt stabilite acele infracțiuni considerate ca infracțiuni asimilate celor de corupție. Sunt incluse în acest grup acele fapte prevăzute în art. 11 la art.16 din Legea nr. 78/2000, dacă au fost săvârșite în scopul obținerii pentru sine sau pentru altul de bani, bunuri sau alte foloase necuvenite.

De asemenea, în Secțiunea a 4-a din Capitolul III al Legii nr.78/2000 sunt reglementate infracțiunile în legătură directă cu infracțiunile de corupție. Se includ în acest grup infracțiunile în legătură directă cu infracțiunile de corupție propriu-zise, infracțiunile asimilate acestora și infracțiunile financiare ale Uniunii Europene.

În sfârșit, în secțiunea 4¹, intitulată „Infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, din Legea nr.78/2000, secțiune introdusă prin Legea nr.161/2003, sunt stabilite acele fapte prin care se urmărește obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, sau care au ca rezultat diminuarea ilegală a resurselor bugetului general al Uniunii Europene.

IV. În Codul penal din 2004⁸, care nu a mai intrat în vigoare, în Titlul VI intitulat „Crime și delictе contra intereselor publice”, Capitolul I „Crime și delictе de corupție”, erau prevăzute următoarele fapte ca infracțiuni de corupție: Luarea de mită, Darea de mită, Primirea de foloase necuvenite, Remunerația injustă și Traficul de influență.

După cum se observă, în acest Cod, legiuitorul a introdus o nouă faptă de corupție neprevăzută în codurile penale anterioare și anume **remunerația injustă**. Aceasta constă în fapta funcționarului public care, în virtutea funcției, avea sub supraveghere sau control o persoană juridică de drept privat, de a primi însărcinări retribuite de la o asemenea persoană, înainte de a împlini 3 ani de la data pensionării, a demisiei, destituirii sau revocării, se pedepsește cu închisoare strictă de la un an la trei ani sau cu zile amendă. Conducătorii unor asemenea persoane juridice de drept privat se consideră complici la comiterea faptei de remunerație injustă.

V. În Codul penal din 2009 și intrat în vigoare la 1 februarie 2014⁹ faptele de corupție sunt incriminate în Titlul V „Infracțiuni de corupție și de serviciu”, Capitolul I „Infracțiuni de corupție”.

La stabilirea conținutului infracțiunilor de corupție s-au avut în vedere, pe de o parte, reglementarea acestor fapte în Codul penal de la 1968 cu modificările și completările ulterioare, mai ales cele intervenite după 1990, iar pe de altă parte, dispozițiile din Legea nr. 78/2000 cu modificările și completările ulterioare, inclusiv cele produse prin Legea nr.161/2003,¹⁰ fără a fi aduse modificări semnificative de fond.

Luarea de mită, în Codul penal în vigoare, este incriminată într-o variantă tip, care are un conținut apropiat de cel din Codul penal anterior, dar la care distingem și unele deosebiri; dacă în art. 254 din Codul penal anterior funcționarul pretinde ori primește bani sau alte foloase care nu i se cuvin ori acceptă promisiunea unor astfel de foloase sau nu o respinge, **în scopul de a îndeplini**, a nu îndeplini ori a întârzia îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu sau în scopul de a face un act contrar acestor îndatoriri, în art. 289 alin.(1) din Codul penal în vigoare, funcționarul public pretinde ori primește bani sau alte foloase care nu i se cuvin ori acceptă promisiunea unor astfel de foloase, **în legătură cu îndeplinirea**, neîndeplinirea, urgentarea sau întârzierea îndeplinirii unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau **în legătură cu îndeplinirea unui act contrar acestor îndatoriri**. Această formulare a textului de incriminare a faptei de luare de mită în Codul penal în vigoare se justifică prin aceea **că fapta de primire de foloase necuvenite a fost absorbită în conținutul celei de luare de mită**. De asemenea, tot ca un element nou la luarea de mită în Codul de la 2009 s-a prevăzut aplicarea obligatorie a interzicerii exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică ori de a exercita profesia sau activitatea în exercitarea căreia a săvârșit fapta.

În alineatul (2) al art. 289 C.pen. în vigoare este incriminată luarea de mită când este săvârșită de către o persoană care exercită o profesie de interes public **dar numai în ipoteza comiterii acestei fapte în scopul** de a nu îndeplini, a întârzia îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle sale legale sau în scopul de a face un act contrar acestor îndatoriri. Prin această dispoziție se rezolvă mult controversata problemă dacă notarul public, executorul judecătoresc sau altă persoană care exercită o funcție de interes public, pentru care este necesară o abilitate specială a autorităților publice, poate fi sau nu autor al luării de mită.

Infracțiunile de dare de mită și trafic de influență, au un conținut, în mare parte, apropiat de cel din Codul penal anterior, cu deosebirea că limitele speciale ale pedepsei închisorii au fost majorate.

Cumpărarea de influență a fost adusă în Codul penal prin preluarea ei din Legea nr.78/2000, modificată și completată prin Legea nr.161/2003, la care s-a prevăzut aplicarea obligatorie a pedepsei complementare a interzicerii exercitării unor drepturi.

⁸ Publicat în M.Of. nr. 575 din 28 iunie 2004.

⁹ Publicat în M.Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

¹⁰ Publicată în M.Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003.

În sfârșit, acest capitol cuprinde un text general (art.294) preluat din Legea nr.78/2000 modificată și completată, în care se prevede că dispozițiile cuprinse în Capitolul „Infrațiuni de corupție” se aplică în mod corespunzător faptelor de corupție săvârșite de către funcționarii străini ori în legătură cu activitatea acestora.

De asemenea, ca urmare a ratificării de către România a Protocolului adițional la Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția (Legea nr.260/2004) s-a impus completarea cadrului infracțiunilor de corupție cu o prevedere referitoare la extinderea normelor penale respective în privința faptelor de dare și luare de mită comise de persoanele implicate în soluționarea litigiilor pe cale de arbitraj intern sau internațional (art. 2-4 din Protocol).

Modificări substanțiale au fost operate în conținutul Legii nr.78/2000 prin Legea nr.187/2012¹¹ pentru punerea în aplicare a noului Cod penal. Prin aceste modificări s-a urmărit, în principal, punerea de acord a unor dispoziții din această lege cu cele din noul Cod penal prin care se reglementează infracțiunile de corupție. De asemenea au fost abrogate grupul de infracțiuni în legătură directă cu infracțiunile de corupție prevăzute în art. 17 și 18 din Legea nr.78/2000.

VI. În loc de concluzii

Din cele ce au precedat, rezultă clar că legiuitorul penal român, în cele 5 coduri penale care au fost adoptate până în prezent, cât și în alte legi speciale, a fost preocupat de a elabora o legislație în materia faptelor de corupție care să poată sancționa și combate eficient acest tip de fapte care au avut întotdeauna consecințe dintre cele mai grave și care au afectat destul de mult dezvoltarea societății românești și utilizarea fondurilor publice pentru îmbunătățirea condițiilor de viață ale românilor. Aceasta rezultă cu claritate și din statisticile Parchetului General și ale Direcției Naționale Anticorupție.

De aceea, considerăm că se impun, în perioada următoare, și alte măsuri din partea puterii legiuitoare pentru a spori eficiența prevenirii și combaterii infracțiunilor de corupție.

Este cunoscut faptul că, prin săvârșirea faptelor de corupție autorii acestora urmăresc și aproape în toate cazurile reușesc să obțină sume de bani, bunuri și alte foloase patrimoniale, uneori la valori foarte ridicate. Realitatea demonstrează că numai ridicarea limitelor speciale ale pedepsei privative de libertate, în cazul faptelor de corupție, nu a fost de natură să determine scăderea sau reducerea fenomenului infracțional în această materie. Din acest motiv, se înțelege, că se impune și luarea altor măsuri care să poată conduce la prevenirea și combaterea infracționalității în această materie. Astfel de măsuri trebuie să vizeze confiscarea tuturor foloaselor provenite din săvârșirea infracțiunilor de corupție, în special, și a celorlalte infracțiuni, în general. Numai dacă cel care comite infracțiuni producătoare pentru el de avantaje pecuniare sau materiale știe că pe lângă pedeapsa privativă de libertate va rămâne și fără acele avantaje, se va abține de la săvârșirea unor astfel de infracțiuni.

Pentru aceasta, considerăm că se impune **modificarea**, pe de o parte, **chiar a Constituției României** și, pe de altă parte, **stabilirea unui cadru juridic adecvat** care să aibă ca obiectiv pierderea de către infractor a tuturor foloaselor provenite din săvârșirea infracțiunii.

Este știut faptul că, în Constituția României la art. 44 alin. (8) se prevede: „Averea dobândită licit nu poate fi confiscată. **Caracterul licit al dobândirii se prezumă**”. Acest text constituie un puternic obstacol pentru a-l putea lăsa pe infractor fără bunurile obținute prin săvârșirea de infracțiuni atâta timp cât caracterul ilicit al dobândirii lor trebuie să fie probat în exclusivitate de organele judiciare. Considerăm că s-ar impune ca legiuitorul, mai întâi, **să înlăture din Constituție** regula potrivit căreia caracterul licit al dobândirii averii se prezumă, iar apoi să adopte o lege prin care să impună, atunci când este cazul, adică atunci când instanța are suficiente elemente de a crede că anumite bunuri ar proveni din săvârșirea de infracțiuni, **obligația celui care a dobândit asemenea bunuri, să dovedească caracterul licit al acestora**.

Totodată, în vederea combaterii infracțiunilor de corupție, apreciem că ar trebui, ca în textul de incriminare al unor asemenea fapte, să se prevadă, ca sancțiune obligatorie, pe lângă pedeapsa privativă de libertate și pedeapsa cu amendă ale cărei limite speciale să fie stabilite în funcție de valoarea produselor provenite din săvârșirea acestor fapte.

Tot în sensul diminuării sau reducerii fenomenului criminalității în materia infracțiunilor de corupție, ar trebui ca Parlamentul României **să grăbească dezbaterile și adoptarea proiectului Legii de modificare a art. 112¹ C.pen.** prin care să transpună, în legislația română, prevederile Directivei 2014/42/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană.

În prezent se propune modificarea alineatelor (1) și (2) ale art. 112¹ din Codul penal în vigoare care ar urma să aibă următorul cuprins: (1) Sunt supuse confiscării și alte bunuri prevăzute la art. 112, când față de o persoană se dispune condamnarea pentru o faptă susceptibilă să îi procure un folos material și pentru care pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 4 ani sau mai mare, instanța își formează convingerea că bunurile respective provin din activități infracționale. Convingerea instanței se poate baza inclusiv pe disproporția dintre veniturile licite și averea persoanei.

¹¹ Publicată în M.Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

(2) Confiscarea extinsă se dispune asupra bunurilor dobândite de persoana condamnată într-o perioadă de 5 ani înainte și, dacă este cazul, după momentul săvârșirii infracțiunii până la faza emiterii actului de sesizare a instanței. Confiscarea extinsă poate fi dispusă și asupra bunurilor transferate către terți, dacă aceștia știau sau ar fi trebuit să știe că scopul transferului a fost evitarea confiscării.

Și la acest proiect de lege s-ar impune unele amendamente. Astfel, la alin.(1) considerăm că nu este necesar să se limiteze confiscarea extinsă numai la infracțiunile pentru care legea penală prevede pedeapsa cu închisoarea mai mare de 4 ani pentru că pot fi infracțiuni la care pedeapsa să fie mai mică de 4 ani și prin comiterea lor să se obțină foloase materiale necuvenite. În prezent există un proiect de lege prin care se urmărește implementarea deciziilor Curții Constituționale în Codul penal și la care autorii acestuia propun ca pedeapsa pentru abuzul abuzul în serviciu să fie mai mică de 4 ani, ori prin săvârșirea acestei infracțiuni există posibilitatea obținerii de foloase materiale necuvenite.

IMPORTANȚA PREDICTIBILITĂȚII PROCEDURILOR PENALE ÎN FAZA DE URMĂRIRE PENALĂ*

Denisa BARBU*

Abstract: *Generic presentation of the overall image in the indictment, of the criminal activity, without being specified concretely and in detail, with a pertinent reference to the evidence they support, the criminal activity of each defendant violates the equality of arms and the predictability of the criminal proceedings.*

Also, limiting the prosecutor to indicating the evidence on which the accusation is based on an enumeration of evidence and a faithful reproduction and in a generic context of the content of certain evidence, without, of course, including a particular and pertinent analysis of the factual circumstances in which a particular conduct is alleged to be attributable to a particular defendant would, in our view, constitute a breach of the right to effective protection, thus violating the fairness of the proceedings, in article 6 par. 2 of the Directive 2012/13 / EU of the EU Parliament, and the principle of finding the truth provided by art. 5 C.C.P.

In many cases, art. 6 (4) of the Directive 2012/13 / EU on the right to information in criminal proceedings is breached, although România is obliged to respect ("the suspected or accused persons to be promptly informed of any change in the information provided ... where necessary to ensure the fairness of the proceedings"), more art. 29 of the preamble to the Directive, stating that all changes must be communicated to the suspected and timely persons in order to enable the effective exercise of the right to defence.

Keywords: *equality of arms; right to defence; predictability of procedures; obligations; finding the truth.*

În practică, în intervalul de timp dintre începerea urmăririi penale in rem și continuarea in personam (nu mai zicem de punerea în mișcare a acțiunii penale), sunt administrate cele mai multe probe în acuzare împotriva viitorului suspect/inculpat, fără ca el să le poată combate, ori plecând de la standardele europene de protecție în materia dreptului la un proces echitabil (art.6 CEDO), putem aprecia încă din acel moment că sunt lipsite de temeinicie.

În condițiile în care pe aproape toată perioada urmăririi penale in rem, toate probele au fost administrate, viitorul suspect/inculpat nu poate să le combată, deoarece nu este asistat de către un avocat care să asiste la legala lor administrare, subliniem că se creează un dezechilibru între apărare și acuzare și prin aceasta încălcarea principiului loialității administrării probelor, respectiv vătămarea drepturilor care nu pot fi remediate decât prin anularea acestora. Aceasta se justifică în considerarea faptului că apărarea nu comportă aceleași facilități și garanții ca în ipoteza existenței calității de suspect /inculpat.

De asemenea, există în practică o serie de situații în care se regăsesc ordonanțe de extindere a urmăririi penale, prin care s-au pus în mișcare și acțiunea penală, nelegale din punctul nostru de vedere, deoarece, în aceste condiții sunt încălcate dispozițiile art. 311 C.p.p.

În acest sens, dispozițiile art. 311 alin.3 C.p.p., ca urmare a Deciziei Curții Constituționale din 28 februarie 2017, trebuie interpretate în sensul că organul judiciar este obligat să-l informeze pe suspect de îndată și de prima audiere, despre drepturile prevăzute în art. 83 C.p.p și despre obligațiile prevăzute în dispozițiile art. 108 alin.2 C.p.p.

Într-adevăr, prin aceeași ordonanță se poate dispune atât extinderea urmăririi penale, cât și continuarea efectuării urmăririi penale față de suspect, atât extinderea urmăririi penale cu privire la alte fapte/persoane, cât și extinderea acțiunii penale cu privire la aspecte noi, atât extinderea urmăririi penale cu privire la alte fapte, cât și schimbarea încadrării juridice, dar niciodată extinderea urmăririi penale și punerea în mișcare a acțiunii penale, motiv pentru care se va putea cere anularea ordonanței prin care s-a extins urmărirea penală și s-a pus în mișcare acțiunea penală conform art. 282 C.p.p.

Așa cum spun și doctrina, dar și practica, ori de câte ori are loc o extindere a urmăririi penale in personam, chemarea, înștiințarea și audierea suspectului sunt obligatorii, acestea reprezentând garanții ale unui proces echitabil, dându-se posibilitatea unei apărări concrete și adecvate în raport de obiectul și limitele urmăririi.

Astfel, art. 6 alin.4 din Directiva 2012/13/UE privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale este încălcat, deși România s-a obligat să respecte ca „persoanele suspectate sau acuzate să fie informate cu promptitudine cu privire la orice modificare a informațiilor oferite... acolo unde este necesar pentru a garanta caracterul echitabil al procedurilor”). Mai mult art.29 din preambulul Directivei menționează că toate modificările trebuie comunicate persoanelor suspectate și la timp pentru a permite exercitarea efectivă a dreptului la apărare.

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul "Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească", număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

* Lect. univ.dr. Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Valahia” din Targoviste; e-mail: denisa.barbu77@yahoo.com.

Organele judiciare au obligația „să asigure pe bază de probe aflarea adevărului cu privire la faptele și împrejurările cauzei, precum și cu privire la persoana suspectului sau inculpatului” (art. 5 alin. 1 C.p.p.).

Aflarea adevărului în procesul penal presupune ca probele administrate să reflecte realitatea obiectivă, stabilindu-se astfel situația de fapt pe baza probelor administrate¹.

În ceea ce privește definirea adevărului, de-a lungul timpului au existat o serie de controverse, mergând de la ideea că adevărul poate fi cunoscut întotdeauna până la ideea că nu poate fi cunoscut niciodată cu mijloace omenești².

Există diferențe de percepere având chiar o raportare diferită la problema aflării adevărului judiciar³ între sistemul adversarial și cel continental. Astfel, în sistemul continental adevărul judiciar trebuie să fie identic cu cel obiectiv, pe când în sistemul adversarial adevărul judiciar poate fi diferit de cel real în urma administrării probelor. Din această teoremă rezultă că este necesară o confruntare corectă, echitabilă, să se asigure egalitatea armelor pentru a se putea ajunge la o soluție onestă.

Concluzionăm că această controversă nu este altceva decât o reluare a problematicei filozofice în legătură cu stabilirea adevărului.

Diferența dintre cele două sisteme este dată și de accentul pus diferit o dată pe procedură în sistemul adversarial, iar altădată pe dreptul material în sistemul continental (spre exemplu, cazurile de nulitate absolută).

Ambele sisteme au o serie de dezavantaje, ceea ce a condus la aplicarea unui sistem procesual mixt, însă în sistemul românesc pentru a se atinge scopul procesului penal este necesar să se cunoască adevărul real rezultat din realitatea faptelor și nu din evaluarea lor.

Echitatea reprezintă egalitatea deplină a tuturor participanților la procesul penal, realizându-se astfel un echilibru între apărarea interesului general al societății și interesul legitim al persoanelor nevinovate de a nu fi supuse constrângerii penale. Această definiție cuprinde trei elemente esențiale: necesitatea soluționării într-un termen rezonabil, cu efectuarea unor represiuni exacte și corecte și cu respectarea drepturilor și libertăților persoanelor⁴.

Conform art.8 C.p.p., organele judiciare au obligația de a desfășura urmărirea penală și judecata cu respectarea garanțiilor procesuale și a drepturilor părților și a altor subiecți procesuali, astfel încât să fie constatate la timp și în mod complet faptele ce constituie infracțiuni, iar orice persoană vinovată să fie trasă la răspundere penală într-un termen rezonabil.

Principiul caracterului echitabil se bazează și pe regula egalității de arme între apărare și acuzare coroborată cu imparțialitatea procurorului. Însă, prin natura lucrurilor, procurorul și inculpatul nu se pot afla pe poziții de egalitate, ceea ce nu conduce automat la o violare a egalității armelor procedurale.

În realitate, pentru a se putea discuta de o inegalitate în ceea ce privește armele procedurale, considerăm că ar trebui îndeplinite trei condiții: procurorul să beneficieze de un drept suplimentar față de cel acuzat, acel drept să nu derive din natura funcției parchetului, dreptul respectiv să îi creeze procurorului un avantaj concret în cursul procedurii.

Egalitatea de arme este înscrisă și în Constituția României, în art.16 alin.1 și 2:(1) ”Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări; (2) Nimeni nu este mai presus de lege”, dar și în art.21 din Constituție, prin dispozițiile acestui articol recunoscându-se dreptul fundamental al persoanelor, indiferent de naționalitate, rasă, sex sau religie de a exercita, în condiții de deplină egalitate toate drepturile din Constituție și din alte legi, de a participa în mod egal la viața politică, economică, juridică, socială și culturală.

Caracterul echitabil al procesului penal dat de doctrina noastră⁵ este în primul rând reprezentat de scopul procesului penal (constatarea la timp și în mod complet a faptelor ce constituie infracțiuni, astfel ca orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției sale și nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală). „Echitatea” are la bază egalitatea deplină a tuturor participanților la procesul penal, iar în acest sens, ea nu poate fi separată de scopul procesului penal conform căruia trebuie sancționate toate persoanele care au săvârșit infracțiuni și niciun nevinovat să nu fie pedepsit.

Din aceste considerente, se dorește îndeplinirea cerinței unui echilibru între apărarea interesului general al societății⁶, prin pedepsirea tuturor infractorilor și interesul legitim al persoanelor nevinovate de a nu fi supuse caracterului coercitiv al statului. Pentru a se putea discuta de un asemenea echilibru este nevoie, în primul rând, de organe judiciare competente, independente, imparțiale care să aplice în mod corect sancțiunile celor care se fac vinovați de săvârșirea de infracțiuni, prin folosirea la maxim a regulilor impuse de principiul aflării adevărului, iar în al doilea rând, aceste organe să se asigure că nu cercetează și trag la răspundere persoane nevinovate.

¹ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, p. 69.

² N. Volonciu, s.a., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p.14.

³ D. Ionescu, *Procedura avertismentului. Consecințe în materia validității declarațiilor acuzatului în procesul penal*, în CDP nr. 2/2006, p.28.

⁴ N. Volonciu, s.a., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p.24.

⁵ G. Antoniu, N. Volonciu, N. Zaharia, *Dictionar de procedură penală*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1988, p.97, apud Gr. Gr. Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.63.

⁶ N. Volonciu, A.S. Uzlău și alții, *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p.23.

Ca atare, egalitatea armelor presupune legalitate, adevăr, inițiativa în combaterea infracțiunilor, preocupare continuă pentru justa sancționare a infractorilor într-un termen cât mai scurt, dar și preocupări permanente de a nu se aduce atingere drepturilor și libertăților fundamentale prevăzute de către Constituție, prin stabilirea unor garanții exprese care să împiedice orice abuz și să înlăture orice încălcări ale legii de către organele judiciare în ceea ce privește prezumția de nevinovăție, dreptul la apărare, libertatea individuală, demnitatea umană, viața intimă.

Egalitatea armelor (chiar și a părților) reprezintă un element esențial al dreptului la un proces echitabil, deoarece se conturează ideea că părțile, subiecții procesuali au posibilitatea rezonabilă să-și susțină cauza pe poziții de egalitate, neplasându-se într-un net dezavantaj/avantaj în raport cu adversarul, iar „egalitatea” se subînțelege în respectarea dreptului la apărare sau necesitatea unor dezbateri contradictorii, garanții în care se integrează cel mai mult și a căror eficacitate trebuie protejată⁷. Înțeles în acești termeni, principiul discutat permite aprecierea modului în care instanța înțelege să mențină „echilibrul” necesar desfășurării unui proces echitabil, în special în privința comunicării între părți a tuturor pieselor dosarului care vor servi la adoptarea deciziei sale. De asemenea, dreptul la o procedură contradictorie implică, în esență, posibilitatea pentru părțile unui proces de a lua cunostință de toate piesele și observațiile prezentate judecătorului și de a le discuta⁸.

Potrivit articolului 6 al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (Legea nr. 30/1994 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la aceasta convenție – publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135 din 31 mai 1994): „Orice persoană are **dreptul la judecarea în mod echitabil**, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî..., fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa... Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția va fi legal stabilită.”

Conform art 6 parag.3 lit.d din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁹ „orice acuzat are, în special, dreptul să audieze sau să solicite audierea martorilor acuzării și să obțină citarea și audierea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării”. De aici rezultă trei elemente esențiale: dreptul acuzatului de a adresa întrebări martorilor acuzării; dreptul de a obține citarea și interogarea martorilor apărării; egalitatea de tratament, echilibrul procesual între acuzare și apărare¹⁰.

În ceea ce privește lipsa de egalitate a armelor și dreptul la mijloace adecvate pentru pregătirea apărării, în cauza *Natunen vs Finlanda*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a declarat admisibilă plângerea reclamantului, Curtea susținând că a existat o încălcare a articolului 6 alin. 1 combinat cu articolul 6 alin. 3 lit.b din Convenție¹¹. Așadar, procesul echitabil nu este altceva decât conceptul mai larg al egalității armelor, urmând ca instanța să-l interpreteze ca atare¹².

Acest principiu se regăsește atât în legislația statelor cu sistem de drept anglo-saxon, cât și în cele cu sistem de drept de tip romano-germanic¹³. Trebuie subliniat că egalitatea armelor este strâns legată de noțiunea de drept la un proces echitabil¹⁴, consacrat prin dispozițiile art. 6 parag.1 din Convenție. De asemenea, Curtea subliniază faptul că egalitatea armelor este doar o componentă a noțiunii de „drept la un proces echitabil”¹⁵, în dispozițiile art. 6 din Convenție neexistând o definiție a procesului echitabil, iar în parag.3 fiind reglementate „drepturi minime” care pot fi calificate ca elemente fundamentale ale procesului echitabil, și totodată care pot completa aria drepturilor prevăzute în art. 6 parag.1 din Convenție¹⁶.

Un aspect important al dreptului la un proces echitabil în procesul penal, îl reprezintă elementul **contradictoriu**, trebuind să existe **egalitatea armelor între acuzare și apărare**. **Dreptul la un proces în contradictoriu într-un proces penal, include și urmărirea penală în cadrul căreia trebuie să se acorde posibilitatea de a avea**

⁷ Cauza *Ankerl contra Suediei*, hotărârea din 18 februarie 1997; cauza *Niderost – Huler contra Suediei*, hotărârea 1997-I/24 noiembrie 1997.

⁸ Cauza *Morel contra Franței*, hotărârea din 6 iunie 2000.

⁹ CEDO, încheiată la Roma la 4 noiembrie 1950 în cadrul Consiliului Europei, împreună cu protocoalele adiționale nr.1,2,4,6,7,9,10,11 constituie izvor intern, conform art. 11 alin.2 din constituție, având o natură supralegislativă față de legile interne cu care se află în neconcordanță.

¹⁰ Hunor Kadar, *Principiul egalității armelor și al contradictorialității în lumina jurisprudenței C.E.D.O. Efectele acestor principii asupra interogării martorilor*, publicat pe studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=469, accesat la 09.01.2015.

¹¹ *Case of Natunen vs Finland, Fourth Section, (application no. 21022/04), judgment, 31 march 2009, final,30/06/2009*

¹² R.Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentariu și explicații*, ed. a II-a, Ed. C.H.Beck, București, 2008, p.373.

¹³ F.G.Jacobs, R.C.White, *The European Convention on Human Rights*, 2d ed., Ed. Clarendon Press, Oxford, 1996, p.158; S.J. Summers, *Fair trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Universit t Zurich, 2006, p.104.

¹⁴ *Ibidem*, p.109.

¹⁵ CEDO, cauza *Delcourt c. Belgia*,2689/65, hotărârea din 17 ianuarie 1970.

¹⁶ Com. EDO, Rap.343/57,15martie 1961, cauza *Nielsen c. Danemarca*; Com. EDO, Rap.524/59,617/59,23 noiembrie 1962,cauza *Ofner și Hopfinger c. Austriei* (fiind primele cauze penale în care s-a folosit egalitatea armelor de către Comisie); Com.EDO, Rap. 8403/78,14 decembrie 1981, cauza *Jespers c. Belgiei*, în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, vol.2 (art.6), Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Koln, Bonn, Munchen, 1984, p.272-273.

cunoștințe și observații cu privire la elementele de probă prezentate de către cealaltă parte. În plus, articolul 6 parag. 1 prevede că organele judiciare trebuie să prezinte apărării **toate probele materiale aflate în posesia lor, atât pentru, cât și împotriva acuzatului** (a se vedea, mutatis mutandis, Rowe și Davis, parag.60), (Natunen vs Finlanda, parag.39).

Egalitatea în drepturi s-a conturat în urma revoluției franceze din 1789, când în mod formal au fost desființate privilegiile de clasă, sorgintea conceptului de „egalitate în fața legii” regăsindu-o în Declarația Franceză a Drepturilor Omului și Cetățeanului¹⁷.

Curtea a apreciat corect respectarea principiului egalității armelor, deoarece în cazul normelor naționale se poate întâmpla să existe o serie de dificultăți: spre exemplu, în cazul expertizelor, dar și al desfășurării procedurii în fața jurisdicțiilor judiciare sau administrative¹⁸. Egalitatea între acuzare și apărare este o cerință de garanție pentru echilibrul între interesele individului și ale societății, pentru armonizarea și salvagardarea acestor interese¹⁹.

Trebuie subliniat faptul că indiferent de sistemul procesual care este aplicabil într-un anumit stat, dreptul inculpatului de a interoga martorii acuzării este subliniat ca fiind un element fundamental al principiului egalității armelor. Se știe că Ministerul Public are un rol deosebit în protejarea ordinii publice, însă acest fapt nu creează o poziție privilegiată față de ceilalți participanți la procesul penal.

Procurorul, ca și inculpatul, poate formula cereri, ridică excepții și pune concluzii.

Cu toate acestea, este evident că nu poate exista o egalitate procesuală completă între aceștia, din moment ce procurorul acționează în calitate de autoritate publică și astfel, dispune de anumite mijloace logistice care nu stau la dispoziția inculpatului.

Pentru a exista o încălcare a egalității armelor, trebuie încălcate cumulativ trei condiții: procurorul să beneficieze de un drept suplimentar față de cel acuzat, acest drept să nu derive din natura funcției și să creeze un avantaj concret procurorului în cursul procedurii²⁰.

Egalitatea armelor reprezintă îndatorirea procurorului de a aduce în fața instanței toate probele administrate în faza de urmărire penală, indiferent dacă sunt în favoarea sau defavoarea inculpatului²¹. Strâns legat de egalitatea armelor se află principiul contradictorialității, care este motorul instanței, dând posibilitatea părților și subiecților procesuali principali să participe în mod activ la argumentarea și dovedirea drepturilor și apărărilor, expunându-și punctul de vedere asupra motivelor instanței în scopul stabilirii adevărului și al pronunțării unei hotărâri legale și temeinice²².

Ca atare, complexitatea cauzei nu reprezintă pentru procuror o dispensă de la respectarea regulilor referitoare la conținutul rechizitoriului.

O prezentare generică a imaginii de ansamblu, a activității infracționale, în rechizitoriu, fără să se precizeze în concret și detaliat, cu trimitere pertinentă la probele pe care o susțin, în ce constă activitatea infracțională a fiecărui inculpat conduce la încălcarea dispozițiilor art. 328 C.p.p., cât și ale dispozițiilor art. 327 lit.a C.p.p.

De asemenea, limitarea la indicarea probelor pe care se întemeiază acuzarea la o enumerare a mijloacelor de probă și la o reproducere fidelă și într-un context generic a conținutului anumitor probe, fără să cuprindă, cum este firesc, o analiză particulară și pertinentă a împrejurărilor de fapt din care rezultă un anumit comportament care i se impută unui anumit inculpat conduce la lipsa predictibilității procedurilor în faza de urmărire penală.

Dacă din rechizitoriu nu rezultă cu claritate contextul și modalitatea în care au fost comise presupusele acte materiale și, ca atare, nu se poate spune că obiectul judecății este conturat, așa cum s-a reținut și în practica judiciară, interpretându-se dispozițiile art.328 alin.1 C.p.p., considerăm nelegală administrarea probelor și nelegală efectuarea actelor de urmărire penală.

Considerăm că astfel s-a încălcat dreptul la o apărare efectivă; mai mult, în faza de judecată, instanța ar trebui să explice inculpatului în ce constă învinuirea, iar inculpatul să se apere.

Pentru a nu exista nici o îndoială, rechizitoriul ar trebui să îndeplinească toate cerințele prevăzute de art.371 C.p.p. , iar în lipsa lor încălcându-se dreptul la o apărare efectivă, producând o vătămare care nu poate fi înlăturată decât prin anularea lor conform art.282 C.p.p., deoarece apariția unor acte de urmărire penală la finalul urmăririi penale, lipsește de drepturile pe care le-ar fi avut în calitate de suspect/inculpat, implicit încălcându-se predictibilitatea procesului.

¹⁷ V.Pătulea, Sinteza teoretică și practică judiciară a CEDO în legătură cu art.6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, revista dreptul nr.10/2007, p.243.

¹⁸ Jean-Francois Renucci, *Tratat de drept European al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009,p.485.

¹⁹ Ovidiu Predescu, Mihail Udrișu, *Convenția europeană a drepturilor omului și dreptul procesual penal român*, Ed.C.H.Beck, Bucuresti, 2007, p.363.

²⁰ Radu Chiriță, *Dreptul la un proces echitabil*, Ed. Universul juridic, București, 2008, p.349.

²¹ Mihail Udrișu, Ovidiu Predescu, *Standardele europene în materia dreptului de a dispune de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării*, Revista Dreptul, nr.5/2009, Uniunea juriștilor din România, p.268.

²² Vasile Pătulea, *Proces echitabil – Jurisprudența comentată a Curții Europene a drepturilor Omului*, Institutul Român pentru drepturile Omului, București, 2007, p.177.

Mai mult, în practică există o serie de cazuri când prin ordonanța de extindere a urmăririi penale este pusă în mișcare și acțiunea penală, în aceste condiții fiind încălcate dispozițiile art. 311 C.p.p.

Într-adevăr, prin aceeași ordonanță se poate dispune atât extinderea urmăririi penale, cât și continuarea efectuării urmăririi penale față de suspect, atât extinderea urmăririi penale cu privire la alte fapte/persoane, cât și extinderea acțiunii penale cu privire la aspecte noi.

De asemenea, prin ordonanță de extindere a urmăririi penale se poate extinde urmărirea penale cu privire la alte fapte, cât și schimbarea încadrării juridice, dar niciodată extinderea urmăririi penale și punerea în mișcare a acțiunii penale, motiv pentru care se poate cere anularea ordonanțelor prin care s-a extins urmărirea penală și s-a pus în mișcare acțiunea penală conform art.282 C.p.p.

De asemenea, prin administrarea de probe numai în defavoarea inculpaților – se încalcă echitabilitatea procedurilor, așa cum este prevăzută în art.6 alin.2 din Directiva 2012/13/UE Parlamentul UE, și principiul aflării adevărului prevăzut de art.5 C.p.p.

Aceste aspecte care au fost omise de către procurorul de caz, se manifestă sub forma unor neregularități ale actului de sesizare a instanței, neregularități care se găsesc în secțiunea dedicată încadrării juridice a faptelor.

Considerăm că astfel se încalcă dreptul la o apărare efectivă, producând o vătămare care nu poate fi înlăturată decât prin anularea lor conform art.282 C.p.p., deoarece aceste ordonanțe apar la finalul urmăririi penale, lipsind de drepturile pe care le-ar fi avut în calitate de suspect/inculpat, încălcându-se predictibilitatea procesului.

Concluzii

Considerăm că prin analizarea importanței predictibilității procedurilor în faza de urmărire penală, am relevat atât raportarea pe verticală a procesului penal la structurile instituționale implicate în proces și la fazele acestuia, cât și raportarea pe orizontală a acestuia la drepturile și obligațiile procesuale ale participanților la proces.

LUAREA MĂSURII PREVENTIVE A CONTROLULUI JUDICIAR PE CAUȚIUNE ÎN FAZA DE CAMERĂ PRELIMINARĂ

Ion FLAMINZEANU*, Denisa BARBU**

Abstract: *If the measure of judicial control, namely that of judicial bail in the course of criminal prosecution, was ordered against the defendant, the Preliminary Chamber judge has the obligation to verify the legality and the merits of these measures within 3 days from the registration of the file, before the termination of their duration. The 3-day deadline is a term of recommendation, which does not have the nature of an imperative term, so exceeding this term does not lead to the cessation of the preventive measure, as the provisions of Art. 241 par. (1) lit. a) NCPP NCPP (New Criminal Procedure Code – NCPC). The Preliminary Chamber judge may order that the measure of judicial control/judicial control on bail (not taking such a measure, previously ordered during the criminal prosecution), replacing it with another preventive measure, the legal termination of the preventive measure. Verification of the legality and soundness of the measure of judicial control, ie judicial control on bail, is done in a council room, with the participation of the prosecutor and with the summoning of the defendant; legal assistance is mandatory in the cases provided by art. 90 NCPC. Subsequently, during the Preliminary Chamber procedure, the judge has the obligation to verify periodically, but not later than 60 days, if the grounds that led to the taking of the measure of judicial control, namely the judicial control on bail, under the sanction of the legal termination of the preventive measure.*

Key words: *judicial control, preliminary chamber, verification, replacement, cessation of measure.*

Controlul judiciar se poate lua atât în faza de urmărire penală, cât și în faza de cameră preliminară sau de judecată și numai față de inculpat.

Se dispune în cursul urmăririi penale: procuror prin ordonanță; judecătorul de drepturi și libertăți¹ prin încheiere.

În faza camerei preliminare se dispune de judecătorul de cameră preliminară prin încheiere².

În faza de judecată se dispune de instanța de judecată prin încheiere³.

Controlul judiciar pe cauțiune se dispune după aceleași reguli de la măsura preventivă a controlului judiciar.

După emiterea rechizitoriului și sesizarea instanței competente, asupra măsurilor preventive este competent judecătorul de cameră preliminară.

Acesta dispune din oficiu sau la cererea procurorului luarea măsurii controlului judiciar⁴.

Cererea trebuie scrisă și poate fi cuprinsă în rechizitoriu, dar și distinct de rechizitoriu.

Prezența inculpatului nu este obligatorie, el putând lipsi motivat sau nemotivat, măsura controlului judiciar fiind luată chiar și în absența acestuia.

Luarea măsurii controlului judiciar de judecătorul de cameră preliminară se dispune prin încheiere motivată, ce trebuie să conțină, printre altele, și motivele de fapt și de drept ce au condus la această soluție.

Încheierea se comunică inculpatului⁵.

Pronunțarea are loc în camera de consiliu, minuta fiind obligatorie.

În cazul luării măsurii preventive a controlului judiciar în faza de judecată, procedura este similară celei din faza camerei preliminare.

Există și o serie de diferențe: ședința de judecată este publică, caracterul nepublic al ședinței de judecată fiind excepția⁶; propunerea de luare a măsurii controlului judiciar nu mai poate fi făcută prin rechizitoriu, ci doar prin cerere separată, care ar putea fi făcută și oral, în cursul ședinței de judecată⁷.

* Dr. , Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Lector univ.dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret”, București; e-mail: ionflaminzeanu@yahoo.com

** Lect. univ.dr. , Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Valahia” din Targoviste; e-mail: denisa.barbu77@yahoo.com

¹ Spre exemplu, în cazul respingerii propunerii de arestare preventivă (art. 237 C.p.p.), în cazul înlocuirii măsurii arestării preventive (art. 242), în cazul soluționării contestațiilor împotriva încheierilor prin care judecătorul de drepturi și libertăți dispune asupra măsurilor preventive (art. 206 alin. 1 raportat la 425 alin. 4 și 5 C.p.p.).

² Conform art. 348 C.p.p.

³ Conform art. 362 C.p.p.

⁴ M. Udriou, s.a., Codul de procedură penală. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 611. Când se autosesizează, această sesizare trebuie cuprinsă într-o încheiere de ședință distinctă, în baza căreia va fixa termen pentru discutarea măsurii, citarea inculpatului, asigurarea asistenței juridice obligatorii și înștiințarea procurorului pentru a fi prezent la ședință.

⁵ CEDO, cauza Ignatenco c. Moldovei, hotărârea din 8 februarie 2011, parag. 75.

⁶ Aceasta decurge din dispoziții exprese prevăzute de lege cu caracter derogator, cum ar fi art. 24 alin. 1 din Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, ori cele prevăzute de art. 509 alin. 2 teza I C.p.p. privind judecata în cauzele cu inculpați minori.

⁷ N. Volonciu, s.a., Noul Cod de procedură penală, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 457.

Măsura controlului judiciar trebuie verificată din oficiu cu privire la legalitatea și temeinicia acesteia, la primirea dosarului în camera preliminară⁸, precum și ulterior, la primirea dosarului la judecătorul de scaun⁹.

În conținutul controlului judiciar, art. 215 alin. 1 și 2 C.p.p. prevede trei obligații ce trebuie cumulat îndeplinite de către inculpat și dispuse de organul judiciar la luarea măsurii: (1) să se prezinte la organul judiciar ori de câte ori este chemat, această obligație este personală, nefiind îndeplinită prin prezentarea unui reprezentant convențional, inclusiv a unui avocat¹⁰; (2) să informeze de îndată organul judiciar cu privire la schimbarea locuinței; (3) să se prezinte la organul de poliție desemnat cu supravegherea sa de către organul judiciar care a dispus măsura, conform programului de supraveghere întocmit de organul de poliție sau ori de câte ori este chemat. Pe lângă acestea, organul judiciar poate dispune și alte obligații.

Înștiințarea trebuie făcută de îndată, fără a se stabili un termen maxim, însă această obligație va fi analizată în funcție de posibilitățile concrete pe care le-a avut inculpatul la dispoziție, după schimbarea locuinței. Notificarea poate fi făcută verbal sau în scris, personal sau prin reprezentant, organului judiciar care a dispus măsura, și nu celui desemnat cu supravegherea¹¹.

Chiar dacă nu există o prevedere expresă, schimbarea locuinței poate atrage obligarea organului judiciar să dispună schimbarea instituției, organului desemnat cu supravegherea executării măsurii dispuse¹².

De asemenea, o altă obligație este să se prezinte la organul de poliție¹³ desemnat cu supravegherea sa de către organul judiciar care a dispus măsura, conform programului de supraveghere întocmit de organul de poliție sau ori de câte ori este chemat¹⁴.

Stabilirea numărului prezentărilor săptămânale în fața organului de poliție, orele de prezentare sunt de competența organului de poliție potrivit normelor interne, nefiind fixat de către organul judiciar care a dispus măsura¹⁵.

Prezentarea în fața organului de poliție, la datele stabilite în program, se consemnează în scris sub semnătura inculpatului, dar și a lucrătorului de poliție desemnat cu supravegherea.

Obligațiile cu dispunere facultativă¹⁶ sunt:

a) să nu depășească o anumită limită teritorială, fixată de organul judiciar, decât cu încuviințarea prealabilă a acestuia¹⁷; În mod curent, organele judiciare dispun interdicția de a părăsi țara sau localitatea în care locuiește inculpatul.

b) să se deplaseze în locuri anume stabilite de organul judiciar sau să se deplaseze doar în locurile stabilite de acesta. Această obligație este complementară celei prevăzute de art. 215 alin. 2 lit. a C.p.p.; Locațiile pot fi identificate generic sau pot fi identificate în concret, prin indicarea adresei acesteia¹⁸.

c) să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere. Această măsură este inaplicabilă, întrucât nu au fost luate celelalte măsuri financiare și administrative necesare pentru ca ea să poată fi pusă în practică;

d) să nu revină în locuința familiei, să nu se apropie de persoana vătămată sau de membrii familiei acesteia, de alți participanți la comiterea infracțiunii, de martori sau experți sau de alte persoane anume desemnate de organul judiciar și să nu comunice cu acestea direct sau indirect, pe nicio cale¹⁹;

Pentru a putea fi respectată această interdicție, se impune ca organul judiciar să individualizeze și să nominalizeze (cu nume și prenume) în cuprinsul actului prin care a dispus măsura controlului judiciar, nefiind suficientă, după opinia doctrinei²⁰, indicarea doar prin prisma calităților procesuale²¹.

⁸ *Ibidem*, art. 207 C.p.p.

⁹ *Ibidem*, art. 208 C.p.p.; ICCJ, RIL, Decizia VII/2006.

¹⁰ N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 458.

¹¹ N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 459.

¹² Art. 215 alin. 4 C.p.p.; M. Udrioiu, s.a., *op. cit.*, p. 613.

¹³ Conform art. 82 alin. 1 teza I din Legea nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, a măsurilor educative și a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal (M.Of. nr. 513 din 14 august 2013).

¹⁴ Conform art. 82 alin. 3 din Legea nr. 253/2013, după comunicarea către secția de poliție competentă a unei copii după actul prin care se dispune luarea măsurii, organul de poliție procedează de îndată la stabilirea programului de supraveghere și cheamă persoana aflată sub control judiciar, pentru a-i aduce la cunoștință programul. S-au înființat Birourile de supravegheri judiciare, care au dezvoltat și un program informatic în care au fost incluse persoanele.

¹⁵ N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 460.

¹⁶ Art. 215 alin. 2 C.p.p.

¹⁷ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de drept procesual penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 616; copie se va comunica în ziua emiterii sau pronunțării, inculpatului, unității de poliție în a cărei circumscripție locuiește, precum și în a cărei circumscripție are interdicția de a se afla, serviciului public comunitar de evidență a persoanelor, Poliției de Frontieră Române și Inspectoratului General pentru Imigrări, în situația celui care nu este cetățean român, în vederea asigurării respectării de către inculpat a obligației care îi revine. Organele în drept dispun darea în consemn la punctele de trecere a frontierei.

¹⁸ N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 461.

¹⁹ Această obligație se dispune cu precădere în cazul comiterii de infracțiuni împotriva membrilor familiei.

²⁰ N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 462.

²¹ *Ibidem*. Spre exemplu, prin referirea la "martorii din dosar" sau "persoanele vătămate în cauză", în condițiile urmăririi penale, inculpatul nu are acces la informații privind identitatea martorilor, experților, interpreților, în cele mai multe cazuri.

e) să nu exercite profesia, meseria sau să nu desfășoare activitatea în exercitarea căreia a săvârșit fapta;

Această interdicție, prin conținut se aseamănă atât cu pedeapsa complementară prevăzută de art. 66 alin. 1 lit. g C.p.p., cât și cu măsura de siguranță prevăzută de art. 111 alin. 1 C.p.p.

f) să comunice periodic informații relevante despre mijloacele sale de existență, obligându-l să dobândească în mod legal venituri prin desfășurarea unei activități;

g) să se supună unor măsuri de control, îngrijire sau tratament medical, în special în scopul dezintoxicării;

Apreciem²² că aceasta nu se suprapune măsurii de siguranță prevăzute de art. 109 C.p., scopul măsurilor fiind distinct, respectiv cel prevăzut de art. 202 alin. 1 C.p.p. în cazul măsurii preventive, față de înlăturarea unei stări de pericol pentru societate cauzate de starea de boală a inculpatului sau de consumul cronic de alcool sau de alte substanțe psihoactive în cazul măsurii de siguranță a obligării la tratament medical.

h) să nu participe la manifestări sportive sau culturale ori la alte adunări publice;

i) să nu conducă vehicule anume stabilite de organul judiciar;

Această obligație negativă ar putea fi dispusă de organul judiciar când s-ar ajunge la concluzia, fie că inculpatul s-a folosit de tipul respectiv de vehicule pentru comiterea infracțiunii, fie că săvârșirea acesteia este consecința incapacității, nepregătirii sau altor cauze care îl fac inapt pentru conducerea vehiculelor respective²³.

j) să nu dețină, să nu folosească și să nu poarte arme.

Noțiunea de "arme" trebuie înțeleasă în concordanță cu definiția furnizată de art. 179 C.p.²⁴, dar și de legi speciale²⁵ (prin arme se înțelege atât armele și armele de foc, cât și armele albe).

Interdicția vizează atât armele ce necesită aprobare prealabilă pentru deținere (permis) chiar dacă inculpatul obținuse anterior o asemenea autorizație administrativă, cât și pe cele care necesită doar notificări către autoritatea statului sau care nu necesită nicio formalitate pentru deținere²⁶.

Înlocuirea măsurii controlului judiciar cu măsura arestului la domiciliu sau a arestării preventive are loc în cazul în care inculpatul încalcă, cu rea-credință, obligațiile care îi revin sau există suspiciunea rezonabilă că a săvârșit **cu intenție** o nouă infracțiune pentru care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale²⁷.

Observăm că al doilea motiv de înlocuire a controlului judiciar cu măsura arestului la domiciliu sau cu măsura arestării preventive se suprapune cazului prevăzut de art. 223 alin. 1 lit. d C.p.p..

Conform art. 204 alin. 3 C.p.p., art. 205 alin. 3 C.p.p. și art. 206 alin. 4 C.p.p., contestația formulată împotriva încheierii prin care s-a dispus înlocuirea măsurii controlului judiciar cu măsura arestării preventive este suspensivă de executare, motiv pentru care, în această situație, mandatul de arestare preventivă se emite la **momentul rămânerii definitive a soluției** și nu la momentul pronunțării acesteia²⁸.

* **Încuviințarea depășirii temporare a limitei teritoriale** fixate de organul judiciar nu este prevăzută în mod expres, așa cum este în cazul măsurii preventive a arestului la domiciliu²⁹, însă putem să ne înscriem în cazul prevăzut de art. 215 alin. 2 lit. a C.p.p., putând fi impusă de motive temeinice fără ca acestea să fie de natură a conduce la încetarea obligației de a nu depăși o limită teritorială impusă inculpatului³⁰.

Încuviințarea prealabilă de depășire a limitei teritoriale va fi dispusă de organul judiciar care a luat măsura³¹, însă și de judecătorul de cameră preliminară, în situația în care procesul penal a atins faza camerei preliminare, precum și de instanța de judecată, în cazul în care dosarul se află în cursul judecării³².

Căile de atac sunt diferite. Astfel, împotriva ordonanței date de procuror, calea de atac este plângerea cf. art. 336 C.p.p., iar împotriva încheierii motivate de judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară, instanța de judecată, calea de atac este contestația cf. art. 204-206 C.p.p., care se aplică în mod similar³³.

Măsura controlului judiciar dispusă prin ordonanță este executorie din momentul dispunerii, punerea în executare nefiind suspendată de calea de atac a plângerii.

După luarea măsurii preventive a controlului judiciar prin încheiere: de către judecătorul de cameră preliminară, de către instanța de judecată, aceasta se pune în executare de îndată, formularea contestației nu împiedică caracterul executoriu al măsurii dispuse³⁴.

²² M. Udrioiu, s.a., *op. cit.*, p. 614.

²³ N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 463.

²⁴ Ibidem; conform art. 179 C.p.: "(1) Arme sunt instrumentele, dispozitivele sau piesele declarate astfel prin dispoziții legale. (2) Sunt asimilate armelor orice alte obiecte de natură a putea fi folosite ca arme și care au fost întrebuințate pentru atac".

²⁵ În art. 2 pct. I.1 și I.2 din Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor și munițiilor, republicată (M.Of. nr. 425 din 10 iunie 2014).

²⁶ N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 464.

²⁷ M. Udrioiu, s.a., *op. cit.*, p. 614.

²⁸ M. Udrioiu, s.a., *op. cit.*, p. 615.

²⁹ Art. 221 alin. 6 C.p.p.

³⁰ M. Udrioiu, s.a., *op. cit.*, p. 616; spre exemplu, o intervenție chirurgicală, o înmormântare a unui membru de familie sau a unei persoane apropiate.

³¹ Conform art. 215 alin. 2 lit. a C.p.p.

³² M. Udrioiu, s.a., *op. cit.*, p. 616, soluția este impusă de faptul că, în cursul procedurii de cameră preliminară/judecată, singurele organe judiciare competente să se pronunțe asupra măsurilor preventive sunt judecătorul de cameră preliminară/instanța de judecată.

³³ Ibidem.

Punerea în executare presupune: înștiințarea inculpatului prin comunicarea ordonanței;

înștiințarea instituției, organului sau autorității anume desemnate de organul judiciar care a dispus măsura pentru a supraveghea respectarea obligațiilor de către inculpat pe durata măsurii; înștiințarea persoanei vătămate³⁵, dacă organul judiciar a impus obligația prevăzută de art. 215 alin. 2 lit. d C.p.p.

În funcție de dispunerea anumitor obligații/interdicții dintre cele prevăzute la art. 215 alin. 2 C.p.p., obligația de supraveghere³⁶ intră în sarcina următoarelor instituții³⁷:

- *organul de poliție în raza căruia domiciliază sau locuiește inculpatul, în cazul obligațiilor prevăzute de art. 215 alin. 2 lit. a, b, d-f și h-j C.p.p.;*
- *organul de poliție în raza căruia domiciliază sau locuiește inculpatul și instituția sanitară în care urmează a efectua tratamentul, în cazul obligației prevăzute de art. 215 alin. 2 lit. g C.p.p.;*
- *organul de poliție în raza căruia domiciliază sau locuiește inculpatul și banca sau băncile la care inculpatul are deschise conturi, în cazul obligației prevăzute de art. 215 alin. 2 lit. k C.p.p.;*
- *secția de poliție în raza căreia domiciliază sau locuiește persoana în cauză, atunci când organul judiciar a impus obligația prevăzută la art. 215 alin. 2 lit. d C.p.p. cu referire la persoana vătămată sau membrii de familie ai acesteia.*

Menționăm că încălcarea condițiilor controlului judiciar pe cauțiune nu conduce automat la înlocuirea acestuia cu o măsură preventivă privativă de libertate, judecătorul / instanța putând menține măsura controlului judiciar pe cauțiune.³⁸

Înlocuirea măsurii se poate dispune: în faza de urmărire penală; în cursul camerei preliminare; în cursul instanței de judecată, la cererea procurorului sau din oficiu de judecătorul de drepturi și libertăți, de judecătorul de cameră preliminară, de instanța de judecată.

Concluzii

Caracterul de fază a procesului penal a procedurii de cameră preliminară rezultă, în primul rând, din reglementarea explicită a acestei faze într-un titlu distinct de cel al judecății în partea specială a Codului de procedură penală.

Chiar dacă judecătorul de cameră preliminară nu verifică temeinicia probelor sau a trimiterii în judecată, totuși rolul său este la fel de important ca rolul instanței de judecată, întrucât soluțiile pronunțate de acesta cu privire la legalitatea urmăririi penale pot avea un reflex semnificativ cu privire la soluționarea acțiunii penale, având în vedere că la baza oricărui proces penal se află probele și mijloacele de probă.

³⁴ Conform art. 205 alin. 3 C.p.p., art. 206 alin. 4 C.p.p.

³⁵ Membrii de familie; N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 465.

³⁶ Art. 83 din Legea nr. 253/2013.

³⁷ N. Volonciu, s.a., *op. cit.*, p. 465-466.

³⁸ Ibidem; adăugarea de noi obligații conform art. 217 alin. 3 raportat la art. 215 alin. 8 și 9 C.p.p. ori majorarea cuantumului cauțiunii.

DREPTUL INCULPATULUI DE A ÎNCHEIA UN ACORD DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI

Ioana STOENAC-CÎRSTEA, Ciprian-Mihai STOENAC**

Abstract: With the conclusion of a guilty acquittal agreement, the defendant forgoes the right to be tried in a joint judicial process and deprives himself of a series of rights. Regarding these issues, the defendant will have to weigh vigorously if necessary to initiate such a procedure, and will proceed only if it has certain benefits and will fully understand the consequences of such a procedure.

Keywords: Guilty agreement, the defendant, procedure, judicial process

1. Acordul de recunoaștere a vinovăției este reglementat în legislația procesual penală românească în cuprinsul articolelor 478-488, Titlul al IV-lea, Proceduri speciale, Cap. I, fiind o instituție tânără în raport de tradiția dreptului procesual penal autohton.

În mod tradițional, în țara noastră au fost adoptate legislații specifice sistemului procesual continental, având la bază principiile legalității și aflării adevărului. Aceste principii sunt incompatibile conceptual cu elementele de justiție negociată, așa cum se întâmplă în cazul acordului de recunoaștere a vinovăției, deoarece principiul aflării adevărului obligă organele judiciare să facă toate demersurile pentru aflarea adevărului real, în fiecare cauză și nu adevărul „acceptat”, de inculpat, iar principiul legalității se opune oricăror alte criterii de stabilire a vinovăției și de aplicare a pedepsei care nu sunt stabilite prin lege¹. Din aceste motive, în sistemul procesual-penal tradițional care avea la bază principiile enunțate anterior era de neconceput negocierea între acuzare și apărare atât a încadrării juridice cât și a pedepsei ce urma să fie aplicată.

În acest sens, necesitatea introducerii în legislația procesual-penală a unei proceduri speciale care să reglementeze cazurile în care un inculpat dorește să „scurteze”, durata procesului penal a fost dată de nevoia societății de a rezolva într-un timp relativ rapid și satisfăcător din punct de vedere al rezultatului final, cazurile în care poziția procesuală de recunoaștere a vinovăției inculpatului, alături de coroborarea celorlalte mijloace de probă, conduc la o soluție de condamnare negociată și acceptată de acesta.

Cadrul legal de la care trebuie pornit în conturarea dreptului inculpatului de a încheia un acord de recunoaștere a vinovăției îl constituie cuprinsul dispozițiilor art. 478 C. pr. pen., articol ce poartă denumirea marginală de „Titlarii acordului de recunoaștere a vinovăției”.

Potrivit acestui articol, după punerea în mișcare a acțiunii penale, în cursul urmăririi penale, inculpatul și procurorul pot încheia un acord ca urmare a recunoașterii vinovăției de către inculpat.

Se observă că legea nu conferă posibilitatea încheierii unui acord de recunoaștere a vinovăției și suspectului, acest drept aparținând numai inculpatului. Acest aspect se justifică prin prisma faptului că în sistemul nostru procesual s-a procedat la adaptarea instituției la principiul aflării adevărului, fiind condiționată încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției abia după punerea în mișcare a acțiunii penale, respectiv după ce se vor fi administrat suficiente probe din care să rezulte că o persoană a săvârșit o infracțiune.

În acest context se poate conchide că dreptul inculpatului de a încheia un acord de recunoaștere a vinovăției este recunoscut de lege, fiind prevăzute, totodată, suficiente garanții procesuale pentru a nu se aduce atingere principiului aflării adevărului. Astfel pe de o parte acordul de recunoaștere se poate încheia în cursul urmăririi penale, după **punerea în mișcare a acțiunii penale**, iar pe de altă parte, pentru a se asigura că inculpatul a încheiat acordul în deplină cunoștință de cauză, judecătorul sesizat cu un acord este obligat să îl informze pe inculpat cu privire la următoarele aspecte:

- Faptul că în cazul în care nu declară adevărul va fi acuzat de sperjur;
- Dreptul de pleda nevinovat;
- Dreptul de a fi asistat de un avocat;
- Dreptul de a fi asistat de un apărător;
- Natura fiecărei acuzații aduse împotriva sa;

De asemenea, judecătorul trebuie să stabilească dacă inculpatul înțelege acuzația care i se aduce, sancțiunea care îi poate fi aplicată și consecințele încheierii unui acord de recunoaștere a vinovăției.

Pera contrario, legea nu obligă inculpatul să recurgă la inițiativa de a încheia un acord de recunoaștere a vinovăției în nicio situație, indiferent de calitatea și cantitatea probelor existente în contra beneficiarului acordului, de

* Autor; Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Judecător, Tribunalul Prahova; e-mail: carstea_ioana@yahoo.com

* Coautor; Avocat, Baroul Prahova; e-mail: avocatstoenac@yahoo.com

¹ N. Volonciu, A.S. Uzlău, *Codul de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, 2017, p. 1374.

gravitatea acuzațiilor aduse, de locul sau timpul săvârșirii infracțiunilor, de practica instanțelor în aplicarea și individualizarea sancțiunilor penale etc.

Aceasta înseamnă că inculpatul, aflat în poziția legală de a recurge sau nu la negocierea și încheierea angajamentului, este pus în situația de a decide, putând opta fără niciun fel de repercusiuni, să nu dea eficiență acestei instituții juridice.

În situația în care nu se urmează calea încheierii unui acord, judecarea cauzei se va realiza potrivit procedurii obișnuite.

Totodată, uzarea inculpatului de acest drept nu îi conferă acestuia nicio siguranță până la momentul consfințirii acordului de către instanță pronunțând o hotărâre penală definitivă. Simpla inițiere a unui acord nu naște obligația în sarcina procurorului de a-l încheia negarantând acceptul necondiționat din partea procurorului. În funcție de circumstanțele cauzei, de gravitatea faptei sau de practica instituită la nivelul unității de parchet, procurorul poate refuza *ab initio* orice formă de negociere inițiată de inculpat, deoarece textul legal nu prevede o asemenea obligație în sarcina organului de urmărire penală.

În alte sisteme de drept, doar reprezentantul Ministerului Public are inițiativa demarării acestei proceduri de negociere, procedura fiind facultativă și unilaterală. Inculpatul nu are un drept de inițiativă în această privință, depinzând de voința procurorului care nu trebuie să motiveze decizia de a iniția sau nu un acord, aceasta făcând parte din puterea sa de a aprecia asupra oportunității urmăririi penale.

De asemenea, manifestarea inculpatului de a încheia un acord de recunoaștere a vinovăției nu garantează nici ajungerea acordului încheiat pe rolul instanțelor de judecată întrucât este necesar și avizul procurorului ierarhic superior procurorului de caz în confirmarea angajamentului, nefiind asigurată nici consfințirea acordului de către judecător printr-o hotărâre judecătorească, instanța având posibilitatea de a respinge motivat acordul de recunoaștere a vinovăției și de a trimite cauza înapoi la procuror spre continuarea urmăririi penale².

Din această perspectivă un interes deosebit îl reclamă situarea instituției acordului de recunoaștere a vinovăției în sfera principiului echității. Astfel, în situația în care soluționarea cauzei nu se realizează, într-un final, prin consfințirea acordului de recunoaștere a vinovăției, se nasc o serie de consecințe nefavorabile în dauna inculpatului, existând posibilitatea ca acesta să nu mai beneficieze de credibilitate în fața judecătorului care va soluționa ulterior cauza sa uzând de procedura comună. Astfel se naște întrebarea dacă inculpatului care în urma unei negocieri eșuate decide să-și schimbe poziția procesuală din a pleda vinovat în a se considera nevinovat îi va mai putea fi conferită credibilitate.

O altă întrebare pertinentă care se întrevade este ce se va întâmpla cu informațiile obținute în cadrul încheierii unui acord de recunoaștere a vinovăției, nefinalizat cu succes? Vor putea fi acestea folosite ca probe împotriva inculpatului în soluționarea cauzei penale? **De lege ferenda**, în această ipoteză ar trebui interzis acuzării să folosească ca probe informații obținute în această procedură eșuată, fiind afectat iremediabil dreptul la apărare al inculpatului.

În practică pot apărea cazuri în care inculpatul nu dorește să mențină acordul încheiat. Odată încheiat un angajament de recunoaștere a vinovăției, inculpatul oferă procurorului informații prețioase din punct de vedere al descoperirii complete și sub toate aspectele infracțiunii.

Tot ca o atingere adusă principiului echității o reprezintă situația victimei infracțiunii care formează obiectul acordului de recunoaștere a vinovăției, dezavantajele incidenței acestei instituții procesual penale constând în aceea că prin excluderea acesteia de la procesul de negociere nu se mai dă curs efectului curativ constând în consumarea emoțională de răzbunare a victimei, efect asigurat prin participarea la condamnarea inculpatului de către societate.

Persoana vătămată și partea civilă nu au niciun rol în încheierea acordului de recunoaștere a vinovăției, interesele acestora rămânând pe un plan subsidiar. Încheierea acordului de recunoaștere a vinovăției împiedică exercitarea acțiunii civile în fața instanței de judecată, în cazul în care inculpatul și partea civilă nu încheie o tranzacție sau un acord de mediere în cauză. Cu toate acestea, în mod superfluu, s-a prevăzut în art. 484 alin. 2 Cod procedură penală obligativitatea citării acestora la instanță.

Cu privire la întrebarea dacă acest drept este revocabil sau nu apreciez că în cursul urmăririi penale inculpatul poate reveni oricând asupra consimțământului acordat de a încheia un acord de recunoaștere a vinovăției, procurorul având obligația să dea curs manifestării de voință a inculpatului și să procedeze la soluționarea cauzei conform procedurii obișnuite.

Spre deosebire de faza de urmărire penală, în cursul judecății inculpatul nu își poate retrage consimțământul exprimat în faza de urmărire penală pentru încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției, prin Decizia nr. 5/2017³, Înalta Curte de Casație și Justiție stabilind într-un recurs în interesul legii admis că “retragerea de către inculpat, în fața instanței de judecată, a consimțământului valabil exprimat în cursul urmăririi penale, în condițiile art. 482 lit. g Cod procedură penală, nu constituie temei pentru respingerea acordului de recunoaștere a vinovăției”.

Cu referire la existența unei obligații din partea procurorului de a da curs inițiativei inculpatului de a negocia un acord de admitere a vinovăției, în virtutea principiului egalității cetățenilor în fața legii consacrat de Constituția

² M. Pascu, T. Manea, *Acordul de recunoaștere a vinovăției*, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 26.

³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 375 din 19 mai 2017.

României în art. 16⁴, procurorul, ar trebui să fie obligat să încheie un acord cu un inculpat care se află într-o situație similară cu un altul cu care procurorul deja a încheiat un acord. În sens contrar, s-ar naște o discriminare a unor inculpați față de alții, iar aplicarea instituției ar căpăta un caracter arbitrar.⁵

2. Odată cu încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției, inculpatul renunță la dreptul de a fi judecată în cadrul unui proces judiciar comun și se privează de o serie de drepturi. Raportat la aceste aspecte, inculpatul trebuie să cântărească energic dacă este cazul să inițieze o astfel de procedură, urmând să procedeze în consecință doar dacă va avea anumite beneficii și va înțelege pe deplin consecințele urmăririi unei astfel de proceduri⁶.

Astfel, conform art.480 alin. (2) Cod procedură penală se poate încheia un acord de recunoaștere a vinovăției când “din probele administrate, rezultă suficiente date cu privire la existența faptei pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală și cu privire la vinovăția inculpatului”. Deși la prima vedere standardul de probă stabilit de către legiuitor în ceea ce privește admiterea acordului de recunoaștere a vinovăției și pronunțarea unei soluții de condamnare este diferit față de procedura comună, în realitate, în ambele cazuri este vorba despre constatarea dincolo de orice îndoială rezonabilă a existenței faptei, întrunirii elementelor constitutive ale infracțiunii și săvârșirea acesteia de către inculpat. Vinovăția inculpatului în săvârșirea infracțiunii trebuie să fie dovedită prin probe pertinente, concludente, utile soluționării cauzei și loial administrate.

Pe cale de consecință, reținem faptul că este necesară existența unor “date suficiente” în vederea încheierii acordului, însă în mod indispensabil se impune stabilirea existenței faptei, a întrunirii elementelor constitutive ale acesteia, precum și săvârșirea ei de către inculpat “*dincolo de orice îndoială rezonabilă*”, în vederea admiterii acordului și dispunerii unei soluții de condamnare, amânare a aplicării pedepsei ori renunțare la aplicarea pedepsei.

Raportat la aceste aspecte, în analiza oportunității de a încheia un acord de recunoaștere a vinovăției, inculpatul trebuie să aibă în vedere o serie de elemente, precum:

- Situația de fapt și de drept în care se regăsește;
- Versiunea acuzării asupra circumstanțelor cauzei, precum și versiunea apărării;
- Aptitudinea probatoriului administrat în cauză de a dovedi vinovăția sa;
- Posibilitatea de a fi dovedită nevinovăția;
- Existența antecedentelor penale.

O situație întâlnită în practică și asupra căreia trebuie aplecat cu atenție este aceea când inițiativa încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției aparține procurorului, fiind determinată de lipsa unui probatoriu calitativ cât și cantitativ în dovedirea vinovăției inculpatului, situație în care uzitarea acestei proceduri speciale este indicat a fi urmată cu rezervă.

3. Acordul de recunoaștere a vinovăției încheiat în cursul urmăririi penale este un “element de justiție negociată”, deoarece felul, cuantumul și modul de executare a pedepsei se stabilesc prin negociere între procuror și inculpat, instanța neputând, cu ocazia verificării acordului, să aplice o sancțiune mai grea. Instanța verifică acordul de recunoaștere încheiat între procuror și inculpat și, în cazul în care acordul îndeplinește condițiile de legalitate, iar soluția propusă prin acord nu este prea blândă, admite acordul și pronunță o soluție de condamnare, fără să poată crea o situație mai grea decât cea asupra căreia s-a ajuns la acord. În caz contrar, respinge acordul și trimite cauza în vederea continuării urmăririi penale. În acest fel, inculpatul are oportunitatea de a negocia cu procurorul condițiile acordului său, participând astfel la procesul decizional de stabilire a pedepsei, beneficiu ce nu mai este prevăzut la soluționarea cauzei după sesizarea prin rechizitoriu.

O atare negociere nu are loc în procedura recunoașterii învinuirii, când beneficiul constă doar în reducerea limitelor de pedeapsă, sancțiunea fiind stabilită de instanță între aceste limite, cu excluderea oricărei forme de negociere. În acest caz, previzibilitatea pedepsei ce urmează a fi aplicată este mult mai redusă decât în cazul parcurgerii procedurii speciale a acordului de vinovăție, când inculpatul știe că nu poate primi o sancțiune mai grea decât cea negociată.

Negocierea trebuie să pornească de la limitele prevăzute de lege pentru încheierea angajamentului, pentru a nu conferi înțelegerii obținute caracter ilicit, urmând ca atât procurorul cât și inculpatul să facă concesii reciproce, în limitele legale.

Dreptul la tăcere și la neautoincriminare are ca principal obiectiv eliminarea abuzului din partea organelor judiciare și protejarea acuzatului de eventualele abuzuri.

⁴ Conform art. 16 din Constituția României publicată în Monitorul Oficial nr. 767 din 31 octombrie 2003:

(1) Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări; (2) Nimeni nu este mai presus de lege; (3) Funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condițiile legii, de persoanele care au cetățenia română și domiciliul în țară. Statul român garantează egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea acestor funcții și demnități; (4) În condițiile aderării României la Uniunea Europeană, cetățenii Uniunii care îndeplinesc cerințele legii organice au dreptul de a alege și de a fi aleși în autoritățile administrației publice locale.

⁵ M. Pascu, T. Manea, *Acordul de recunoaștere a vinovăției*, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 28.

⁶ V. Rolaru, *Aplicarea prevederilor legale privind acordul de recunoaștere a vinovăției*, Chișinău, 2013, p. 21.

Considerăm că aceste garanții pentru acuzat îi conferă opțiunea de a nu da declarații chiar dacă își recunoaște vinovăția, pentru că titularul acestui drept nu poate fi obligat în nici o împrejurare să renunțe la dreptul la tăcere. În schimb, privilegiul împotriva autoincriminării nu mai este disponibil unui inculpat care își recunoaște vinovăția, pentru că exprimă libertatea sa de opțiune de a coopera cu organele statului și presupune implicit renunțarea la exercitarea acestui privilegiu, iar recunoașterea vinovăției este consecința nemijlocită a manifestării sale de voință, în sensul de a produce probe care să confirme vinovăția sa dincolo de orice îndoială rezonabilă.

La stabilirea pedepsei ce urmează a fi aplicată inculpatului, în cazul întrunirii acordului, trebuie să se țină cont de criteriile generale de individualizare, respectiv de gravitatea infracțiunii săvârșite și de pericolozitatea inculpatului, de împrejurările și modul de săvârșire a infracțiunii, precum și de mijloacele folosite, starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită, natura și gravitatea rezultatului produs ori a altor consecințe ale infracțiunii, de motivul săvârșirii infracțiunii și scopul urmărit, natura și frecvența infracțiunilor care constituie antecedente penale ale inculpatului, conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal și, nu în ultimă instanță, de nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială a autorului.

În caz contrar, dacă la stabilirea pedepsei nu ar fi avute în vedere criteriile de individualizare arătate, s-ar putea ajunge la un refuz arbitrar din partea procurorului în ceea ce privește dreptul inculpatului de a accede la o astfel de procedură simplificată.

CRIMIGRAȚIA ÎN EUROPA: CONCEPT, EVOLUȚIE, TENDINȚE

Delia MAGHERESCU*

Abstract: *The crimmigration phenomenon has known a significant extension in Europe in the last period of time. The states from the Western Europe have been permanently confronted with massive immigrant population movement came from different areas of the world, one of the most frequent case being Syria, which has produced an intense immigration flow to the European countries because of the internal conflicts, which have crumbled this country. Other countries, such as Afghanistan, also increased the number of immigrant population but the example of Syria remained, in this context, one of actuality. Taking into account this phenomenon, in the current paper I would like to analyse the concept of crimmigration, to discuss about its causes as well as the evolution it passed and its consequences as well.*

Key-words: *crimmigration; immigration phenomenon; criminality*

Introducere

Ne desparte un secol de la Marea Unire a Principatelor Române, perioadă de timp, care a fost caracterizată de nenumărate evenimente, petrecute în interiorul noilor granițe, dar, în egală măsură, am fost parte a marii familii europene, ceea ce a avut o însemnătate deosebită în cadrul relațiilor stabilite atât în plan european, cât și în plan internațional.

Totodată, poziția geografică a țării noastre a făcut din aceasta un adevărat strateg, la frontiera de sud-est a Europei. Împreună cu celelalte țări din Peninsula Balcanică, România a fost parte a tratatelor europene, prin care și-a asumat acest rol și a luptat, alături de ceilalți "actori" din regiune, la menținerea unei stabilități atât de necesare.

În acest context geo-politic, care cu siguranță că a presupus și implicarea marilor puteri europene în luarea celor mai importante decizii privind politica în regiune, se pune problema de a ști cu certitudine, care este rolul țării noastre în menținerea acestei stabilități, precum și a climatului de pace și securitate în Europa. Aceasta, desigur că a avut și are o mare influență în ceea ce privește menținerea, la un nivel scăzut, a valurilor imigraționiste, care s-au perindat către Europa de vest, atât în trecut, cât și în prezent.

La momentul prezent, chiar dacă această cale imigraționistă este mai puțin dorită de către aceste persoane, care au ales să se stabilească în țările din vestul continentului, iată că, odată cu denunțarea Regulamentului de la Dublin II, în cursul anului 2015, țara noastră nu putea să fie evitată din calea rutelor imigraționiste¹.

Pe de altă parte, statutul României de stat membru al Uniunii Europene implică o anumită responsabilitate a autorităților de la București, care nu pot neglija situația de facto existentă în Europa, cauzată de frământările interne existente de o perioadă însemnată de timp în Siria și Afganistan, spre exemplu, state care sunt, în acest context, mari "exportatoare" de imigranți.

Rolul țării noastre este, din acest punct de vedere, conform cu normele juridice europene și cu tratatele constitutive ale Uniunii Europene, la care România a aderat în anul 2007.

Așadar, înainte de a urmări care este rolul și poziția României în contextul noului val imigraționist din Europa, suntem în măsură să trasăm unele direcții de acțiune, după care să analizăm fenomenul crimigrației potrivit tuturor coordonatelor sale, de loc, de timp, de cauze și de mijloace.

1. Aspecte metodologice

În elaborarea prezentei lucrări, au fost avute în vedere lucrările de referință, ale specialiștilor în domeniul crimigrației, de la nivel internațional, care au trasat, până în acest moment, unele direcții în cercetarea fenomenului.

Desigur, că au fost expuse puncte de vedere pertinente pe această temă, însă nu am făcut abstracție de trendul dat de cercetătorii din alte state. Astfel, lucrările unor specialiști în materie de crimigrație, atât din Europa, cât și din Statele Unite ale Americii, au constituit bază metodologică de referință pentru prezentul studiu, acesta fiind îmbogățit cu puncte de vedere pertinente, exprimate pe marginea chestiunilor referitoare la crimigrația din Europa.

Lucrarea de față este rezultatul unei abordări calitative, care are în vedere analizarea conceptului de crimigrație de la nivel european, precum și a tendințelor care se conturează, la momentul actual, în întreaga Europa.

Principalele metode de cercetare folosite în acest sens sunt analiza și sinteza. De asemenea, au fost cu prevalență preferate metoda comparativă și cea sistematică. În ciuda valențelor statistice, care ar putea fi date lucrării,

* Dr. în Drept, Avocat, Baroul Gorj; e-mail: delia_magherescu@yahoo.com

¹ În fapt, este vorba despre Regulamentul (CE) nr. 343/2003 al Consiliului Uniunii Europene din 18 februarie 2003 de stabilire a criteriilor și mecanismelor de determinare a statului membru responsabil de examinarea unei cereri de azil prezentate într-unul din statele membre de către un resortisant al unei țări terțe, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene JO L 54 din 25.02.2003, în vigoare din 17.03.2003, accesibil online la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=LEGISSUM:I33153>.

aceasta s-a bazat exclusiv pe o abordare calitativă, în schimbul studiului cantitativ, care, din acest punct de vedere, nu este în acord cu cercetarea propusă și cu rezultatele urmărite.

2. Terminologie

Noțiunea de crimigrație nu este una nouă în câmpul științelor penale. Cel puțin în plan internațional, fenomenul, sub această terminologie, a fost analizat încă de la începutul secolului trecut, atât în Statele Unite ale Americii, care s-a confruntat cu o imigrație clandestină masivă, venită din țările din America de Sud și Mexic, cât și în Australia², aceasta din urmă fiind, de asemenea, o destinație preferată de către valuri numeroase de imigranți, veniți, de această dată, "de peste tot"³.

Din punctul de vedere al modului de operare, imigrația clandestină este un fenomen, care se produce la scară mare în întreaga lume. Acest lucru s-a întâmplat și în Europa, când mase mari de imigranți clandestini au căutat să străpungă granițele statelor din vestul Europei, în căutarea unui trai mai bun, decât aceștia aveau să aibă în țările lor de origine.

În acest sens, s-au pronunțat autorii M. Marmo și M. Giannacopoulos⁴, care au exprimat puncte de vedere asupra conceptului de "crimmigration", ca fiind o chestiune legată de "reconfigurarea puterilor executive în domeniul controlului la frontiere și securitizarea ca teme centrale discutate recent în literatura de specialitate cu privire la mobilitate și traversarea frontierelor"⁵.

Aceiași autori adaugă faptul că discuțiile se rotesc în jurul conceptului de "crimmigration"⁶, atunci când argumentează angajarea dreptului penal și strategiile autorităților privind securitatea în domeniul migrației⁷. Aceasta, deoarece nu doar autoritățile executive sunt cele responsabile de adoptarea unor măsuri și a normelor privind crimigrația, ci astfel de norme trebuie să fie implementate cu caracter de urgență prin "înghețarea" unității timp-spațiu, de a minimiza sau de a amâna procedurile parlamentare pe această chestiune⁸.

Revenind la conceptul de crimigrație, în detaliu, putem spune că acesta este un mixt format din imigrație și criminalitate, adică o "criminalitate a imigrației"⁹. Altfel spus, crimigrația presupune săvârșirea unei infracțiuni în scopul săvârșirii de alte infracțiuni. Numai dacă fenomenul imigrației, el însuși un fapt infracțional, este urmat de săvârșirea altor infracțiuni, atunci putem spune că sunt întrunite elementele constitutive, necesare și suficiente, pentru a se constitui fenomenul crimigrației¹⁰.

Mai mult decât atât, tot din punct de vedere terminologic, crimigrația este, așa cum noțiunea o arată, o alipire a doi termeni abreviați, "criminalitate" și "imigrație". Este adevărat, faptul că acest termen juridic nu este reglementat în legislația din țara noastră și, din acest punct de vedere, trebuie precizat faptul că, noi, doctrina, suntem liberi să creăm cadrul favorabil elaborării și analizării în mod detaliat, a cercetării fenomenelor criminogene, inclusiv prin expunerea unei terminologii, care poate să pară, la o primă vedere, în afara cadrului legal în materie penală. Dar, așa cum am subliniat anterior, aceste chestiuni sunt lăsate la aprecierea doctrinei, care nu creează izvor de drept, ci cercetează, sub toate aspectele, pertinent și obiectiv, chestiunile referitoare la fenomenele criminogene. Toate acestea, desigur că în conformitate cu legislația națională, dar și cu cea europeană, a cărei aplicabilitate are întâietate, în fața dreptului intern¹¹.

² Welch M., The Sonics of Crimmigration in Australia: Wall of noise and quiet Manoeuvring, *British Journal of Criminology*, nr. 52/2012, p. 324-344.

³ Referitor la Australia, nu se poate preciza cu exactitate anumite țările-sursă, care produc imigrația clandestină, însă cu siguranță că cele mai expuse sunt cele din sudul Asiei și Orientul îndepărtat, precum și din estul Africii. Practic, poziția geografică a acestora, aflată la confluența dintre Asia și Africa, au făcut din aceasta o destinație mult dorită de grupurile masive de imigranți.

⁴ A se vedea Marmo M., Giannacopoulos M., *Cycles of judicial and executive power in irregular migration*, Comparative Migration Studies, vol. 16/2017, p. 1.

⁵ A se vedea Aas K. F. și Bosworth M., The Borders of punishment: Migration, citizenship, and social exclusion, *Oxford University Press, Oxford*, 2013, p. 93-128; Zedner L., Is the criminal law only for citizens? A problem at the Borders of punishment, în: Aas K. F. și Bosworth M., The Borders of punishment: Criminal justice, citizenship and social exclusion, *Oxford University Press, Oxford*, 2013, p. 40-57; Mitsilegas V., The law of the border and the Borders of law. Rethinking border control from the perspective of the individual, în: Weber L., *Rethinking border control for a Globalising world*, London, Routledge, 2015, p. 15-32.

⁶ Stumpf J., The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power, *American University Law Review*, nr. 56/2006, p. 367-419.

⁷ Ibid.

⁸ A se vedea Marmo M., Giannacopoulos M., *op. cit.*, p. 1.

⁹ Expresia este una ușor forțată, deoarece imigrația, prin ea însăși, este un fapt infracțional, dar referitor la "criminalitatea imigrației" putem întări ideea potrivit căreia, crimigrația se referă la un fenomen infracțional care este urmată de un alt fenomen infracțional.

¹⁰ Mai există o situație generatoare de crimigrație. Este vorba despre fenomenul migrației, care, urmat fiind de infracționalitate, de asemenea, poate crea fenomenul crimigrației.

¹¹ Acest caracter de prioritate a legislației europene în fața dreptului intern este unul indubitabil, reglementat expres de legea fundamentală a României, care, la art. 148 alin. 2 al Constituției României, adoptată în anul 1991, modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr. 429 din 18 septembrie 2003, publicată în M. Of. nr. 669 din 22 septembrie 2003 reglementează că "... prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare".

3. Evoluție și tendințe în crimigrație

Din punct de vedere substanțial, de esență crimigrației este criminalitatea, indiferent sub ce unghi am privi și oricum am aborda acest fenomen. Altfel spus, există o legătură indisolubilă între criminalitate și fenomenul imigrației.

Mai mult decât atât, din acest context, este ușor de desprins concluzia cu privire la faptul că imigrația stă la baza fenomenului crimigrației, deoarece, așa cum am subliniat în cadrul secțiunii anterioare, crimigrația reprezintă fenomenul imigrației urmat de criminalitate.

Evoluția acestui fenomen a avut o traiectorie diferită, funcție de regiunea geografică, în care acesta s-a manifestat. Într-un fel este analizat acest fenomen sub aspectul evoluției sale în Statele Unite ale Americii, cu privire la imigranții din Mexic și chiar din America de Sud, iar altfel se poate discuta despre același fenomen al crimigrației când punem în discuție imigranții veniți din zonele de conflict, limitrofe Europei, așa cum este cazul Siriei și Afganistanului¹². Cu toate acestea, se poate observa că există un numitor comun în ambele situații. Este vorba despre caracterul transnațional de manifestare a fenomenului crimigrației. Acesta este evident, atât timp cât imigrația constă în mișcări ale cetățenilor unui stat către alt stat sau, în cazul Europei, către mai multe state.

Cu siguranță, că aspectele legate de securitatea cetățenilor, precum și pericolul care s-a creat în astfel de state pe fondul tot mai accentuat al dezvoltării unor grupări teroriste în regiune, au fost avute în considerare de către autoritățile de la Bruxelles, atunci când au considerat oportun să denunțe Regulamentul de la Dublin II, în urmă cu doar câțiva ani, pentru a da posibilitatea cetățenilor din statele de conflict, la care am făcut referire mai sus, de a (i)migra în statele din Europa, mai exact în statele membre ale Uniunii Europene. Această decizie a fost un adevărat act de curaj, avându-se în vedere faptul că, de nenumărate ori, până în prezent, s-a dovedit a fi generator de terorism, deopotrivă. Așadar, pe lângă efortul disperat al oficialilor europeni de a salva populația siriană de la drama continuă, pe care aceasta o trăia în propria țară, iată că consecințele negative nu au încetat să apară.

Din acest considerent, putem aprecia că aceste decizii au fost destul de mult discutate, criticile cărora nu au întârziat să apară. Este vorba, în primul rând, despre autoritățile ungare, care, alături de cele din Croația și Slovenia¹³, au exprimat puncte de vedere radicale în privința chestiunii valurilor masive de imigranți, veniți către țările din vestul continentului¹⁴.

Temerea creată de acestea a constat în pericolele care aveau să se declanșeze la tranzitarea statelor membre respective. Acestea, în primul rând, aveau să resimtă o oarecare stare de haos, creată de această situație tranzitorie către vestul Europei.

În felul acesta, statele membre, în special cele din vestul continentului, au ajuns la un compromis, având ca scop soluționarea problemei Siriei, care, treptat-treptat a devenit o problemă mondială, a cărei soluționare depinde de implicarea organizațiilor internaționale și chiar a întregii societăți internaționale. Numai printr-o reunire a tuturor forțelor amintite mai sus se va putea crea mecanismul de stopare a expansiunii teroriste în regiune și, în cele din urmă, la reconstrucția țărilor afectate de acest pericol.

Dar, până la soluționarea deplină a acestor situații, fenomenul crimigrației nu va putea fi stopat în totalitate.

Porțile de intrare în Europa a imigranților din afara granițelor ei s-au mărit considerabil, astfel că, pe lângă Turcia și Grecia, sudul continentului continuă să fie preferat de grupurile de imigranți veniți din vecinătate pe Marea Mediterană.¹⁵ Aceștia aleg, cel mai frecvent, să tranziteze statele nemembre ale Uniunii Europene, precum Serbia, Muntenegru, Albania, Macedonia pentru ca mai apoi să caute coridoare veritabile prin Croația, Slovenia sau Ungaria.

Trebuie precizat faptul că întotdeauna țările de destinație, preferate de grupurile de imigranți, sunt statele membre din vestul Europei, mai exact este vorba despre Germania, Franța, Belgia, Olanda, Suedia, Marea Britanie.

4. Concluzii

Se împlinesc un secol de la marele eveniment, caracterizat prin reunirea întregului popor român sub un singur stindard al sfintei unități. Intervalul de timp care s-a scurs de la Marea Unire și până în prezent a fost marcat de nenumărate frământări din cele mai diversificate.

¹² A se vedea Ziadah R., Journeys of dispossession: Palestinian refugees from Syria confronting fortress Europe. Dark Matter, accesibil online la adresa: <http://www.darkmatter101.org/site/2016/05/16/journeys-of-dispossession-palestinian-refugees-from-syria-confronting-fortress-europe/>

¹³ Se observă faptul că toate cele trei state membre ale Uniunii Europene, este vorba despre Ungaria, Croația și Slovenia, care au avut puncte de vedere radicale cu privire la admiterea în spațiul comunitar a cetățenilor din statele terțe vizate, sunt poziționate la frontierele externe ale Uniunii Europene și, din acest punct de vedere, constituie adevărate porți de intrare a străinilor în spațiul comunitar. Marile mase imigrante au folosit tocmai aceste state pentru a pătrunde în Uniunea Europeană, de aici și nemulțumirea statelor membre respective.

¹⁴ Referitor la România, aceasta a avut o poziție neutră pe marginea disputei create la nivelul statelor membre. În timp ce cancelarul german îndemna peste un milion de cetățeni sirieni să ia drumul Europei pentru a se stabili în Germania, prim-ministrul ungar a avut o poziție vehementă, îndreptată împotriva acestei imigrații "cosmetizate", prin denunțarea Regulamentului Dublin II. Cu toate acestea, toate statele membre ale Uniunii Europene aveau să fie parte la relocarea unui număr de (i)migranți, ale căror cote sunt imposibil de refuzat. Oficialii europeni au convenit, de comun acord, să alocă fiecărui stat membru un număr de (i)migranți funcție de numărul populației statului membru respectiv.

¹⁵ Travis A., UK axes support for Mediterranean migrant rescue operation, The Guardian, accesibil online la adresa: <http://www.theguardian.com/politics/2014/oct/27/uk-mediterranean-migrant-rescue-plan>

Profunda și efemera împlinire a unității neamului român avea să fie marcată de terifianta pierdere a celor două provincii românești, Basarabia și Bucovina de Nord, la doar două decenii distanță. Cu toate acestea, începutul secolului al XXI-lea avea să aducă recunoașterea statului român în plan European, prin definitivarea statutului țării noastre de stat membru al Uniunii Europene, care a consolidat și mai mult, dacă acest lucru mai era necesar, poziția de garant al securității în regiunea Balcanică, de sud-est a Europei.

În aceeași ordine de idei, statutul țării noastre de stat membru al Uniunii Europene a creat o stare de echilibru geo-politic, în special la frontiera de est a Uniunii Europene. La realizarea acestui obiectiv au contribuit în mod special mecanismele și strategiile, adoptate la nivel european, care au pus la dispoziția autorităților naționale instrumente legale viabile de luptă împotriva criminalității transfrontaliere, de orice fel, dar în special cu privire la stoparea fenomenului imigrației clandestine.

Iată, că utilizând astfel de pârguri, țara noastră reprezintă un pilon important în cadrul Uniunii Europene, ca factor de stabilitate în regiunea de sud-est a Uniunii și, împreună cu celelalte state membre din zonă, Bulgaria și Grecia, a întărit considerabil lupta împotriva acestui flagel.

Dar, lupta este în continuă desfășurare, aceasta nu trebuie privită nicio clipă ca fiind una câștigată. Aceasta deoarece mutații masive ale populațiilor din statele terțe către continentul european vor exista totdeauna și, în calitate pe care și-a asumat-o, țării noastre îi revine sarcina de a veghea permanent la menținerea acestui climat, la care am făcut referire mai sus.

În concluzie, fenomenul crimigrației, deși având origini foarte înaintate, are o terminologie relativ nouă, cel puțin în țara noastră, care, din acest punct de vedere, cunoaște abordări diferite, pentru chestiuni similare. Fenomenul imigrației clandestine, atunci când este urmat de criminalitate, constituie aspecte relevante ale crimigrației. De aceea, indiferent ce abordare am lua în considerare și ce terminologie am folosi, acest fenomen este unic, ca generator de crimigrație.

RISCURI ASIMETRICE EMERGENTE ÎN SOCIETATEA CONTEMPORANĂ: RADICALIZAREA, ASPECTE CRIMINOLOGICE

Dr. Viorel GHEORGHE*

Abstract: *In front of an arguable evolution of the contemporary society, the individual faces a real and complex struggle for adaptation to social realities, dominated by the confusion generated by transformations across all levels of social life, especially those in the regulatory framework. The justified and constant need for equity, proportionally, the perfect interaction of individual socio-psychological factors, social, political, ideological and religious factors, a less important role of culture, the existence of real identity problems corroborated with the effects of traumas, of other mechanisms triggering anti-social behaviors, as well as the need for group membership, its dynamics, psycho-radicalizing factors / manipulators, and the role played by the diversity of social networks, all these require the immediate, justified intervention of the state entitled to implement and guarantee the enforcement of the law in a multidisciplinary manner.*

The reality of the rise of social nonconformism - an identified cause of radicalization, with unfavorable social consequences - generates responses from legal bodies and, with specialists in law and science being called upon to provide solutions to questions arising from an obvious social rebound:

What are the causes that contribute, generate and augment this social phenomenon?

Is there a uniqueness in approaching the causality of the phenomenon?

Are there viable solutions legally, and at the social level should be applied to diminish this phenomenon?
Pro-causes or pro-effects?

Key words: rule of law; individual; radicalization; terrorism; legal system; social nonconformity; security.

1. Argument

Momentul aniversar major pe care România îl sărbătorește anul acesta - centenarul Marii Uniri - oferă, poate nu întâmplător¹, prilejul punerii în discuție a unor probleme conceptual juridice și de expresie socială, aflate, cel puțin în ultimele două decenii, pe agendele majorității statelor: funcționarea și garantarea statului de drept, proporțional, eforturile pentru îmbunătățirea sistemului de drept, pentru prezervarea înfăptuirii justiției și securității cetățenilor, în egală măsură, reclamate, iată, tot mai acut, la nivelul societății civile. Aceste două problematice subzistă cu atât mai mult cu cât, de o perioadă relativ semnificativă, societatea contemporană suferă transformări în plan structural, conceptual, fapt care generează sau trebuie să genereze, implicit, adaptarea sistemului legislativ național.

Mai mult ca oricând, elementele acestei adaptări trebuie să vizeze formularea răspunsurilor adecvate în fața provocărilor actuale. Nu de puține ori, în evoluția societății contemporane s-a resimțit nevoia unor modificări sau, mai degrabă, adaptări structurale în planul strategiilor și abordărilor conceptuale ale normativului actual. Consider că astăzi, mai urgent ca oricând, asemenea multor state, România trebuie să fie pregătită să ofere și să aibă definitivitate instrumentele socio-juridice necesare operaționalizării unui cadru optim respectării, garantării și apărării valorilor sociale fundamentale: viața, democrația, securitatea statului și a cetățenilor săi.

Pornind cu această idee, una din provocările permanente, actuale, se poate afirma cu certitudine, rămâne răspunsul legislației naționale, la amenințările de natură asimetrică, prezente, atât în plan internațional, cât și în plan intern.

Pentru familiarizarea cu noțiunea de „amenințare asimetrică”, se impun o serie de explicații.

În general, termenul este explicat prin respingerea sau evitarea regulilor după care funcționează o entitate statală, astfel generându-se activități cu consecințe grave, semnificative în planul garantării securității unui stat și a propriilor cetățeni. Se poate lesne deduce că această formă de manifestare a nonconformismului social implică, pe lângă o paletă extinsă de activități infracționale, utilizarea violenței, concomitent cu acțiuni ilegale, premeditate, ale unor elemente nespecifice, acțiuni atipice, împotriva cărora sistemul de răspuns statal este surprins nepregătit sau neadaptat, metodele fiind bazate pe efectul surpriză, obiectivul final constând în exploatarea sistematică a curenților existente la nivelul statului, în scopul augmentării stărilor de nesiguranță, teamă, de neîncredere în capacitatea

* Cadru didactic asociat invitat al UNAp, expert național TAIEX; e-mail: viorelgheorghe@yahoo.com.

¹ În an centenar al Marii Uniri și într-un context internațional încărcat de responsabilitate pentru România, trebuie să subliniez necesitatea oferirii garanției unei implicări efective în construirea unui stat loial respectării valorilor dreptului. La un an după înfăptuirea Marii Uniri, eminentul jurist Vespasian Pela, prin opera sa juridică, pune bazele planului de înființare a dreptului penal internațional, prin propunerea creării unei Curți penale internaționale, cu competențe materiale

în judecarea cauzelor de „tulburare a relațiilor internaționale”. Astăzi fenomenele asimetrice precum radicalizarea și terorismul reprezintă, prin efectele generate, deopotrivă, amenințări dar și provocări majore la adresa securității internaționale și a întregii ordini de drept.

autorității statului. Astăzi, amenințările de natură asimetrică acoperă o gamă complexă de manifestare, de la activități generatoare de riscuri la adresa securității statelor (ex. terorism, radicalizare – cu deosebire, cea în scop terorist -, operații de informații, nesupunere civilă etc.), până la probleme reținute în normativul penal ordinar (ex. activități specifice criminalității organizate: traficul ilicit de droguri, persoane, migranți). Amenințarea asimetrică poate emerge de la un stat - ca subiect de drept internațional - prin utilizarea unei strategii planificate, indirectă, până la entități nestatale, cu obiective și activități variate (ex. terorism, radicalizare).

Prin prisma științei criminologiei, expresia desemnează acțiuni cu efecte grave în plan social, imprimate de indivizi sau actori statali, pe baza unor resorturi emoționale, de expresie politică, religioasă, ideologică sau identitară. O asemenea acțiune va evita forța de răspuns a statului (sistem judiciar, instituții de aplicare a legii), exploatându-i breșele. Perspectiva unei astfel de amenințări neconvenționale generează numeroase probleme la nivelul sistemului de aplicare a legii, ca element de asigurare și garantare a echilibrului în plan social. Procesul de identificare a amenințării asimetrice și a celor mai eficiente modalități de protejare a valorilor apărute prin normativ, efect al provocărilor pe care le poate genera una sau mai multe amenințări asimetrice, reclamă necesitatea situării acestuia într-o poziție centrală într-o strategie de aplicare a dreptului. Circumscriș acestui demers, autorul identifică în fenomenul radicalizării, una din cele mai periculoase și rafinate amenințări asimetrice actuale, și cu deosebire, în forma de radicalizare care conduce la implicare, prin diverse forme, la săvârșirea actelor și faptelor de terorism.

Deși dificil de anticipat, de contracarat prin instrumente juridice și celor specifice altor instituții de aplicare a legii, datorită complexității și difuziei sub care se dezvoltă, fenomenul radicalizării constituie *trigger*-ul interior al trecerii unui individ la etapa executării celui mai perfid act întâlnit în societatea actuală, generator de consecințe nefaste în plan socio-uman, actul de terorism.

România nu constituie un reper pe această componentă a cercetării criminologice, concomitent, însă, reliefându-se realitatea și necesitatea abordării acestui fenomen, întâlnit drept bază a deciziei executării unei palete largi de activități infracționale cu violență, fără o antecedentă vizibilă (ex. omorul, omorul deosebit de grav, actul de terorism).

2. Radicalizarea - explorare într-un univers criminogen atipic

2.1 Între fanatism și psihopatologie

Se pornește de la premisa că fanatismul, fenomen des întâlnit, cu precădere, în societatea contemporană, în statele beneficiare ale unor religii monoteiste, reprezintă efectul unor factori interpretativi rigoriști, respectiv, al unei revelații și a dogmei însăși. Semnificativ pentru importanța demersului este anul 1751, când Alexandre Deleyre definea fanatismul „efectul unei false conștiințe care abuzează de lucruri sacre și încarcă religia cu capricii, imaginație și reglarea pasiunilor, un efect al individului orb și pasional, care dezvoltă tendințe superstițioase, de a comite acțiuni ilegale, cu cruzime, nedrepte și ridicole, fără sentimentul rușinii și fără remușcări, cu un fel de bucurie și consolare. Fanatismul este, așadar, numai superstiția ridicată la rang de acțiune”². Același autor francez oferea și o clasificare a „factorilor motivanți” ai fanatismului, între care sunt de menționat:

- ✓ specificul dogmelor;
- ✓ atrocitatea moralității;
- ✓ confuzia temelor;
- ✓ utilizarea efectelor unor „condamnări defăimătoare”;
- ✓ expunerea efectelor intoleranței religioase, în comparație cu altele, ori a unei secte religioase;
- ✓ persecuția transformată în intoleranță.

Dintre modalitățile de manifestare sau recunoaștere ale acestui fenomen, sunt de remarcat:

- pseudo-profeția;
- melancolia, pe fondul unei profunde stări meditative;
- indivizi „vizionari” care se cred „deținători ai spiritului divin”;
- rezistența la durere;
- insensibilitatea la nevoile sau necesitățile sociale ale aproapelui.

Este recunoscut că, majoritatea actelor teroriste cu puternice efecte la nivelul populației, indică o semnificativă parte a justificărilor laturii comise, canalizând interesul specialiștilor către zonele psihopatologiei și psihiatriei, prin acțiuni temeinic premeditate și executate, aspecte regăsite, de asemenea, în introspecția acțiunilor criminale ale așa-ziselor „actori singuratici” („lone wolfs”), unde primează tulburări importante de natură psihiatrică. Spre exemplu, în cazul unui individ „recrutat” cu scopul înfăptuirii jihadului pe calea lui Allah³, este reliefată o dimensiune funcțională, cu o viziune paranoică asupra lumii, în concurs cu o stare de nemulțumire existențială, unde cei implicați (beneficiarii, de fapt, ai actului criminal) găsesc, ca efect al propriei ideologii extremiste, spiritualitatea care le redă, în

² Deleyre A., *Le Fanatisme*, în seria Les Notes de l'Institut Diderot, Editura Institutului Diderot, Paris, p.15. Lucrarea poate fi regăsită la adresa electronică <http://www.institutdiderot.fr/wp-content/uploads/2015/04/Note-le-fanatisme-Page.pdf> (accesare 27.02.2018)

³ Cu referire la actele de terorism suicidar, comise pe fundament deformat religios islamic, na.

această accepțiune, însuși sensul vieții. Pentru un terorist sinucigaș, combinația letală, cu componentă criminogenă extremă, indică, primordial, prevalența unei voințe superioare de a muri și, astfel, de a dobândi martiriul, în aceste cazuri, actul criminal de bază - uciderea cât mai multor indivizi - alături de alte consecințe (vătmări corporale, șantaj și, evident, actul acceptării sinuciderii), cât și activitățile precursore, între care este consacrată radicalizarea, nefiind considerate acte blamabile, sancționabile. Majoritatea celor implicați nemijlocit au tendința de a căuta o cauză mai mare decât aceea pe care ei ar putea să o adopte, iar ideologia oferită, spre exemplu, de diverse entități teroriste, de inspirație fundamentalist religioasă - așa cum sunt Al Qaeda sau Stat Islamic (DAESH) -, corespunde unei interpretări „epice” a lumii, un model în care realitatea este percepută printr-o concluzie brutală de „noi versus ei”, expusă, de obicei, printr-un ton cu valențe paranoide. În fața atentatelor cu rezonanță, executate pe spații occidentale, dar și în cazul altora, comise pe diverse spații asiatice (ex. cele atribuite elementelor operative sinucigașe ale fostei entități teroriste Tigrii de Eliberare a Eelamului Tamil - LTTE, în majoritate femei), autorul articolului apreciază o dezvoltare semnificativă, îngrijorătoare, a indivizilor cu modalități și recururi acționale de tip „homegrown”.

Apreciez că, în antiteză cu tipologia „lone wolf” (actori singuratici), unde simptomatologia psihiatrică, alături de psihopatologie, ar putea constitui instrumente utile în identificarea membrilor cu valențe terorist suicidare, în cazul membrilor entităților teroriste organizate sunt întâlnite elemente operative care nu dezvoltă indici psihiatrici direcți (ex. psihoze, tulburări bipolare), ci indici de manifestare difuzi, cu puternice trăiri interioare, ce conduc spre o atitudine eminamente dedicată cauzei, ajungându-se până la situația în care individul va fi convins să execute actul criminal complex - actul terorist -, într-o unitate de timp redusă, chiar la imboldul prietenilor sau rudelor, altfel, activitatea sancționată de normativul penal să fie aproape imposibil de anticipat, imaginat ori detectat la nivel social, singurele măsuri eficiente, până în prezent, dovedindu-se a fi cele dezvoltate de structurile de intelligence, cu competență în acest domeniu.

2.2 Diada radicalizare - motivație

Unul din cei mai importanți factori, atât în evaluarea social-normativă, cât și în cea calitativă a actului de radicalizare - indiferent pe ce fundament se construiește -, este gradul de „conștientizare” a stigmatizării sociale, caracterizată prin aceea că subiectul activ (făptuitorul) - mai precis, comportamentul său - anatemitizat de ceilalți indivizi, ajunge să fie marcat de impactul social al imaginii negative atribuite ori impuse prin diverse instrumente de comunicare. Identificarea mimetică cu stigmatizarea denotă că subiectul activ al activității criminale, pe măsura căpătării unui procent tot mai mare al gradului de convingere, ajunge să-și „cizeleze” rolul social, să fie convins că nu mai are vreo șansă de a reveni în societate, în „tabăra celor buni”, în acest mod nelăsându-i-se șanse de revenire în planul conformismului social. Teoria stigmatizării sociale nu se raportează la personalitatea tinerilor expuși riscului, prelungirea neîncrederii devenind astfel factor criminogen determinant.

Societatea are în componență, deopotrivă, indivizi partizani sau chiar promotori ai „valului” unei stigmatizării sau etichetării colective, „conferindu-i” celui stigmatizat statut de delincent, doar dacă prezintă anumite *pattern*-uri psihologice sau psiho-fiziologice.

Autorul este de părere că în cazul radicalizării este întâlnit un „teren pregătitor”, delimitat de un fundal psihologic permisiv și discriminatoriu (construit de cel care stigmatizează) în acceptarea „etichetării” negative, cu toate consecințele, inclusiv de a face o „carieră penală”, ca parte a unui grup marginal, respins prin activitate de societate (ex. entități teroriste, fundamentaliste sau extremiste, organizații criminale). Pentru această situație, acceptarea nonconformismului social, combinată cu măsura în care individul se implică în procesul de pregătire pentru executarea actului criminal, reprezintă consecința dar și fundamentul unui proces de interiorizare, localizat la nivelul perioadei copilăriei timpurii, ale cărei trei principale elemente sunt:

- deficitul de educație, reflectat prin așa-numiții „copii prost educați” și asociat cu privațiunea emoțională, culturală și confesională, regăsit, îndeobște, la nivelul indivizilor „înstrăinați”, neadaptați din punct de vedere cultural, depozitarii unui nivel ridicat al nemulțumirii și dominați de pulsuni sociale agresive, vinovăție și inferioritate, cu dorința de răzbunare, spre găsirea, în mod magic, a „paradisului pierdut”, până atunci inaccesibil;
- sentimentul oedipian al vinovăției, cauză a suferinței, a tendinței de a fugi precum și urmărirea inconștientă a pedepsei;
- vina narcisistică, alături de insecuritatea primară, cauzată de privarea afectivă maternă din timpul copilăriei timpurii (așa numiții „copii cei răi iubiți”), conducând la o schimbare a relației interumane mamă - copil⁴.

Concomitent, se ajunge la un punct important: cel al definirii sensului vieții în interiorul universului creat de mediul delincent, prin raportare la marea masă a populației, moment în care poate fi formulată ipoteza potrivit căreia persoanele cu potențial de radicalizare - diferit de cazul vectorilor cunoscuți cu apetență către alte activități criminale conexe terorismului -, dezvoltă un nivel redus de viață („deficiență existențială”), asemenea cazuri fiind întâlnite, sporadic, și la indivizi cunoscuți pentru infracțiuni comise cu violență ridicată. Potrivit unor observații personale⁵,

⁴ Deleyre A., *Le Fanatisme*, în seria Les Notes de l'Institut Diderot, Editura Institutului Diderot, Paris, p.15. Lucrarea poate fi regăsită la adresa electronică <http://www.institutdiderot.fr/wp-content/uploads/2015/04/Note-le-fanatisme-Page.pdf> (accesare 27.02.2018).

⁵ Reținute în perioada stagiului doctoral (2004-2005).

există indivizi încarcerați care, prin comparație cu ceilalți, s-au dovedit a fi semnificativ mai introvertiți și cu emotivitate crescută, starea fiind generată de un foarte scăzut sentiment ale stimei de sine. Astfel, indivizii încarcerați par să acorde o importanță mai mică sensului vieții, prin comparație cu ceilalți oameni, unde voința existențială este dominantă, chiar dacă nu în manieră declarativă. S-a constatat totodată, că, în cazul condamnaților pentru diferite forme de ucidere cu premeditare, cât și cel al condamnaților pentru acțiuni conexe terorismului, aspirația pentru abandon și urmărirea plăcerii de sine, reprezintă motivații, inclusiv în perpetuarea comportamentului criminal, devenind, astfel, o „alternativă” pentru lipsa de semnificație și importanță a vieții. Prin similitudine, apreciez că, în cazul subiecților activi ai crimelor cu element suicidal, imaginarul este dominat și compensat de o permanentă conștientizare a unei recompense într-o altă lume.⁶ Cu toate acestea, sunt de părere că, în acest ultim exemplu, există șansa reintegrării sociale, mergând pe ipoteza în care, pe fondul unor elemente de redefinire psiho-socială proprie, individul condamnat realizează trauma prin care tocmai trece și acceptă, ajungând la agrearea desprinderii, de asemenea, printr-un act major, uneori cu valențe sacrificiale, de mediul alterat, într-un gest de dreptate ontică⁷.

Așadar, gradul de acceptare a stării de stigmatizare, alături de elementele ce țin de individualizarea comportamentală, regăsite în cazul indivizilor aflați în diverse stadii ale radicalizării, sunt factori de care depinde cizelarea personalității criminale. În plus, ideologia grupului este în măsură să amplifice elementele pulsionale, îndeosebi pe cele care justifică inclusiv martiriul sau faptele comise prin raportare sau în numele unei entități teroriste.

Radicalizarea este sau poate fi un final al celor care se confruntă cu constanța eșecurilor, discriminarea, umilirea repetată (uneori urmată de consecințe grave la nivelul respectului de sine), suferința, pierderile (în plan personal, social, emoțional, profesionale, chiar a credinței etc.), fie că sunt adolescenți, tineri sau adulți, la o vârstă în care semnificația de a-și da viața reprezintă, adesea, o sursă de anxietate. Abundența media (televiziune, Internet, presă scrisă) și influența unor curente sau a unei ideologii religioase sau politice, fanatice, sunt cu atât mai eficiente, cu cât are incidență la o persoană tânără, posesoare a unui Sine serios alterat, urmare a greșelilor, narcisismului, ca urmare a efectelor rușinii, furiei, umilinței la care a fost supusă, sentimentului inutilității, pierderea unor factori umani cu valoare sentimentală puternică.

Autorul îmbrățișează concluzia lui Sageman (2004) potrivit căreia cei mai mulți indivizi care au adoptat radicalizarea, ca formă a expresie, nu au avut, inițial, fundament interior puternic (de obicei situat în zona religioasă) și nu au adoptat diversele fațete radical-religioase odată cu ajungerea la perioada maturității.⁸

Astfel este posibil că o persoană care adoptă o ideologie de factură integristă folosește un mecanism psihologic de autoprotecție, pasiune, în fapt, un instrument paranoid pentru a câștiga sau recâștiga stima de sine, supracompensată pentru slăbiciunea propriei persoane, în scopul liniștirii, redefinirii stimei de sine, influența puterii sau, pur și simplu, din plăcere.

2.3. Procesul de radicalizare, per se

Până în prezent, fenomenul radicalizării a constituit subiect de interes, cu precădere, pentru diverse explicații, destul de puțin fundamentate științific, concentrate pe atitudinea adoptată de indivizii implicați într-un act terorist, cu componentă comisiv suicidală. Fenomenul radicalizării a devenit obiect de studiu al cercetării criminologice, îndeosebi, la mijlocul anilor '70 când, cercetători precum Fathali M. Moghaddam și Martha Crenshaw au abordat fenomenul prin prisma științelor juridice și a celor psihocomportamentale. Radicalizarea a ajuns să fie abordată științific și să fie recunoscută ca fenomen pe măsura diversificării și virulenței actelor de terorism, comise pe fundament religios, utilitatea cercetării criminologice aplicate⁹ fiind absolut necesară ca măsură de răspuns la virulența și difuzia acestui fenomen, dar și cu utilitatea obiectivă în furnizarea răspunsurilor în plan social, mai ales la nivelul segmentelor stabilite vulnerabile în fața acestui potențial criminogen.

Dar ce parcurs urmează un asemenea demers criminal? De fiecare dată când fenomenul radicalizării este receptat drept instrument în atingerea unui scop de natură criminală, în acest proces laborios își găsesc aplicabilitate resorturi cu specific interpretativ religioase, care, mai târziu, vor deveni elemente ale îndochinării vizând adoptarea unui nou mod de gândire, concomitent cu abandonarea vechilor atitudini și credințe, legături familiale etc. În majoritatea cazurilor, activitatea individului se bazează pe întâlniri virtuale repetate (derulate prin intermediul Internetului, a diverselor canale de corespondență online, și, destul de rar, prin intermediul apelurilor telefonice), precum și întâlniri fizice. O situație edificatoare este cea în care inițierea către forma deformată a înfăptuirii *jihadului* - a celui armat, conform unei interpretări fundamentaliste - se realizează chiar în cadrul familiei sau de către un grup de prieteni. Trebuie remarcat faptul că studiile realizate compară intensitatea emoției cu experiența în relațiile indirecte - prin

⁶ În cazul de față, pentru unii din criminali, proveniți de pe spațiul arabo-islamic, satisfacerea acestei pulsii este întregită de efectul unei scene cu valențe religioase imaginare.

⁷ În acest sens, este oferit exemplul teroristului indonezian Imron Ali, implicat în atentatul din 12 octombrie 2012, din Bali, în care și-au pierdut viețile 202 oameni, ulterior condamnării la detenție pe viață, implicându-se în diverse proiecte prin care acesta condamnă „motivația” terorismului de expresie religioasă.

⁸ A se vedea, pe larg, opinia lui Sageman M. în lucrarea *Understanding terror networks*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2004.

⁹ Subramură a criminologiei generale, care se ocupă cu studierea și profilaxia unor tipuri de infracțiuni cu rezonanță socială.

mijlocirea diferiților factori (Internet, rețele de socializare, cele criptate etc.) *versus* resorturile dezvoltate cu ocazia întâlnirilor directe, situație în care viziunea autorului conduce către concluzia că trăirile în spațiul *online* se dovedesc a fi mai intense decât cele nemijlocite (fără implicarea vreunui „factor mijlocitor”). Cu toate că nu sunt opinii foarte clar fundamentate științific, este adusă în discuție importanța spațiului virtual în procesul radicalizării, în special, prin existența diverselor forumuri de discuții „active”, în comparație cu *site*-urile de informare, apreciate cu un potențial criminogen „pasiv”.

Este recunoscut că activitatea preponderentă a diverselor entități teroriste, pe segmentul radicalizării și atragerii indivizilor spre activitate teroristă și/sau conexasă terorismului, în spațiul virtual, se derulează prin intermediul unor *site*-uri cu activitate „pasivă”, mizându-se pe impactul imaginii la nivelul mentalului individului, cu influență semnificativă în luarea deciziei criminale. Pe fondul trăirilor interioare, individul, în contact cu un asemenea teren, devine motivat în însușirea volițională a unor „reguli de conduită”, în deplin acord cu ideologia care i se oferă. Este și exemplul teroristului egiptean Muhammad Abdel Salam Faraj, care se considera un salafist¹⁰ fervent, cunoscut cu apartenență la entitatea teroristă *Tanzim al-Jihad* (Jihadul Islamic Egiptean), unul din cei cu activitate probată, executat de autorități, pentru implicarea în asasinarea președintelui Anwar El-Sadat, care sublinia, în context: „*Jihadul* reprezintă o datorie personală. Nu este nevoie să cereți permisiunea părinților pentru ducerea *jihadului*, așa cum o cer juriștii”.¹¹ Iată de ce opinez că o astfel de întreprindere poate avea succes mai ales în prezent, unde o asemenea retorică este privită drept un element compensator al debusolării tinerilor, al pasivității societății, în general, un discurs cu influență îndeosebi, la nivelul perioadei adolescenței sau în primii ani ai perioadei adulte.

Un alt exemplu este cel al entității teroriste Stat Islamic a cărei ideologie cultivă iminenta reîntoarcere a unui element supranatural (un lider, pe care unii din musulmani sunt de acord că ar fi Mehdi, „imamul ascuns”), cel care va conduce armatele Islamului în ultima bătălie - cea din Dabiq¹² - împotriva răului, înainte de Apocalipsă și astfel, să creeze o nouă societate, „purificată” de păcate. Practic, din câte se observă, viziunea descrisă este una epică, binară, aducând față în față tabăra Binelui și a celui neprihănit, în opoziție cu a celor „corupți” și „necredincioși”, element ideologic larg difuzat prin intermediul rețelelor sociale, cu precădere, în spațiul arabo-islamic, de către voci religioase, cu retorică radicală.

Într-o viziune propusă, destul de aproape de realitate, Moghaddam (2005) relevă o evoluție ascendentă a emoționalului, până când actul final - terorist - ajunge să fie comis. Trecerea la o etapă superioară va depinde de circumstanțele concrete ale evoluției acestui nivel și va avea ca rezultat distrugerea altora, auto-distrugerea sau ambele. În primă fază, subzistă perceperea unei relații echitabile și a pre-dominanței sentimentelor subiective de conviețuire, cum sunt: lipsa, ignoranța, frustrarea, durerea, abandonul, oricare ar fi condițiile materiale ale vieții¹³. Trebuie spus că, în lumea actuală, cele prezentate sunt fundamentate pe o componentă reală, ce nu are nevoie de vreo cercetare spre a fi confirmată: cea a indivizilor confrunțați perpetuu cu suferința nedreptății, cu necinstea și care, într-un procent mult inferior, aduc în discuție, spre exemplu, persoana cu care conviețuiește. La confruntarea cu o astfel de realitate, unii, nemulțumiți, se retrag în căutarea soluțiilor. Acest semn va constitui, de altfel, prima etapă a procesului de radicalizare. În măsura în care nu este identificat elementul de echilibru interior, factorul față de care să se raporteze (o situație care să genereze schimbarea în bine), dacă el nu se va simți protejat, individul va merge mai departe.

În faza următoare, subiectul se confruntă cu planul unei amplificări a gravelor nedreptăți și inegalități sociale, unde stările anterioare - frustrarea, dezamăgirea - ocupă, constant, propriul imaginar, fiind amplificate de sau prin vocea „liderului grupului”, și concentrate pe un „dușman”, de obicei, identificat în persoana celui care, în opinia celui radicalizat, este germenul celor mai multe rele, în fapt, o iluzie.

Aici este spațiul unde pot fi regăsite persoane pregătite să-și transfere potențialul agresiv, și care caută momentul prielnic de a face trecerea la o nouă etapă - cea de-a treia - a unei transformări esențiale. Este etapa unui angajament superior față de moralitate. În acest segment temporal Sinele acumulează rigidizare ideologică, psihologică, în raport cu mediile familial și social. Practic, acesta este momentul inițierii procesului propriu-zis de radicalizare, etapă caracterizată prin utilizarea unui set de tehnici cu influență criminogenă superioară: conștientizarea apartenenței la o idee sau la grup, izolare, secretul acțiunilor, frică. Este momentul când în mintea individului se insinuează ideea

¹⁰ Mișcare religioasă a interiorul islamului sunnit, în secolul al XIX-lea, incumbând elemente definitorii ale gândirii teologului Taqi al-Din Ahmad Ibn Taimiyya (secolul XIII), care pledează pentru o revenire la practicile comunității musulmane la momentul în care Profetul Mohamed și primii adepți ai acestuia - cunoscuți sub denumirea generică de „strămoșii pioși” (Salafi) își propuneau reabilitarea morală a comunității musulmane (*Umma*). Salafismul este caracterizat prin lecturarea literală a textelor fondatoare ale islamului (Coranul și Sunna), „decretând” că interpretarea lor este singura care beneficiază de legitimitate, respingând jurisprudența islamică (*fiqh*), precum și așa-numitele inovații blamabile (*bid'ah*). Există trei mișcări principale în salafismul contemporan: *una*, rigoristă, refuzând implicarea în viața socială și politică, dedicată educației musulmanilor suporter ai acestui curent; *a doua*, de expresie politică, și *a treia*, jihadistă, care utilizează salafismul drept bază ideologică pentru justificarea comiterii actelor teroriste, na.

¹¹ Pentru detalieri, a se lectura Sageman M. *Understanding terror networks*, Philadelphia, Editura University of Pennsylvania, 2004.

¹² Localitate din nordul Siriei.

¹³ Ideea este reflectată în opera lui Moghaddam Fathali.M. *The Staircase to Terrorism A Psychological Exploration*, regăsită și la adresa electronică <http://fathalimoghaddam.com/wp-content/uploads/2013/10/1256627851.pdf> (accesare 27.02.2018).

finalizării acestui parcurs cu un act cu impact major, prin care să „pedepsească”, în manieră „eroică”, pe cei vinovați, inclusiv prin terorism, ca soluție justă și în care se angajează inclusiv prin acord moral.

În următoarea etapă, individul își consolidează imaginea recent formată asupra noțiunii de sancțiune și este învățat să perceapă lumea ca pe o realitate rigidă, pătrunsă de viziunea anterior descrisă „noi împotriva lor”, în care ceilalți sunt, efectiv, condamnați, în viziunea individului actul terorist fiind ridicat de mijloc de acțiune legitim. În cele mai multe din cazuri, liderul entității teroriste - de orice mărime sau complexitate - dezvoltă autoritate, impunând conformism și obediență.

A cincea și ultima etapă presupune continuarea selecției și instruirea altora dintre indivizii pre-selecțai. Este etapa declanșatoare a mecanismelor de inhibare emoțională menite să favorizeze consumarea actului criminal, practic, o îndepărtare a psihicului de realitate, găsindu-i gata să ucidă, inclusiv pe cei din cadrul grupului. Individul este instruit în planificarea și comiterea propriu-zisă a actului violent, așteptând doar ordinul de acțiune. Mentalul este practic golit de elementele unei rațiuni anterioare, proporțional, fiind ocupat de un angajament comisiv de factură pasivă sau activă. Pentru realizarea ultimelor două etape, cei selecțai sunt astfel dirijați încât să adopte noi cadre de referință: abandonarea fostelor coduri și principii normativ sociale și acceptarea unei moralități „paralele”, împreună cu resorturile care alimentează ideea de ucidere, cele care sunt implicate definitoriu în legitimarea actului criminal. În literatura de specialitate¹⁴ sunt întâlnite anumite procese de bază susținute în comunitățile cu specific autoritar, inclusiv în entitățile teroriste, menite a schimba atitudini și comportamente:

- controlul mediului (control total al comunicațiilor);
- utilizarea unui retorici colectiviste (elemente de jargon la nivelul grupului);
- căutarea purității (un sistem de credință bazat pe totul sau nimic);
- manipulare mistică („ați fost aleși” să duceți la bun sfârșit ceva);
- preponderența doctrinei asupra individului (sindromul falsei memorii);
- „știința sacră”, apanajul exclusiv al liderilor „istorici respectați”.

Individul radicalizat trece de la garanția religioasă la actul cu valență penală prin intermediul unei moralități justificatoare a dreptului de a ucide, combinând pulsuniile interioare cu imaginea unor atitudini ale instituțiilor statului (Guvern etc) pe care le cataloghează „opresoare” și ale căror instituții de aplicare a legii sunt puse în legătură directă cu puterea persecutorului. În astfel de situații, individul radicalizat delegitimizează țintele violenței prin conferirea acestora de caracteristici non-umane: „necredincioși”, „ignoranți”, „porci”, „paraziți”, „care nu merită considerația celorlalți”, distrugerea „inamicului” fiind, în final, singura opțiune valabilă de a apăra „realitatea paralelă”.

2.4 Prevenirea riscului violent

Trebuie spus, de la bun început: persoanele radicalizate ori aflate în diverse etape ale acestui proces eminent interior, ascuns, nu prezintă indici de relevanță și nu expun un profil specific al personalității, uneori procesul debutând chiar pe un fundal ordinar (ex. segregarea pe criterii religioase). În ciuda dificultății în identificarea unui asemenea profil, este de remarcat că anumite semnale sunt și pot fi în măsură să alerteze specialiștii sau autoritățile, în special pe cei din zona de *Intelligence*, pentru a demara măsuri specifice de răspuns. În acest pot fi de interes:

- indivizi activi în fundamentarea opiniilor, cunoscuți cu antecedente psihiatrice (ex. retard mintal, tulburări de copil și adolescență, consumul de substanțe interzise, tulburări de personalitate, tulburări mintale, depresie, psihoză, alterarea stării de spirit);
- predilecția spre aprobarea comiterii actelor teroriste, ca răspuns la inegalitățile sociale, posibil chiar la care sunt supuși;
- implicarea unui apropiat în activități teroriste sau conexe terorismului;
- orice schimbare recentă a circumstanțelor care pot afecta individul și, astfel, care pot conduce la creșterea sentimentelor de frustrare, tristețe, rușine, ostilitate față de „alții” și societate (ex. divorțul părinților, schimbarea vieții, pierderea sensului vieții, diverse alte conflicte negestionate);
- predilecția pentru comiterea actelor de violență fizică;
- antecedente penale și condamnări la pedeapsa închisorii;
- afinitatea spre entități de criminalitate organizată sau legături cu fanatici de orice natură;
- revenirea de pe teritorii unde s-a implicat în activități criminale (de terorism și/sau crimă organizată).

Autorul apreciază, în mod corespunzător, comportamentele cu caracter de premeditare și de pre-poziționare, precum cele prin care se poate dobândi o tehnică operațională, cât și pe acela al obișnuirii cu ideea de acțiune prin condiționare psihologică, precum scăderea sentimentului de frică și suprimarea moralei. Aceste comportamente vin într-o varietate de forme:

¹⁴ Autorul consideră pe Leistedt Samuel J. un exemplu concret al acestei teorii. Pentru aceasta, se propune lecturarea materialului *Behavioral aspects of terrorism*, în publicația *Forensic Sci Int*, 2013.

- stimulare mentală (formare psihologică): imaginație specifică acțiunii în pregătire, vizionarea videoclipurilor cu specific terorist violent, scenariul criminal, tehnicile de luptă, contactul și evaluarea țintelor, evaluarea potențialelor victime etc.;

- prin comportament direct premeditat: achiziția de materiale paramilitare, manipularea armelor, evaluarea capacității și pregătirii personale, simularea unor acțiuni teroriste, angrenarea în activități de instruire de tip terorist a altor persoane, activități de supraveghere, repetarea până la însușire a diverselor tehnici, modificări ale obiceiurilor, în sensul disimulării adevăratelor intenții (arab. *Taqyia*¹⁵) etc.;

- prin comportament indirect premeditat: strângerea fondurilor pentru scopuri teroriste, prin mijloace legale sau ilegale, pregătire fizică, încurajarea și sau experimentarea consumului de alcool și droguri, activități de supraveghere, pentru familiarizare, a locului ales pentru acțiunea criminală, etc.¹⁶

În efortul prevenției sociale cât și al intervenției, planurile normativ și cel social se întrepătrund, marile teme dezbătute de către factorii specializați fiind îndreptate spre:

➤ convingerea indivizilor că violența împotriva se situează pe o poziție vădit divergentă cu legile religioase, implicit, morale;

➤ oricare soluție vizează elementul volițional și rezistența la tentația alunecării pe această pantă infracțională;

➤ aptitudinea de a fi motivat în comiterea unor infracțiuni trebuie invers direcționată (spre împotrivire);

➤ convingerea indivizilor în existența soluțiilor la diversele probleme, inițiativa în adoptarea acestora ținând exclusiv de individ.

Se reține că radicalizarea este un proces complex, construit pe un mod de gândire fanatic - sub oricare din forme - cu accente paranoide: dezvoltarea unui adevăr unic și absolut, exaltare ideologică, certitudinea îndreptăririi de a comite un act violent, afinitatea față de cauză și lider, sentiment de superioritate, neîncredere, existența unei „conspirații” în societate și a unor victime pe care cel radicalizat îi definește „vinovați”, atribuindu-le diferite caracteristici (ex. ostili, cu valoare inferioară), apetența spre prozelitism, lipsa elementului pozitiv, rezistența la schimbare, distorsiuni cognitive și gândire automată, lipsa de conștientizare a sentimentului de vulnerabilitate, concomitent cu augmentarea sentimentului valorii personale.

3. Fenomenul radicalizării și planul sancționator

Așa după cum este subliniat în prima parte a articolului, țara noastră nu reprezintă un reper pe segmentul violenței de tip asimetric, între care se încadrează terorismul și radicalizarea. Cu toate acestea, în Europa și în alte state ale lumii, sunt înregistrate creșteri ale cazurilor „reprezentante” ale celor două fenomene, unde s-a dovedit că subiecții activi au dus la îndeplinire activitatea infracțională pe fondul unor procese de radicalizare complete.

O radiografie internă, recentă și realistă, ne este oferită de cel mai recent raport al DIICOT, document în care se arată că, fenomenul radicalizării și cu deosebire cel în scop terorist reprezintă, în prezent, unul din riscurile majore la adresa securității naționale¹⁷. De asemenea, dintre cauzele fenomenului, este reliefată suprapunerea radicalizării cu probleme de ordin social (ex. cu un statut financiar precar, generat de lipsa unui loc de muncă), juridic (sunt sau au fost încarcerați) sau psihic (instabilitate, nivel intelectual scăzut ori diverse afecțiuni medicale), alături de absența unei culturi religioase. Același document mai reține faptul că „numărul indivizilor autohtoni radicalizați este în creștere în ultimii doi ani, însă manifestările se mențin, preponderent, la nivel verbal-atitudinal. Situațiile de radicalizare care implică adolescenți, deși puțin numeroase, atrag atenția asupra caracterului de contagiune a ideologiilor de tip extremist, justificative în potențarea trecerii la acte criminale”¹⁸.

Pe segmentul important al reprimării sociale, poate fi agreată concluzia potrivit căreia gradul de difuzie a acestui fenomen este intrinsec dependent de cel al conștientizării necesității adaptării mecanismelor legislative și instituționale de intervenție. În accepțiune proprie, raportul dintre violență și radicalizarea în scop violent este unul ciclic, cele două elemente fiind inter-schimbabile, în funcție de efectele generate. Deși la scurte perioade modificată, actuala legislație internă - și fac referire, îndeosebi, la textul Legii nr. 535 din 2004, privind prevenirea și combaterea terorismului - rămâne un element perfectibil, generator de consecințe în planurile preventiv și sancționator, de necesitate imediată fiind adaptarea la actualele provocări, bazate pe decizii comise individuale ori colective, de transpunere a diverselor convingeri religioase în acte sau fapte de terorism ori conexe terorismului.

În baza considerațiilor exprimate, o reasezare a normativului în privința definițiilor și palierului sancționator al infracțiunilor privitoare la securitatea națională trebuie să reprezinte necesitate juridică superioară, în sensul oferirii societății și sistemului de aplicare a legii a unor texte juridice clare, indubitabile, cu importanță definitorie, pe

¹⁵ Disimulare prin tăcere sau omisiune (trad. neof.), na

¹⁶ A se vedea, pe larg, lucrarea „Contexte préparatoire et comportement de prédisposition dans les gestes violents d'apparence impulsive: évaluation des éléments de planification et de préméditation” a autorilor Vandevoorde J. și Estano N., regăsită la adresa electronică https://www.researchgate.net/publication/273791301_Contexte_preparatoire_et_comportement_de_predisposition_dans_les_gestes_violents_d'apparence_impulsive_evaluation_des_elements_de_planification_et_de_premeditation (accesare 25.02.2018).

¹⁷ Regăsit la adresa electronică http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_rapoarte_activitate/raport.2017.pdf (accesare 22.02.2018).

¹⁸ Ibidem.

segmentul prevenirii amenințărilor de factură asimetrică, cu deosebire a terorismului și radicalizării, și deopotrivă, al activităților infracționale conexe. În acest sens, propunerea unui conținut legal de sine stătător al faptei de radicalizare¹⁹ poate fi un pas înainte în adaptarea normativului penal la necesitățile actuale.

Concluzii

Fenomenul radicalizării, așa cum este cunoscut astăzi, este exemplul ideal al amenințării asimetrice. Faptul că este încadrat, atât ca fenomen social, cât și o amenințare la securitatea națională, arată, de asemenea, starea de pericol social, plurideterminată, reținută în legătură cu dezvoltarea unei asemenea activități, cu atât mai mult, dificultatea sancționării prin norme de drept penal.

Explicațiile fenomenului relevă o activitate ilegală complexă, dusă la nivel individual sau nu, sub motivațiile relevante, procesul fiind precursorul actului terorist.

Din această perspectivă, rolul științei criminologiei, deopotrivă, cu implicarea victimologiei, psihotraumatologiei și altor științe, trebuie să fie acela de descifrare a mecanismelor criminogene care stau fundament unui astfel de proces precum și elaborarea unor procedee intervenționiste la nivel social, cu scop preventiv. Consider că terorismul nu poate exista fără fenomenul întregitor, radicalizarea. De aceea, specializarea în cercetarea fenomenului radicalizării reprezintă și este necesar să capete conotația cuvenită, pe lângă achiziția științifică, indubitabilă, socială.

În următoarea perioadă, România trebuie să fie pregătită pentru adaptări flexibile a legislației în lupta împotriva terorismului și amenințărilor conexe, fără a ține cont de emergența sau aria de răspândire a acestor fenomene, acționând în limitele consfințite de statul de drept, de respectarea drepturilor fundamentale ale omului, în ciuda greutăților întâmpinate, România dovedindu-se un partener serios, care dispune de capacitatea de a contribui la efortul de revigorare a legislației unionale și internaționale, într-un spațiu garant al valorilor și principiilor democratice.

¹⁹ Perfectibil, în forma actuală: „... Accesarea în mod repetat de materiale de propagandă teroristă, prin intermediul sistemelor informatice sau altor mijloace de comunicații electronice, efectuată în scopul însușirii ideologiei teroriste ori deprinderii unor mijloace, tehnici sau modalități de săvârșire a unor acte de terorism, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare....”.

REPERE ISTORICE PRIVIND SISTEMUL PENITENCIAR DIN ROMANIA*

Aura PREDA*

Abstract : *The chosen theme refers to the main legislative aspects that marked the evolution of the penitentiary system in our country after the 1918 Great Union event. The first part presents the context in which the union was made, and the sections show the main characteristics of the periods conventionally delimited by the author, respectively 1918-1990 and 1990-present, pointing to the normative acts and some of their effects.*

Key-words: *historical milestones, grand union, legislative unification, penitentiary system, evolution and trends*

1. Introducere

Făurirea statului național român s-a înfăptuit, pe de o parte, într-un context internațional favorabil, marcat de dispariția marilor imperii în urma primei conflagrații mondiale, iar, pe de altă parte, în urma unui proces revoluționar intern, marcat de adunări plebiscitare.

Acest moment a generat creșterea potențialului economic al României, concretizat în consolidarea relațiilor capitaliste, evoluția vieții politice, dar, deopotrivă, unificarea legislativă.

Problema fundamentală în planul reglementării juridice, aceea a unificării legislative, s-a realizat prin două metode:

- extinderea aplicării unor legi din vechea Românie pe tot cuprinsul țării,
- elaborarea unor noi acte normative, de natură să înlăture reglementările paralele anterioare.¹

În acest context, principalele acte normative cu impact la nivelul sistemului penitenciar din România, votate după unirea din 1918 au fost Constituția din 1923 și Legea din 19 decembrie 1924, ultima fiind prima lege penală cu aplicabilitate pe întregul teritoriul țării.² Creșterea criminalității după primul război mondial s-a reflectat în noua legislație în sensul înăsprii pedepselor. Alte legi penale speciale, cum ar fi: Legea pentru înfrânarea și reprimarea speculei ilicite din 1923, Legea pentru apărarea liniștii și creditului țării din aprilie 1930, Legea pentru reprimarea unor infracțiuni contra liniștii publice din decembrie 1924 (modificată în noiembrie 1927, apoi în mai 1933), Legea pentru autorizarea stării de asediu din februarie 1933, Legea pentru prelungirea stării de asediu din martie 1937, Legea pentru apărarea ordinii din aprilie 1934.³

2. Legislația și sistemul penitenciar până în 1990

Evoluția științei penitenciare pe plan european și criticile aduse sistemului penitenciar în general, au generat și în România măsuri de reformă⁴. Astfel, la nivelul sistemului penitenciar, odată cu aplicarea de la 1 ianuarie 1930, a Legii penitenciarelor și instituțiilor de prevenție din **decembrie 1929** se încearcă schimbarea regimului de detenție de la cel mixt, existent anterior unirii, la altul împrumutat. Practic, legea din 1929 păstrează, în general, prevederile legii din 1874, îmbunătățindu-le și instituind sistemul progresiv englez, prin reglementarea a trei faze în pregătirea condamnatului pentru a fi redat vieții libere, și anume:

- izolarea individuală, aplicată în raport cu condamnarea, fără a depăși 3 ani pentru recidiviști;
- faza de ținere în comun pe timpul zilei și izolare noaptea;
- colonia de muncă, în care condamnații munceau în comun și erau cazați, pe timpul nopții, în dormitoare comune.⁵

Esența și aparenta superioritate a regimului progresiv constau în împrejurarea că deținutul trecea pe parcursul detenției prin mai multe etape, reflectate în diverse facilități de care putea beneficia pe măsură ce, de-a lungul timpului, dădea dovezi de îndreptare. Concomitent, se presupunea de către autorități că această tranziție, de la un regim de deținere mai greu la unul mai ușor, însoțea automat “reeducarea” deținutului, reprezentând proba eficienței tratamentului aplicat din penitenciare. Ne raliem opiniilor și criticilor prof. Chiș⁶ cu privire la limitele sistemului progresiv, respectiv:

* *Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul “Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!*

* Cercetător științific gr.III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Conf.univ.dr. Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, Universitatea „Spiru Haret”, București; e-mail: aurapreda7@yahoo.ro

¹ Cezar, A (coord.) – *Introducere în istoria dreptului*, Ed. Fundației România de mâine, București, 2007, p.233

² Astfel, până la acea dată se aplicau în Transilvania Codul penal român din 1864, codul penal ungar din 1878 și Codul contravențiilor din 1879. În aceeași perioadă, în Bucovina era în vigoare Codul penal austriac din 1852, în timp ce în Basarabia se aplica codul penal rusesc din 1903.

³ Cezar, A (coord.), *op.cit.*, p.240

⁴ Stănișor, E. (coord.), *Penologie*, Ed. Oscar Print, București, 2002, p.25.

⁵ www.anp-just.ro

⁶ Chiș, I, *Drept execuțional penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p.33.

- condamnații se conformau acestui regim nu din rațiuni intrinseci, ci conștienți fiind că după o perioadă de timp trec automat la alt regim,
- administrația urmărea prin munca celor condamnați să obțină foloase bănești și mai puțin refacerea morală a acestora,
- perceperea libertății condiționate ca modalitate de golire a penitenciarelor, fără a avea garanția că durata pedepsei este necesară și suficientă pentru îndreptarea condamnatului.
- prevenția postexecutorie se realiza prin diferite măsuri prevăzute în legislație.

Totodată, trebuie să remarcăm că legea prevedea idei avansate pentru acea vreme, cum ar fi: înființarea unor instituții de prevenție, a unor colonii penitenciare agricole și industriale destinate condamnaților la o pedeapsă corecțională, colonii penitenciare pentru vagabonzi și cerșetori, penitenciare case de sănătate (pentru condamnații bolnavi de tuberculoză, pelagră, alte boli grave), personalizarea mijloacelor de reeducare și corijare. În ce privește instituțiile de prevenție au fost înființate ospicii pentru alienați, aziluri, case de muncă, casele de muncă pentru vagabonzi și cerșetori, case de sănătate pentru alcoolici, drogați, etc., dar și instituții de protecție pentru minorii părăsiți, vagabonzi, întârziați mintal și cu purtări rele care prezintă un potențial criminogen.

Din 21 aprilie **1938** apare și se aplică Regulamentul asupra regimului de executare a pedepselor, una din cele mai evolute reglementări europene în materie din acea perioadă. Astfel, ideea recuperării sociale a condamnaților era puternic conturată și bine reglementată într-un titlu separat, intitulat „Măsuri de educație”.

Având în vedere că acest regulament prelua și dezvoltă prevederile Legii privind organizarea penitenciarelor din 1929, se poate afirma că, înainte cu un sfert de secol de apariția Ansamblului de reguli minime pentru tratamentul deținuților (ONU, 3 august 1955), România dispunea deja de o legislație avansată în domeniul penitenciar, legislație ce conținea prevederi pe linia recuperării sociale la nivelul acestor recomandări internaționale.

În perioada celui de-al doilea război mondial, prin Legea nr.424 din 30 mai 1942 penitenciarele au trecut din subordinea Ministerului Justiției în subordinea Ministerului de Interne, fiind organizate în subordinea a 4 inspectorate.⁷

În anul **1944**, victoria aliaților a determinat intrarea României în zona de influență a Rusiei staliniste, fapt ce a constituit punctul de plecare al unei rupturi pe termen lung de concepțiile moderne referitoare la executarea pedepselor. În acea perioadă, acest lucru s-a concretizat prin schimbarea personalului de conducere, compromiterea personalului de specialitate, precum și într-un regres vizibil în aplicarea tratamentului penitenciar. După lovitura de stat de la 23 august 1944, primul act politic realizat de Regele Mihai și guvernul său a fost Decretul Regal de amnistie generală prin care au fost amnistiate toate infracțiunile politice comise după 1 ianuarie 1918, însoțit de Decretul lege 442 care desființa toate lagărele⁸.

În noiembrie 1944, a fost aprobat “Regulamentul pentru înființarea și funcționarea centrelor de internare”, însă de la acest moment și până în 1964 în România se poate vorbi despre detenție politică, seria arestărilor și inculpărilor celor vinovați pentru “crime de război și dezastrul economiei naționale” a debutat cu arestarea mareșalului Antonescu și a grupului său.

Prin Hotărârea Consiliului de Miniștri nr. 1554/1952 s-a aprobat înființarea coloniilor de muncă, a domiciliului obligatoriu și a batalioanelor de muncă. Tot în anii 50 s-a demarat o serie de lucrări de mare amploare⁹ pentru economia românească, lucrări pentru finalizarea cărora s-a folosit preponderent forța de muncă special pusă la dispoziție de către sistemul penitenciar.

În perioada **1952–1955**, se redactează atât Regulamentul pentru aplicarea regimului penitenciar, cât și Regulamentul privind primirea, deținerea, paza și regimul deținuților, ambele aprobate prin ordinul ministrului de interne. Conform acestora penitenciarului i s-a rezervat preponderent atât conceptual, cât și practic, misiunea de constrângere și chiar înlăturare fizică a unor categorii de persoane¹⁰. Începând cu anul 1959 până în anul 1964 au fost emise mai multe decrete de grațiere a deținuților politici¹¹.

În anul **1962** s-a aprobat Regulamentul privind aplicarea regimului în locurile de deținere, aprobat prin Ordinul Ministrului Afacerilor Interne nr. 4045/20.11.1962. Acesta prevede că se circumscriu regimului de executare a pedepselor privative de libertate: folosirea la muncă, respectarea disciplinei, acțiunea cultural-educativă, stimularea și recompensarea. Prin organizarea acestor activități s-a asigurat readaptarea la pulsul social a celor care au fost eliberați cu ocazia marii amnistii a deținuților politici din 1964.

La nivelul Direcției Generale a Penitenciarelor în anul **1969** s-au elaborat proiectele a două acte normative, devenite Legea nr. 23/1969 privind executarea pedepselor și Regulamentul de aplicare a acesteia, aprobat prin Hotărârea Guvernului (HCM nr. 2282/05.12.1969). Acestea au valorificat experiența românească dinaintea celui De-al Doilea Război Mondial, cât și recomandările cuprinse în Ansamblul de reguli minime pentru tratamentul

⁷ Chis, I., *op.cit.*, p. 42

⁸ Stănișor, E. (coord.), *op.cit.*, p.26

⁹ Este vorba despre Canalul Dunăre-Marea Neagră, Complexul hidroenergetic de la Bicăz, sisteme de irigații din Dobrogea.

¹⁰ www.anp-just.ro

¹¹ Stănișor, E. (coord.), *op.cit.*, p. 26.

deținuților, adoptate la ONU în 1955, cu o singură excepție, asistența morală și religioasă. Cele două documente conțin reglementări referitoare la: organizarea locurilor de deținere, regimul persoanelor condamnate, drepturile și îndatoririle acestora, precum și sancțiunile ce se pot aplica.

De reținut că actele normative au dezvoltat o concepție românească privind resocializarea deținuților, bazată pe participarea acestora la activități productive, în condiții similare cu cele din economie, pe completarea studiilor generale și alfabetizarea neștiutorilor de carte, pe calificarea într-o meserie, pe diversificarea continuă a gamei de activități cultural-educative, vizând accesul nemijlocit la informația socială și înlesnirea legăturilor cu familia, precum și stimularea și recompensarea celor care erau stăruitori în muncă și dădeau dovezi temeinice de îndreptare.

Implicit, aceasta a însemnat și aplicarea tratamentului penitenciar potrivit profilului psihologic al deținutului, după o prelabilă cunoaștere a personalității lui. Toate acestea în acord cu principiul respectării demnității deținutului. Aceste acte normative au fost la timpul lor reglementări moderne, la nivel internațional, și au asigurat un cadru corespunzător de desfășurare, timp de 25 de ani, a unei activități de executare a pedepsei, comparabile cu cele ale altor sisteme europene.

Tabloul nu ar fi complet dacă nu am semnală faptul că, până la revoluția din decembrie 1989, sistemul s-a confruntat și cu anumite limite, impuse de ideologia socialistă oficială, cum ar fi: cerința ca toți deținuții să fie redați societății ca oameni utili, obligativitatea ca programele de resocializare să cuprindă un procent însemnat de teme politice etc.

3. Sistemul penitenciar și legislația aferentă după 1990

Odată cu anul 1990, schimbarea regimului politic a permis ruptura față de modelul de educație comunistă, cu toate implicațiile sale. Pentru a asigura continuitatea procesului de socializare, dar și ancorarea sa în noua realitate social-economică, s-a acționat concomitent pentru contracararea tendințelor ca deținuții să-și asume calitatea de victime politice ale sistemului comunist. Acest aspect a fost atins prin organizarea asistenței moral-creștine în penitenciare, prin acordarea accesului în penitenciare nu numai religiilor majoritare, ci și cultelor, prin depolitizarea tuturor activităților cultural-educative, adică ceea ce reprezentaseră limitele anterioare.

Totuși nu exista un statut al personalului care lucrau în penitenciare, statut care să reglementeze drepturile și obligațiile specifice acestei categorii profesionale, acestora aplicându-se legea nr. 81/1996 privind statutul cadrelor militare.

Legea nr. 21/15.10.1990 marchează trecerea sistemului penitenciar din subordinea Ministerului de Interne, din nou, în subordinea Ministerului Justiției. Acest fapt a constituit un moment important pentru dezvoltarea ulterioară a sistemului penitenciar.

Reforma sistemului penitenciar a început imediat după trecerea Direcției Generale a Penitenciarelor în subordinea Ministerului Justiției și a vizat, în principal, umanizarea regimului de deținere, urmărindu-se respectarea demnității umane, absoluta imparțialitate, lipsită de orice discriminare bazată pe naționalitate, cetățenie, opinii politice și convingere religioasă; îmbunătățirea cantitativă și calitativă a normelor de hrănire; suplimentarea drepturilor acordate persoanelor private de libertate, la pachete, vizite, țigări și cumpărături; accesul neîngrădit la mijloacele de informare în masă și asigurarea transparenței sistemului penitenciar.

Câțiva ani mai târziu, în anul 1994 prin ratificarea de către România (Legea nr. 30/18.05.1994), a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, s-au impus exigențe sporite pe această zonă, exigențe ce au determinat necesitatea îmbunătățirii condițiilor de detenție a persoanelor private de libertate, aflate în penitenciare, în consens cu normele internaționale în materie.

În anul 2003, a fost elaborată și adoptată Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 56 din 25.06.2003 privind unele drepturi ale persoanelor aflate în executarea pedepselor privative de libertate. Aceasta abroga Regulamentul de executare a unor pedepse și a măsurii arestării preventive din 1969 și alinia practica penitenciară în domeniu la standardele europene.

Un an mai târziu, la data de 28 septembrie a intrat în vigoare **Legea nr. 293/2004** privind Statutul funcționarilor publici din Administrația Națională a Penitenciarelor, act normativ în baza căruia a avut loc demilitarizarea personalului de penitenciare.¹²

La acest moment activitatea Administrației Naționale a Penitenciarelor este coordonată direct de către Ministrul Justiției și se desfășoară în conformitate cu prevederile Constituției României, Declarației Universale a Drepturilor Omului, cu recomandările Consiliului Europei cu privire la tratamentul deținuților, cu dispozițiile Hotărârii Guvernului nr. 756/2016 pentru organizarea, funcționarea și atribuțiile Administrației Naționale a Penitenciarelor și pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 652/2009 privind organizarea și funcționarea Ministerului Justiției, a legislației execuțional-penale și hotărârilor Guvernului date în aplicarea acestei legislații.

Ultimul act normativ cu impact la nivelul populației penitenciare este Legea nr. 169/2017 privind recursul compensatoriu, lege intrată în vigoare în octombrie 2017, urmare a Deciziei –pilot a CEDO din aprilie 2017. În baza

¹² www.anp-just.ro

acestei decizii, România trebuia să ia măsuri în termen de 6 luni pentru atenuarea fenomenului suprapopulării prezent în penitenciarele din țara noastră.

În loc de concluzii

Recursul compensatoriu aplicat din octombrie anul trecut nu s-a dovedit cea mai eficientă măsură, devreme ce mulți dintre deținuții interogați atunci au declarat că se vor întoarce și exact la 6 luni canalele de știri ne informează periodic asupra acestui aspect.

De aceea, se impune o atenție sporită asistenței postpenale și necesitatea sprijinirii celor eliberați de către instituții de tranziție, similare celor din Quebec, dar și de comunitatea în care revin, rolul acesteia din urmă este incontestabilă, imperativă¹³.

În consecință, ar trebui ca impactul acestei măsuri să constituie subiectul unor cercetări interdisciplinare, cu specialiști din instituții direct implicate sau interesate, tocmai pentru a minimaliza efectele perverse deja observabile și a evita creșterea recidivei.

¹³ Bălan, A. , *Sistemul penitenciar din România. Realități și perspective în procesul de aderare la Uniunea Europeană*, în vol. Universul carceral, Ed. Oscar Print, p.232.

REGULI ȘI PROCEDEE TACTICE CRIMINALISTICE PRIVIND AUDIEREA VICTIMELOR TRAFICULUI DE PERSOANE

Adrian Cristian MOISE*

Abstract: The article presents and analyzes the main forensic tactical rules and procedures for hearing victims of trafficking in human beings. Hearing of victims of trafficking in human beings takes place during the following stages: preparing and planning the hearing of the victim of trafficking in human beings; familiarizing the trafficked person with the hearing process; the actual hearing of victims of trafficking in human beings; verification and appreciation of the victim's statement of trafficking. Victims of trafficking in human beings are both adults, men and especially women and children. The process of hearing victims of trafficking in human beings should be conducted at a pace appropriate to the needs of victims of trafficking in human beings. Investigators have the duty to ensure that the forensic tactical procedures and rules of hearing that will be used will not have a negative impact on respecting both the dignity of victims and other rights they have in the criminal process.

Keywords: victim; trafficking in human beings; forensic tactical procedures; hearing.

1. Introducere

Pentru fiecare formă de criminalitate există cel puțin o victimă a acesteia. Victima sau persoana vătămată, conform prevederilor art.79 din Codul de procedură penală din România reprezintă persoana care a suferit o vătămare fizică, materială sau morală în urma săvârșirii faptei penale. Potrivit științelor dreptului penal și criminologiei, victima reprezintă „orice persoană umană care suferă direct sau indirect, consecințele fizice, materiale sau morale ale unei acțiuni sau inacțiuni criminale”¹.

Victimizarea reprezintă procesul prin care un act cauzează prejudicii sau pierderi pentru una sau mai multe persoane². Victimele infracțiunilor de trafic de persoane sunt atât persoanele adulte, bărbați și în special femei, cât și copiii.

Traficul de persoane reprezintă „recrutarea, transportul, transferul, adăpostirea sau primirea persoanelor, prin amenințarea cu sau utilizarea forței sau altor forme de constrângere, prin răpire, fraudă, înșelăciune, abuz de autoritate sau de o situație de vulnerabilitate, sau prin oferirea sau acceptarea de plăți sau avantaje pentru obținerea consimțământului unei persoane având autoritate asupra altei persoane, în scopul exploatarei. Exploatarea cuprinde, cel puțin, exploatarea altor persoane prin prostituție sau alte forme de exploatare sexuală, munca sau serviciile forțate, sclavia sau practicile similare acesteia, aservirea sau prelevarea de organe”³.

Traficul de persoane se desfășoară pe parcursul următoarelor etape⁴: recrutarea, transportul, transferul, adăpostirea sau primirea persoanelor în scopul exploatarei acestora. Suntem de părere că punctul central al procesului de trafic de persoane îl reprezintă exploatarea persoanelor în condiții care afectează în mod grav drepturile și libertățile fundamentale ale omului. De asemenea, considerăm că exploatarea victimelor traficului de persoane debutează în momentul în care acestea ajung în locația de destinație.

Infracțiunile referitoare la traficul de persoane și infracțiunile conexe traficului de persoane sunt prevăzute de Codul penal, Titlul I Infracțiuni contra persoanei, Capitolul VII Traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile, art.209-217. Remarcăm că legiuitorul român a incriminat fapta de trafic de persoane în cuprinsul art.210 Cod penal și fapta de trafic de minori în cuprinsul art.211 Cod penal.

Infracțiunile prevăzute de art.210 din Codul penal și art.211 din Codul penal sunt investigate în faza procesuală a urmăririi penale de Serviciul de combatere a criminalității organizate din cadrul Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism (DIICOT), care efectuează toată urmărirea penală în situația comiterii infracțiunilor de trafic de persoane sau de trafic de minori, indiferent dacă acestea au fost săvârșite sau nu în condițiile grupului infracțional organizat prevăzut de art.367 alin.6 din Codul penal, în scopul identificării infractorilor și trimiterii acestora în judecată. În situația, în care infracțiunile prevăzute la art.210 Cod penal și la art.211 Cod penal

* Lect. univ.dr., Universitatea "Spiru Haret" din București, Facultatea de Științe Juridice, Economice și Administrative, Craiova; e-mail: adriancristian.moise@gmail.com

¹ Bogdan T., Sântea I., *Psihologie Judiciară*, Editura Themis Cart, București, 2010, p.177.

² McQuade III S.C., *Encyclopedia of cybercrime*, Editura Greenwood Publishing Group Inc., Westport, Connecticut, 2009, p.187.

³ Noțiunea de *trafic de persoane* este definită în cuprinsul următoarelor instrumente juridice de la nivel internațional și european: art.3 lit.a din Protocolul privind prevenirea, reprimarea și pedepsirea traficului de persoane, în special al femeilor și copiilor, adițional la Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității organizate transnaționale; art.4 lit.a din Convenția Consiliului Europei privind lupta împotriva traficului de ființe umane; art.2 alin.1 și 3 din Directiva 2011/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului Uniunii Europene din 5 aprilie 2011 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestuia, precum și de înlocuire a Deciziei-cadru 2002/629/JAI a Consiliului.

⁴ Moise A.C., Stancu Em., *Criminalistica. Elemente metodologice de investigare a infracțiunilor. Curs universitar*, Editura Universul Juridic, București, 2017, pp.319-320.

sunt săvârșite asupra minorilor, urmărirea penală se efectuează de procurori din cadrul DIICOT, anume desemnați de către procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, potrivit prevederilor art.11 alin.2 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.78/2016⁵ din 16 noiembrie 2016 pentru organizarea și funcționarea DIICOT, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

Referitor la competența de judecată în primă instanță a infracțiunilor de trafic de persoane sau de trafic de minori, aceasta aparține Tribunalului. Ședințele de judecată în cauzele privind infracțiunea de trafic de minori, prevăzută de art.211 din Codul penal, și de pornografie infantilă, prevăzută de art.374 alin.1¹ din Codul penal sunt nepublice. La desfășurarea ședințelor pot asista părțile, reprezentanții acestora, avocații, reprezentanții Agenției Naționale împotriva Traficului de Persoane, precum și alte persoane a căror prezență este considerată necesară de către instanță. Audierea minorului, victimă a infracțiunii de trafic de minori, care nu a împlinit vârsta de 14 ani se efectuează în prezența a cel puțin unuia dintre părinți sau a altui reprezentant legal, fiind obligatorie și citarea unui psiholog, respectiv a unui reprezentant al Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului de către organele de urmărire penală sau instanța de judecată (art.24 din Legea nr.678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane).

2. Particularități tactice privind audierea victimelor în cazul infracțiunilor de trafic de persoane

Procedeul de audiere a victimelor în cazul infracțiunilor de trafic de persoane cuprinde o serie de particularități, astfel încât investigatorii trebuie să aibă în vedere mai multe aspecte⁶.

În primul rând, investigatorii infracțiunilor de trafic de persoane, trebuie să aibă în vedere faptul că victimele traficului de persoane își modifică de obicei declarația. Astfel, aceștia trebuie să conștientizeze faptul că schimbarea declarației victimelor traficului de persoane, poate avea drept cauze, pe lângă comiterea infracțiunii de mărturie mincinoasă, existența unor tulburări post-traumatice și faptul că victimele se simt încă amenințate și intimidare.

În al doilea rând, investigatorii trebuie să țină cont de faptul că victimele traficului de persoane de multe ori nu vorbesc aceeași limbă cu aceștia, datorită caracterului transfrontalier al fenomenului traficului de persoane. Având în vedere acest aspect, investigatorii apelează la prezența unor interpreți în cadrul procedurilor de audiere.

În al treilea rând, între investigatori și victimele traficului de persoane pot să intervină dificultăți de comunicare, deoarece aceștia prezintă culturi diferite, această împrejurare contribuind la îngreunarea procesului de investigare criminalistică a traficului de persoane.

În al patrulea rând, de multe ori victimele traficului de persoane nu au încredere în investigatori. Suntem de părere că încrederea reprezintă un aspect important între investigator și persoanele audiate, în special în situația în care, martorul este și victimă a traficului de persoane. În cazul traficului de persoane, încrederea victimelor în investigatori se află la cote foarte mici, datorită experiențelor nefaste trăite de acestea.

În al cincilea rând, traficanții de persoane susțin din punct de vedere financiar unele victime prin acordarea unor sume mici de bani acestora. În situația, în care victimele se hotărăsc să părăsească rețeaua de trafic de persoane și să depună plângere împotriva traficanților de persoane, atunci traficanții de persoane vor înceta să mai susțină financiar pe aceste victime.

În al șaselea rând, victimele traficului de persoane, de cele mai multe ori nu își dezvăluie vârsta reală investigatorilor. Buna desfășurare a procesului de investigare va fi afectată, în situația, în care victimele nu dezvăluie investigatorilor vârsta lor reală, cum este de exemplu, în cazul nerespectării procedurii de audiere a victimelor minore ale traficului de persoane.

3. Tactica audierii victimelor traficului de persoane

Audierea victimelor traficului de persoane se desfășoară pe parcursul următoarelor etape:⁷ pregătirea și planificarea audierii victimei traficului de persoane; familiarizarea victimei traficului de persoane cu procedeul audierii; audierea propriu-zisă a victimelor traficului de persoane; verificarea și aprecierea declarației victimei traficului de persoane.

3.1. Pregătirea și planificarea audierii victimei traficului de persoane

Investigatorii, înainte de a începe planificarea audierii trebuie să se informeze cât mai bine cu privire la persoana ce va fi audiată și la cazul investigat. Astfel, investigatorii trebuie să studieze materialul cauzei în scopul stabilirii persoanelor care trebuie audiate în calitate de persoană vătămată, parte civilă ori parte responsabilă civilmente, a

⁵ M. Of. nr. 938 din 22 noiembrie 2016.

⁶ United Nations. *United Nations Office on Drugs and Crime. Global Initiative to Fight Human Trafficking. Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners. Module 8: Interviewing victims of trafficking in persons who are potential witnesses*, Viena, 2009, pp.4-9; *A se vedea, Moise A.C., Stancu Em., Criminalistica. Elemente metodologice de investigare a infracțiunilor. Curs universitar, Editura Universul Juridic, București, 2017, pp.325-326.*

⁷ United Nations. *United Nations Office on Drugs and Crime, Global Initiative to Fight Human Trafficking, Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners. Module 8: Interviewing victims of trafficking in persons who are potential witnesses*, Viena, 2009, pp.11-43; Moise A.C., Stancu Em., *op. cit.*, pp.326-327.

problemelor ce vor fi lămurite prin audiere, a datelor și a probelor ce vor fi folosite în audiere, precum și a ordinii utilizării lor. De asemenea, investigatorii trebuie să lămurească, dacă persoanele ce urmează a fi audiate ca victime ale traficului de persoane, pot avea calitatea procesuală de persoană vătămată, de parte civilă ori de parte responsabilă civilmente în procesul penal, precum și temeiul acestei calități.

De asemenea, investigatorii trebuie să evalueze și riscurile la care sunt supuse victimele traficului de persoane în momentul în care sunt audiate. Organele judiciare pot să dispună efectuarea unei evaluări psihologice a victimei, evaluarea sănătății fizice a acesteia, furnizarea și asigurarea victimei, în anumite situații de îmbrăcăminte corespunzătoare, hrană și cazare.

Obiectivele audierii trebuie stabilite de investigatori înainte de începerea audierii propriu-zise, acestea fiind următoarele: stabilirea cu exactitate a faptelor produse și a istoricului cazului investigat; coroborarea faptelor produse cu cele confirmate de victimă în vederea stabilirii credibilității acesteia în calitate de martor; utilizarea probelor obținute în urma administrării acestui mijloc de probă (declarația victimei), în scopul identificării, arestării și trimiterii în judecată a traficantilor de persoane; revizuirea în mod continuu a riscurilor la care sunt supuse familia victimei, alte victime și alte potențiale victime.

Înainte de efectuarea audierii victimei, investigatorul trebuie să redacteze un plan de audiere, ce va cuprinde o listă de întrebări ce se referă la modul în care traficanții au recrutat și exploatat victimele. În cursul urmăririi penale, audierea victimei traficului de persoane se înregistrează atunci când este posibil cu mijloace tehnice audio sau audio-video, în situația în care organele de urmărire penală apreciază ca fiind necesară înregistrarea declarației, sau dacă victima a solicitat în mod expres acest lucru. Investigatorii stabilesc și locația unde se va realiza audierea victimei. În unele cazuri, atunci când este necesar, organele judiciare apelează și la serviciile unui interpret.

3.2. Familiarizarea victimei traficului de persoane cu procedeul audierii

În cadrul acestei etape, investigatorul stabilește o legătură cu persoana audiată, explicându-i pe larg care sunt particularitățile cazului de trafic de persoane investigat, în ce constă procedeul de audiere, modul în care informațiile obținute pot fi utilizate în procesul penal, care este scopul audierii sale, aducându-i-se la cunoștință drepturile și obligațiile sale, cât și calitatea în care aceasta este audiată. Organul judiciar îi aduce la cunoștință victimei traficului de persoane, următoarele drepturi și obligații, conform art.111 alin.(2) Cod procedură penală: dreptul de a fi asistată de avocat, iar în cazurile de asistență obligatorie, dreptul de a i se desemna un avocat din oficiu; dreptul de a apela la un mediator în cazurile permise de lege; dreptul de a propune administrarea de probe, de a ridica excepții și de a pune concluzii, în condițiile prevăzute de lege; dreptul de a fi încunoștințată cu privire la desfășurarea procedurii, dreptul de a formula plângere prealabilă, precum și dreptul de a se constitui parte civilă; obligația de a se prezenta la chemările organelor judiciare; obligația de a comunica orice schimbare de adresă.

Procedeul de audiere a victimei trebuie să se desfășoare într-un ritm adecvat nevoilor victimei traficului de persoane. De asemenea, investigatorii trebuie să permită victimelor luarea unor pauze la intervale regulate. Durata audierii victimei trebuie stabilită de organele judiciare, în primul rând, în funcție de nevoile victimei.

În situația în care, în urma discuției preliminare dintre investigator și victimă, rezultă faptul că victima este traumatizată psihic, iar audierea acesteia ar afecta grav sănătatea sa mentală, investigatorul poate să ia decizia de a renunța la audierea victimei și să încerce să utilizeze alte procedee probatorii în scopul obținerii de mijloace de probă.

3.3. Audierea propriu-zisă a victimelor traficului de persoane

Această etapă debutează cu verificarea identității victimei, care reprezintă primul moment al audierii propriu-zise.

Potrivit art.111 alin.(1) Cod procedură penală, la începutul primei audieri, organul judiciar adresează întrebări victimei despre nume, prenume, poreclă, data și locul nașterii, codul numeric personal, numele și prenumele părinților, cetățenia, starea civilă, situația militară, studiile, profesia sau ocupația, locul de muncă, domiciliul și adresa unde locuiește efectiv și adresa la care dorește să îi fie comunicate actele de procedură, antecedentele penale, sau dacă împotriva sa se desfășoară un alt proces penal, dacă solicită un interpret în cazul în care nu vorbește sau nu înțelege limba română ori nu se poate exprima, precum și cu privire la orice alte date pentru stabilirea situației sale personale.

Imediat ce organul judiciar a stabilit identitatea victimei traficului de persoane, acesta îi va aduce la cunoștință faptele și împrejurările în legătură cu care va fi audiată, inclusiv posibilitatea legală de a se constitui ca persoană vătămată, parte civilă în proces, de a renunța la acest drept conferit de lege și de a fi ascultată în calitate de martor⁸.

După ce s-a verificat identitatea victimei traficului de persoane, urmează momentul audierii libere a victimei, care începe prin adresarea unor întrebări de ordin general, având scopul ca aceasta să declare tot ce știe cu privire la faptele și împrejurările pentru a căror lămurire este audiată.

Victima este lăsată să declare tot ceea ce dorește referitor la cazul investigat, după care i se pot pune întrebări. De asemenea, victima traficului de persoane are dreptul să se consulte cu avocatul atât înainte, cât și în cursul audierii, organul judiciar permițându-i acesteia să folosească și însemnări proprii.

⁸ Stancu Em., Moise A.C., *Criminalistica. Elemente de tehnică și de tactică a investigării penale*, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2014, p.229.

Investigatorul va aplica următoarele reguli tactice criminalistice în cazul audierii victimei traficului de persoane⁹.

În primul rând, investigatorul trebuie să audieze victima traficului de persoane cu mult calm, chiar dacă aceasta relatează împrejurările în care s-au comis faptele cu toate detaliile, unele dintre acestea neavând vreo semnificație pentru soluționarea cauzei.

În al doilea rând, investigatorii trebuie să încerce să evite orice gest, reacție sau expresie, în special ironică sau de nemulțumire, prin care se aprobă sau se resping declarațiile victimei.

În al treilea rând, investigatorii trebuie să încerce să ajute victima cu mult tact, evitând să-i facă sugestii, dacă nivelul intelectual, cultural, împiedică persoana vătămată să facă o relatare liberă coerentă.

În al patrulea rând, pe parcursul momentului relatării libere, investigatorul trebuie să își noteze atât aspectele esențiale, cât și contradicțiile sau neclaritățile din timpul relatării.

În al cincilea rând, investigatorul poate afla de la victimă prin intermediul relatării libere anumite aspecte care îi erau necunoscute până la acel moment, inclusiv obținerea unor informații din care rezultă că suspectul sau inculpatul a săvârșit și alte fapte penale. În al șaselea rând, investigatorul are posibilitatea să observe sinceritatea și buna-credință a victimei, modul în care aceasta își formulează declarațiile sub aspectul veridicității, al încercărilor de completare a unor aspecte și al explicării formelor de exploatare la care a fost supusă. Victimele traficului de persoane pot să fie supuse la una sau la mai multe forme de exploatare: exploatarea sexuală; exploatarea prin munca forțată; exploatarea prin sclavie, lipsire de libertate sau aservire domestică; exploatarea prin practicarea cerșetoriei; exploatarea prin prelevarea de organe, țesuturi sau celule de origine umană în mod ilegal.

În cazul, în care prin relatarea liberă au fost lămurite toate faptele și împrejurările necesare soluționării cazului de trafic de persoane, investigatorul va consemna declarația victimei, fără a mai apela la formularea de întrebări.

Adresarea de întrebări reprezintă ultima etapă a audierii și nu prezintă un caracter obligatoriu. Totuși, există numeroase cazuri în care investigatorul este obligat să formuleze întrebări în scopul lămuririi unor aspecte neclare sau contradictorii. Obținerea unor răspunsuri clare în această etapă, care să completeze relatarea liberă depinde de modul de comunicare dintre investigator și victimă, de modul de adresare a întrebărilor și de succesiunea acestora. Astfel, investigatorii trebuie să dea dovadă de claritate, concizie, precizie, adaptabilitate la personalitatea, gradul de cultură, profesiunea sau inteligența victimei traficului de persoane care este audiată¹⁰. Formularea de întrebări devine obligatorie în situația, în care victimele prezintă suspiciuni cu privire la buna-credință sau sinceritatea acestora, ca urmare a declarațiilor date în faza audierii libere.

Investigatorul, în situația în care se impune, va formula întrebări de completare, de precizare sau unele întrebări ajutătoare¹¹. Investigatorul poate adresa victimei și întrebări de control în scopul de a verifica unele afirmații din punctul de vedere al exactității și veridicității. Întrebările de control sunt utile deoarece permit investigatorului să verifice poziția de fidelitate sau de nesinceritate pe care o are victima traficului de persoane¹².

Investigatorul, în timpul etapei de adresare a unor întrebări trebuie să aibă o conduită tactică specifică și să respecte următoarele reguli tactice:¹³ audierea victimei trebui să se desfășoare cu atenție și seriozitate, evitându-se gesturile de enervare, expresiile ori gesturile de aprobare sau dezaprobare; investigatorii trebuie să evite reacțiile bruște la contradicții, incoerențe, stări de agitație ale victimei traficului de persoane și să nu-și exteriorizeze surprinderea ori nemulțumirea; observarea cu atenție a modului în care victima traficului de persoane reacționează la întrebări asociate cu posibili indici de nesinceritate.

3.4. Verificarea și aprecierea declarației victimei traficului de persoane

În această fază se stabilește veridicitatea declarației victimei, urmărindu-se a se realiza o apreciere corectă a declarației. Evaluarea declarațiilor victimei se realizează prin compararea declarației acesteia cu celelalte mijloace de probă administrate în cauza respectivă, precum și prin efectuarea altor acte de urmărire penală, cum ar fi, de exemplu, audierea traficanților de persoane, audierea martorilor, cercetările la fața locului, perchezițiile, constatările, expertizele, reconstituirile, confruntările¹⁴.

Declarațiile victimei traficului de persoane se consemnează în scris. În declarație se consemnează toate întrebările adresate pe parcursul audierii, menționându-se atât cine le-a formulat, cât și ora începerii și ora încheierii audierii.

În declarație se consemnează întrebările adresate pe parcursul audierii menționându-se cine le-a formulat și se menționează de fiecare dată ora începerii și ora încheierii audierii. Dacă este de acord cu conținutul declarației scrise, victima o semnează. În situația, în care victima va efectua completări, rectificări, ori precizări, acestea sunt indicate la finalul declarației, fiind urmate de semnătura victimei.

⁹ Stancu Em., *Procedee tactice folosite în investigațiile penale. Evoluții*, Editura AIT Laboratories SRL, București, 2011, p.278-279.

¹⁰ Stancu Em., *op. cit.*, p.279 și urm.

¹¹ Stancu Em., Moise A.C., *op. cit.*, p.230-231.

¹² Suci C., *Criminalistica*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1972, p.585.

¹³ Stancu Em., *op. cit.*, p.231 și urm.

¹⁴ Moise A.C., Stancu Em., *op. cit.*, p.327.

Declarația scrisă este semnată de organul judiciar care a procedat la audierea victimei, de avocații suspectului, inculpatului, al victimei, dacă aceștia au fost prezenți, precum și de interpret în situația, în care declarația a fost luată printr-un interpret.

În cursul urmăririi penale, în situația, în care investigatorii apreciază a fi necesară și este posibilă, audierea victimei se înregistrează prin intermediul mijloacelor tehnice audio sau audiovideo.

Evaluarea declarației victimei traficului de persoane presupune o analiză minuțioasă, pe baza căreia organul judiciar va interpreta în mod științific tot materialul de date adunat, în scopul aflării adevărului în cazul investigat.

4. Concluzii

Investigatorii identifică cu dificultate victimele traficului de persoane, întrucât acestea de cele mai multe ori nu pot sau nu doresc să coopereze cu investigatorii, ezitând de multe ori și să sesizeze organelor judiciare competente comiterea infracțiunilor de trafic de persoane. Suntem de părere că regulile și procedeele tactice criminalistice de audiere a victimelor traficului de persoane, aplicate de investigatori trebuie să se realizeze în concordanță cu respectarea drepturilor și nevoilor victimelor.