



Academia Română
Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”

SIMPLIFICAREA – IMPERATIV AL MODERNIZĂRII ȘI AMELIORĂRII CALITĂȚII DREPTULUI

*Comunicări prezentate la Sesiunea științifică
a Institutului de Cercetări Juridice*

17 aprilie 2015
București

ISBN CD: 978-606-673-605-3

SIMPLIFICAREA – O PRIORITATE A MODERNIZĂRII DREPTULUI

Mircea DUȚU*

Prin studiul anual pe 2013, publicat recent, Consiliul de Stat al Franței (instanța supremă de contencios administrativ) a impus pe piața ideilor și a practicii juridice un nou concept provocator: cel de drept suplu! Documentul recomandă autorităților publice a se dota cu o doctrină a recurgerii la și a folosirii frecvente a dreptului suplu, pentru a contribui la politica de simplificare a normelor și promovare a calității reglementărilor legale.

Spre a se ajunge aici, s-a avut în vedere multiplicarea actelor oficiale de genul codurilor de bună conduită, recomandărilor de bune practici, în special în domeniul medical, noii guvernante economice a Uniunii Europene, reglementării de către Consiliul Superior al Audiovizualului francez a acoperirii mediatice a conflictelor armate... Câteva exemple, foarte diverse, care au ca punct comun a nu impune obligații precise, ci a exercita, într-o societate complexă și incertă unde reglementarea câștigă în extensie și în forță, o funcție apreciată de destinatarii lor. Și lucrul cel mai important: acestea sunt manifestări ale aceluiași fenomen: dreptul suplu.

Se consideră că publicând un studiu pe această temă, Consiliul de Stat francez exprimă o dublă ambiție. El dorește, mai întâi, să contribuie la conștientizarea producerii și utilizării crescânde a dreptului suplu atât de către actorii publici, cât și de întreprinderi, în Franța și în lume.

Din această perspectivă, definiția dreptului suplu pleacă de la examenul dezvoltărilor concrete ale fenomenului și vizează ansamblul de instrumente care răspund la trei condiții cumulative: au ca obiect modificarea ori orientarea comportamentelor destinatarilor lor suscitând, în măsura posibilă, adeziunea lor; nu creează prin ele însele drepturi ori obligații pentru destinatari; prezintă, prin conținutul și modul lor de elaborare, un grad de formalizare și de structurare care le aseamănă cu regulile de drept.

În al doilea rând, studiul vizează să ofere autorităților publice o doctrină nouă și instrumente de acțiune pentru promovarea ei.

Documentul Consiliului de Stat formulează 25 de propuneri-recomandări pentru o utilizare rațională a dreptului suplu și privesc în principal patru axe tematice. Prima, se referă la analiza oportunității recurgerii la dreptul suplu, în funcție de un fascicul de criterii, organizate în trei teste cumulative: cel de utilitate, cel de efectivitate și cel de legitimitate. Este vorba apoi de a favoriza redactarea de texte legislative și reglementare, pe scurt prin menajarea

* Prof. univ. dr., Directorul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e_mail: juridic_institut@yahoo.com.

posibilității pentru autoritățile însărcinate cu aplicarea lor de a preciza semnificațiile lor pe calea liniilor directe ori recomandărilor sau prin trimiterea explicită la dreptul suplu, de exemplu la normele tehnice, precum și grija de a asigura aplicarea lor.

Urmează apoi asigurarea publicării instrumentelor de drept suplu emise de autoritățile publice, în special cu ajutorul internetului și stimularea evaluării procesului de elaborare a codului de guvernare a întreprinderii, necesar societăților comerciale cotate.

În fine, esențială devine dotarea statului cu o capacitate de supraveghere strategică asupra dreptului suplu al actorilor privați, sprijinindu-se pe o rețea a administrațiilor și persoanelor interesate.

O caracterizare sugestivă a fenomenului *dreptului suplu* ne-o oferă în prefața lucrării Jean-Marc Sauvé, vicepreședintele Consiliului de Stat, potrivit căreia „nu există nicio contradicție între recunoașterea dreptului suplu, precum și a expansiunii sale și o mai bună calitate a dreptului. Dând o mai mare putere de inițiativă actorilor și dincolo de ea mai multă responsabilitate, dreptul suplu contribuie la oxigenarea ordinii noastre juridice. Printr-o utilizare rațională, el poate contribui din plin la politica de simplificare a normelor și la sporirea calității reglementării.”

Într-adevăr, postulatul subînțeles al Consiliului de Stat nu este nicidecum cel al devalorizării izvoarelor tradiționale ale dreptului, ori a marilor obiective de păstrare a normativității legii și ameliorare a calității dreptului.

În această optică dreptul suplu constituie mai mult o soluție decât un risc. Printr-o folosire rațională el poate contribui la politica de simplificare a normelor și sporire a calității reglementării. Totodată, oferă, înainte de toate, actorilor publici spații de expresie juridică diferite de instrumentele pur prescriptive, care trebuie să rămână legile și celelalte acte normative (juridice). Existența unor atari zone este de natură să consolideze, în contrapunct forța normativă atașată instrumentelor tradiționale ale dreptului, evitând „poluarea” lor prin dispoziții normative.

Dreptul suplu permite mai ales o lărgire a gamei mijloacelor de acțiune atât ale autorităților publice, cât și ale actorilor privați, chiar dacă va fi necesar să fim atenți pentru ca aceste norme de orientare a conduitelor să nu se dezvolte și afirme anarhic și nici ca să afecteze negativ principiul legalității.

Iar concluzia justă, exprimată și în raportul anual al Consiliului de Stat rămâne evidentă: dreptul suplu nu este marca degenerării ordinii noastre juridice, ci, pur și simplu, semnalul adaptabilității sale. Nu există nicio contradicție între recunoașterea ori expansiunea sa și o mai bună calitate a dreptului. Acordând o mai mare putere de inițiativă actorilor și dincolo de ea de responsabilitate, dreptul suplu contribuie la o veritabilă regenerare a sistemului juridic.

Cu aceste gânduri și speranțe am înțeles să încercăm, pe calea sesiunii științifice a ICJ pe 2015, să introducem în dezbaterile juridice din țara noastră o atare temă, deopotrivă nouă și deosebit de generoasă.

ALOCUȚIUNI INTRODUCTIVE

CODIFICAREA CA INSTRUMENT DE SIMPLIFICARE A DREPTULUI. ANALIZĂ CRITICĂ A CODULUI CIVIL ÎN VIGOARE

Marilena ULIESCU*

1. Simplificarea dreptului nu este o noțiune nouă. Preocuparea simplificării dreptului s-a manifestat aproape permanent, în special cât privește tehnicile juridice sau redactarea actelor normative dar și în ceea ce privește practicile administrative, notariale și chiar judiciare.

Pentru a „decupa” problematica simplificării dreptului, o analiză comparativă privind diferitele sisteme de drept, cât și dreptul european sau dreptul internațional ni se pare că se impune.

Din perspectiva – atât teoretică, cât și practică – este poate utilă, compararea cauzelor care fac simțită nevoia simplificării, precum și tehnicile utilizate pentru simplificarea dreptului, în special a dreptului constant, sau nu, și eficacitatea lor pricipită prin prisma simplificării¹.

Desigur, s-a pus problema, în folosul cui se urmărește simplificarea dreptului, în folosul celor care urmează să aplice legea sau în folosul celor cărora li se adresează aceasta, pentru a putea să facem față abundenței și complexității actelor normative? Credem că nu numai pentru aceasta, ci și pentru a evita dispozițiile contradictorii, terminologia care se abate de la datul câștigat, dar și, în general ceea ce este comun diferitelor sisteme de drept, de la lipsa de claritate care ascunde, de regulă, lipsa de rigoare și chiar unele reglementări lipsite de o logică juridică corectă.

Asta ne face să credem că simplificarea nu se adresează, de fapt științei dreptului, a principiilor sau a unor instituții constante ci, mai ales, „impactului”² sau a formelor pe care le îmbracă, cu osebire în societatea modernă, cu toate că forma și fondul dreptului sunt, în principiu greu de disociat.

2. Legiferarea excesivă din ultimele decenii a făcut să se piardă caracterul de permanență și de generalitate al legii, aceasta devenind un instrument politic și nu expresia unei reguli de drept³.

* Prof. univ. dr., Universitatea Ecologică din București; cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

¹ Jacqueline Pousson-Petit, *Qu'en est-il de la simplification du droit*, LGDJ, Toulouse, 2010, p. 12.

² *Ibidem*, p. 13.

³ Caroline-Gau-Cabeé, *Dimension historique de la simplification. Qu'en est-il la simplification du droit*, LGDJ, 2010, p. 18.

Astfel, diferite obiective conjuncturale, anumite cazuri particulare ori urgența pripită de a lua unele măsuri pe calea edictării de acte normative, a condus la concepția instrumentalizării dreptului Legea devenind așadar un instrument al politicilor care alternează de unde și proliferarea necontrolată a normelor juridice.

3. Simplificarea prin codificare relevă unele *constante* în funcție de modalitățile acesteia.

Ideea codificării este tributară calității legii. Legea trebuie să fie clară, simplă, precisă. Cu alte cuvinte claritate, concizie și simplitate pentru toți cei cărora li se aplică – finalitate imuabilă a simplificării.

De altfel, simplificarea dreptului nu constă în unificarea acestuia, ci în perfecționarea pe această cale a justiției, serviciu în organizarea și responsabilitatea oricărui stat.

Codul trebuie să păstreze un anumit nivel de generalitate și să lase loc creației doctrinare și jurisprudențiale pentru adevărata „completare” a legislației și să abandoneze ideea de a voi să reglementeze totul. (Păcat, adeseori întâlnit în Codul civil în vigoare, care adeseori cuprinde unele texte ce sunt mai degradă literatură juridică).

Codificarea dreptului constant răspunde cerințelor de accesibilitate, claritate și coerență dar și nevoii de stabilitate a normelor juridice.

Trebuie însă să admitem că ideea potrivit căreia codificarea dreptului constant nu este decât o etapă prealabilă a simplificării, în contextul european și internațional sau mai precis a dreptului european și a dreptului internațional.

4. Noul Cod civil, codul în vigoare răspunde cerințelor modernizării și simplificării legii civile respectând reperele pe care le-am amintit ?

O analiză completă sub aspectul definirii și reglementării instituțiilor de drept civil care au fost preluate din Codul civil de la 1864 și modificate sau a celor nou introduse ori a terminologiei folosite ar putea conduce la concluzia că în loc de o simplificare juridică spre inteligibilitate, clarificare și sistematizare uneori s-a ajuns, la complicarea și chiar inexactitatea unor noțiuni, la dispoziții nu arareori contradictorii mai ales din lipsă de rigoare.

Desigur că noul Cod civil a adoptat o nouă structură și modernizarea materiilor reglementate⁴ optând pentru viziunea monistă iar odată cu intrarea în vigoare au fost abrogate Codul Civil de la 1864, Codul Comercial din 1887 (cu excepția art. 46-55, 57, 58 și 907-935), și alte legi speciale simplificând reglementarea din domeniul dreptului privat prin reducerea consistentă a normelor juridice. Totodată, recodificarea legii civile a marcat și introducerea

⁴ M. Dușu în *Noul Cod civil. Studii și Comentarii*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 35

unor elemente din common-law, cum ar fi, de exemplu, instituția fiduciei care oferă un cadru comun în plan internațional pentru diferitele sisteme de drept.

Cu toate acestea, pentru a ilustra cazurile în care nu s-au respectat întotdeauna cerințele unei simplificări eficiente în noua lege civilă, ne exprimăm unele opinii privind unele reglementări care ar putea fi criticabile.

În acest sens, ne referim chiar la art. 1 C. civ. în care sunt definite izvoarele dreptului civil, acestea fiind: legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului.

Dat fiind că izvoarele formale ale dreptului, în mod constant în literatura juridică sunt considerate a fi *legea* și *cutuma* + inovația redactorilor codului, de a înlocui cutuma cu uzanțele este departe de a fi o simplificare, ci o complicație care încearcă fie definită pe parcursul a 5 alineate, incorect și inutil și cu consecințe nefericite privind accesul la justiție⁵.

Uzanțele, ca al doilea izvor de drept civil, deși în alin. (5) sunt declarate echivalente cu cutuma (care este nescrisă), trebuiesc dovedite, dacă sunt invocate de justițiabili, cu „publicații sub forma unor culegeri elaborate de entitățile sau organismele autorizate în domeniu și se prezumă că există până la proba contrară” (Ne întrebăm care este semnificația juridică a culegerilor?).

Nu înțelegem să mai încercăm să argumentăm existența în cadrul alin. (5), alături de cutumă a uzanțelor profesionale, acestea fiind un mod de a se desfășura anumite activități în cadrul birourilor notariale sau cabinetelor avocaților. Precizăm că asemenea practici nu au fost niciodată izvoare de drept.

În consecință, credem că „uzanțele” cu o aplicare restrânsă și care nu sunt norme cu caracter general și obligatoriu nu pot face parte din categoria izvoarelor de drept care să suplinească cutuma care, după cum am menționat, este un izvor formal de drept.

Regula de drept se recunoaște prin aceea că, la bază permite regăsirea caracteristicilor specifice acesteia, și anume dispoziții generale și obligatorii.

O altă reglementare menită să complice și nu să simplifice dispozițiile generale ale Codului civil se regăsește în art. 3 despre aplicarea generală a Codului civil care nu are ca obiect decât înlocuirea termenului consacrat în toate sistemele de drept de „comerciant” cu acela de „profesionist” – cuvânt profan, în raport cu terminologia juridică.

Așadar, art. 3 C. civ. contrar titlului susmenționat nu cuprinde o reglementare generală ce ascunde o reglementare specială⁶ ca un paravan menit să ascundă introducerea noului termen de „profesionist” necunoscut de curentul european de unificare a dreptului, în special privind materia contractelor, legale pe dreptul comparat și cultura juridică comună.

⁵ A se vedea mai pe larg, M. Uliescu, *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 55 și urm.

⁶ Vezi M. Uliescu, *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 63.

În acest sens putem aminti de cercetarea grupului de juriști europeni în vederea elaborării unui cadru comun de referință al contractelor, care a condus la elaborarea și publicarea volumului „Terminologie contractuelle commune”⁷.

Astfel, înlocuirea termenului de „comerciant” cu cel de „profesionist” ne abate de la terminologia comună europeană, o inspirație nu tocmai fericită iar modul de redactare este lipsit de concizie și rigoare.

Termenul de „profesionist”, nou introdus este definit inexact în alin. (2) și (3) ale art. 3 C. civ., printr-o încercare de proză descriptivă fiind considerați profesioniști „toți cei care exploatează o întreprindere” și cu întregiri lămuritoare ca „exploatarea unei întreprinderi înseamnă exercitarea sistematică de către una sau mai multe persoane a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea (de ex, prin donație?!) de bunuri sau în prestarea de servicii indiferent dacă are sau nu scop lucrativ”. Desigur că definiția rămâne tot neclară.

În afară de aceasta, noul termen introdus și-a dovedit și imposibilitatea de a se bucura de o „aplicare generală” deoarece prin Legea nr. 71/2011, art. 8 alin. (1) se dispune că noțiunea de profesionist din art. 3 C. civ. include categoriile de comerciant, întreprinzător, operator economic etc.

Pentru a sublinia inutilitatea introducerii acestui nou termen, art. 6 alin. (1) al Legii nr. 71/2011 dispune că „În cuprinsul actelor normative aplicabile la data intrării în vigoare a Codului civil referirile la comercianți se consideră a fi făcute la persoanele fizice sau după caz la persoanele juridice, supuse înregistrării în registrul comercial. Mai mult decât atât aceste dispoziții ale alin. (1) nu se aplică pentru dispozițiile legale ce reglementează mărcile și indicațiile geografice, protecția consumatorului și altele, contractele între consumatori și comercianți, la Codul consumului și alte acte normative în care termenul de comerciant are un înțeles specific.

Qui prodest? Nu simplificării.

Desigur sunt încă numeroase exemple.

⁷ Société de Legislation Comparée, Paris, 2009

DESPRE DREPT ȘI VALOARE, CU SPECIALĂ PRIVIRE ASUPRA JUSTIȚIEI

*Sofia POPESCU**

I. Dreptul este un instrument principal de transmitere și conservare a valorilor¹ de control asupra selecției și ierarhizării lor.

Această caracteristică se reflectă, chiar în primul articol al Constituției României care prevede că „România este un stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul reprezintă valori supreme”.

Dreptul este un mediator între valoare și comportament.

Există permanențe umane, prin care, valorile se moștenesc de la o generație, la alta. Există valori fundamentale, comune întregii omeniri, valori universale, ca viața, pacea, idealurile de justiție, adevărul, libertatea.

În literatura de specialitate se subliniază faptul că valorile fundamentale justifică puterea imperativă a normelor juridice care sunt derivate din ele, iar principiile dreptului, înainte de a fi logice, față de orice normă juridică au o dimensiune axiologică transformată în dispoziții juridice. Se atrage totodată atenția că, valoare reprezintă o relație socială de apreciere. În cadrul categoriei valorilor juridice se face distincția între valorile juridice, în sine (ca legalitatea, precauția, conformitatea) și valorile juridicizate, astfel cum sunt echitatea, interesul, adevărul, demnitatea, onestitatea etc.²

Valoare juridică, de dimensiune universală având un caracter peren, justiția reprezintă o parte integrantă a substratului comun al diferitelor sisteme juridice.

În aceeași calitate, justiția pătrunde în culturile juridice și, este încorporată în principiile dreptului, importanța ei neputând fi negată, fără a nega sau neglija înseși trăsăturile definitorii ale dreptului.

Schimbările juridice majore reclamă o viziune înaintată asupra justiției corespunzătoare standardelor culturilor juridice avansate, dat fiind că reprezentările, evaluările și criteriile privind justiția nu diferă numai, de la un individ, la altul, ci și de la o cultură juridică, la alta.

În preambulul Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene se prevede că, Uniunea, conștientă de patrimoniul ei spiritual și moral, are la bază

* Prof. univ. dr. D.H.C.; cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

¹ Despre relația drept-valoare, a se vedea, în general, Ioan Ceterchi, Sofia Popescu, *Droit et valeur*, în *Revue roumaine des sciences sociales, série de sciences juridiques*, Nr.1/1984, p. 14-16, 18.

² A se vedea, pe larg, Gh. Mihai, *Values, valorization, revaluation*, în *Romanian review of Law and Social Philosophy*, nr. 6/2007, p. 30, 31, 44 și 48.

valorile indivizibile și universale ale demnității umane, libertății, egalității și solidarității, principiul democrației și principiul statului de drept că, instituind cetățenia Uniunii și creând un spațiu de libertate, securitate și justiție, Uniunea Europeană contribuie la conservarea și dezvoltarea acestor valori, cu respectarea culturilor și tradițiilor popoarelor Europei, a identității naționale a statelor membre și a organizării puterilor publice, la nivel național, regional și local.

În condițiile continuării integrării europene în domeniul dreptului, în România sunt necesare, desigur, nu numai schimbări legislative și instituționale, ci și preocuparea pentru progresul culturii juridice naționale care cuprinde nu numai legalitatea activității statului, ci și poziția judecătorilor și atitudinea populației, față de lege și justiție.

În opinia unui prestigios specialist francez³, forța dreptului și respectarea acestuia de către destinatari depind, într-o destul de mare măsură, de legăturile suficient de strânse pe care le întreține cu justiția.

Atrage însă atenția că, înrudirea profundă a dreptului cu justiția este însoțită, totuși, de ezitări, determinate de două elemente ale acestei relații. Pe de o parte, justiția poate fi înțeleasă în moduri foarte diferite. Pe de altă parte, poziția dreptului față de justiție poate cunoaște trei variante: una se caracterizează prin indiferență, în sensul că, există un număr mare de norme juridice care nu sunt apreciate, prin raportare la justiție; o a doua, dimpotrivă, se caracterizează printr-o strânsă legătură, caz în care, dreptul exprimă și prelungește nevoia de justiție, aducând preceptelor morale completările și precizările cerute de viață în societate. Cea de a treia situație se caracterizează prin conflictul dintre drept și justiție, caz în care, lupta în avantajul celei din urmă este, concurată de necesitatea inherentă dreptului de a asigura nu numai justiția, ci totodată, ordinea, securitatea juridică și pacea. Nevoia de securitate poate îndepărta dreptul, de justiție.

În aceste condiții este recomandată recurgerea la echitate, ca remediu – mai ales când, dreptul scris este prea rigid –, pentru că are capacitatea de a atenua îndepărtarea dreptului, de justiție.

Un regretat autor român⁴ a făcut următoarea convingătoare subliniere: „Constituirea valorilor juridice sau recunoașterea valorilor din celelalte sfere ale relațiilor din societate se realizează prin indicarea scopurilor juridice. Nici o regulă care interesează dreptul sau care se constituie în normă juridică nu este relevantă, decât prin stabilirea corespondențelor care să confirme că o LES JUSTA NON ESTE LEX”.

³ François Terré, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Dalloz, 1998, p. 13-15.

⁴ Mihail Constantin Eremia, *Justiția, dreptul și echitatea*, în *Analele Universității București, Drept*, 2001, p. 5.

Într-o altă apreciere⁵, în societate nu există o singură justiție, ci coexistă (uneori în relații de ostilitate, alteori de prietenie, o multitudine de justiții, iar atunci când judecăm și decidem, se cere a se lua în considerare pretențiile modelelor rivale de justiție.

II. Având convingerea utilității cercetării interdisciplinare, ne vom referi exemplificativ, la perspectiva filosofiei dreptului și a sociologiei juridice asupra subiectului pe care îl tratăm.

Adept al pozitivismului științific, Léon Duguit pleda pentru sprijinirea numai pe date ale experienței, pe fapte dar, numai puțin, recunoștea că, sentimentul de justiție coexistă cu sentimentul social, de solidaritate, în spiritul omenesc, ceea ce implica un altfel de studiu, decât cel empiric.

Drept urmare, aprecia că, filosofia dreptului este cea care trebuie să răspundă la întrebările: „Ce este și în ce constă justiția?”. „Care sunt condițiile ei și sentimentele la care se referă ea?”⁶.

Sociologul scandinav al dreptului, Wilhelm Aubert insista asupra ideii că, dreptul trebuie să exercite o funcție morală și filosofică, asociată, în mod normal, cu înfăptuirea justiției.

Cunoscutul filosof al dreptului, Ota Weinberger, în lucrarea sa privind dreptul și instituțiile – publicată inițial, în limba germană (1987) și tradusă ulterior în limba engleză (1991), formula întrebările „Ce are să ne ofere teoria justiției?”, „Poate investigarea problemelor justiției să asigure validitatea definițiilor date acesteia”, „Este posibil ca, printr-o analiză științifică, argumentarea care folosește termenii „just” și „injust”, ca instrument de convingere, să se transforme într-o argumentare, cu adevărat rațională?

Răspunsul său conținea precizarea că analiza științifică a problemei justiției are sens, numai dacă o concepem nu ca mijloc de persuasiune ci, ca proces rațional, analitic și critic. Din concluzie, rezultă că, teoria justiției are ca îndatorire, în același timp, modestă și generală, de a „ataca” problema justiției, o problemă immanentă a existenței umane.

Interesantă este din perspectivă filosofico-juridică și examinarea corelației între valoarea justiției și valoarea egalității, în contextul globalizării, ajungându-se la concluzia că, înlăturarea inegalității, a discriminării impune justiție, iar o analiză contemporană a principiului justiției trebuie să evidențieze poziția lumii de astăzi în raport cu dezideratul justiției, să stabilească desigur cât de aproape sau, cât de departe este lumea de astăzi, de acest deziderat⁷.

⁵ Peter Murphy, *Postmodern perspectives and justice. Thesis Eleven* 30 (c) 1991 Massachusetts, Institute of Technology, p. 117, 122.

⁶ Despre acest aspect, Ioan Hatmanu, *Istoria doctrinelor juridice*, Ed. Fundației României de Măine, București, 1997, p. 116.

⁷ Elena Cobianu, *Cultura și valorile morale în procesul globalizării*, Ed. Grinta, Cluj-Napoca, 2008, în special, p. 254.

Într-o convingătoare lucrare apărută în Italia în anul 2005, se remarcă intensificarea interesului pentru tema justiției și în domeniul sociologiei juridice, fapt dovedit, de pildă, de cercetările fundamentale și empirice efectuate în țara menționată referitor la o serie de subiecte ca: opiniile publicului despre justiție, formarea lor, factorii care o influențează, dimensiunile sociale ale dreptului și justiției, în justiția, rolul justiției și interacțiunea socială, justiția și societatea, motivul justiției și comportamentul social, percepția socială asupra justiției, opțiunile privind criteriile înfăptuirii justiției distributive: egalitatea, meritul, nevoia⁸.

Continuând cu poziția diferitelor curente ale gândirii juridice față de valoarea justiției – reprezentând o dramatică problemă, prin implicațiile sale asupra legitimității și eficienței dreptului –, amintim că, în optica științei juridice germane a intereselor sentimentul de justiție constituie o formă instinctivă spontană a cunoașterii juridice care ajută, în mod inconștient judecătorul să găsească soluția pentru cazul în care trebuie să se pronunțe. Fondatorul științei juridice a intereselor, Philip Heck considera că, sentimentul de justiție trebuie supus, ca orice acțiune inconștientă, unei reflecții, în măsură să realizeze o verificare rațională și că, nu poate fi acceptat, ca izvor de drept, în sensul tradițional al științei juridice. Pentru Heck, sistemul juridic reprezenta concretizarea valorilor și a judecăților de valoare pe care judecătorul trebuie să le respecte și să le ia în considerare, în totalitatea lor, legiuitorul fiind legat de interpret, prin interese-valori⁹.

În lucrarea sa de referință, dedicată gândirii juridice revizuită („Legal Thinking Revised”), reprezentantul realismului juridic scandinav, Wilhelm Lundstedt aprecia că, este greșit a se afirma că, dreptul este inspirat de sentimentul de justiție, și de drepturi, deoarece, în realitate, dreptul și modul în care este aplicat sunt cele care controlează și orientează spiritul justițiar.

Se mai poate, credem adăuga că, dreptul nu exprimă întotdeauna, sentimentul de justiție, tot astfel precum nu satisface, întotdeauna nevoia de dreptate, acordând prioritate ordinii juridice sau securității juridice, oscilând între utilitate și dreptate.

Pozitivismului juridic i s-a reproșat¹⁰ că, apreciază ca just numai ceea ce este conform legii și ca injust ceea ce nu este conform legii, că plasează rațiunea

⁸ A se vedea Vincenzo Ferrari, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico giuridice. Appendice metodologiche di Mario Boffi*, Sociologia del diritto, Franco Angeli, 1995, în special p. 15-20, 22.

⁹ Pentru o prezentare generală a curentului *interessenjurisprudenz*, Sofia Popescu, *Știința juridică germană a intereselor, analizată în Elveția și Italia*, în Romanian Review of Philosophy of Law and social Philosophy, Nr. 8 (2), 2008

¹⁰ A se vedea Manuel Jacques, *Legalismo y derechos humanos, un desafío por el uso alternativo del derecho*, în Sociologia juridica en America Latina, Oñati Proceedings nr. 6/1991, în special, p. 214-218, 221, 226-228.

de a fi a dreptului în sfera formei, promovând formalismul în domeniul teoriei justiției.

Pozitivismul juridic este criticat și pentru că reclamă ca legile să fie respectate, pentru simplul fapt că sunt legi și nu pentru ceea ce se află la baza lor. Se ajunge astfel, ca legi extrem de injuste și arbitrare să fie respectate orbește, nu în considerarea valorii lor, ci a formei, apreciată ca superioară valorii pe care o lezează.

Astfel cum se menționează într-o lucrare la care ne-am mai referit¹¹ Rudolf Stammler susținea că, dreptul este justificat în măsura în care, scopurile pe care le urmărește sunt juste, că nu pot fi stabilite conținuturile precise ale unui drept etern, ci numai condițiile eterne ale unui drept just, iar Gustav Radbruch preciza că, astfel cum orice valoare corespunde unui scop, a căuta scopul înseamnă a căuta valoarea, sensul, justiția.

În legătură cu afirmația prestigiosului autor francez, Michel Villey¹², potrivit căreia, înfăptuirea justiției a fost întotdeauna scopul definitoriu al dreptului, iar autonomia acestuia depinde de capacitatea de a se asigura echilibrul între utilitate și dreptate se cuvine a aminti că regretata și remarcabila Anita Naschitz¹³ atrăgea atenția că, dreptul este chemat să satisfacă atât îngustele nevoi utilitare, cât și cerințele axiologice care stau la baza reglementărilor și care, nu au numai utilitate socială, dar se justifică și din punct de vedere valoric.

III. Referindu-ne succint la relația justiție, legalitate, stat de drept, începem prin a aminti două contribuții românești privitoare la acest subiect.

Este vorba, în primul rând, despre cea a Academicianului Andrei Rădulescu, și anume lucrarea „Legalitate și dreptate. Cunoașterea dreptului, siguranța dreptului”, publicată la București, în 1932¹⁴.

Totodată, avem în vedere faptul că Eugeniu Speranția¹⁵, printre legile „naturale” și speciale ale evoluției, pe care a urmărit să le descopere și să le formuleze, menționa și legea, în virtutea căreia, statul reprezintă un ansamblu de funcțiuni independente, servind la crearea, aplicarea și conservarea ordinii de drept, activitatea statului reducându-se la existența ordinii de drept, căreia trebuia să i se supună, aflându-se în serviciul dreptății.

¹¹ Ioan Hatmanu, *op. cit.*, p. 117-118, 121-122

¹² Michel Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975, p. 51.

¹³ Anita M. Naschitz, *Teorie și tehnică în procesul de creare a dreptului*, Ed. Academiei, București, p. 190-191

¹⁴ Despre acest aspect, a se vedea, Emil Moroianu, *Concepția despre justiție a Academicianului Andrei Rădulescu*, comunicare la Conferința cu tema „Dreptul într-o societate de risc”, organizată de Comitetul de Cercetare pentru Sociologia Dreptului (RSCL) al Asociației Internaționale de Sociologie (IAS), Milano-Como, 2008

¹⁵ Eugeniu Speranția, *Introducere în filosofia dreptului*, ed. a III-a, Tipografia Cartea Românească, București, 1942.

Relevantă pentru susținerea că, statul de drept nu poate fi redus la legalitate este precizarea, aparținând lui Gianluigi Palomella¹⁶ care subliniază că legalitatea nu garantează că, puterea respectă criteriul justiției.

Un alt autor, Jeremy Waldron¹⁷ consideră că, statul de drept constituie doar premisa înfăptuirii justiției și că, cea mai importantă funcție a acestuia este de a stabili limitele acțiunilor noastre, destinate să reducă injustiția.

Dedicând justiției un întreg capitol al Tratatului de Teorie generală a dreptului pe care l-a publicat, și caracterizând-o ca valoare originală a dreptului, profesorul Ion Craiovan¹⁸ constată că, există posibilitatea unui contrast între justiție și legalitate, cea dintâi reprezentând un izvor nesecat care servește la acoperirea inevitabilelor lipsuri ale celei din urmă.

Cu convingerea utilității și a argumentelor de drept comparat, privind modelul de stat de drept instaurat în Germania, după cel de-al doilea război mondial, în 1949, reținem precizarea că îndeplinea condiția de a fi un stat just și un stat al judecătorilor¹⁹.

Este interesant de reținut cu privire la varianta anglo-saxonă a domniei legii, că dreptul trebuie să asigure accesul egal la mijloacele de corectare a nedreptății²⁰.

În literatura de specialitate română post-decembristă s-a atras atenția asupra faptului că, în timp ce puterea politică acordă prioritate ordinii, instanțele judecătorești o acordă justiției, ceea ce reprezintă sursa, cea mai profundă, încă neobservată a potențialelor distorsiuni dintre cei doi factori fundamentali ai structurii statului²¹.

IV. Închei cu evidențierea curajoasei inițiative pe care au avut-o, încă în anul 1965, excelenții cercetători științifici ai Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române, Anita Naschitz și Alexandru Bolintineanu, de a susține necesitatea reluării studiilor de axiologie juridică în plan național.

În spiritul acestui deziderat și al continuității benefice se înscriu realizările din anii de după 1989. Cu titlu exemplificativ menționăm că, regretatul profesor Mihail Constantin Eremia al Universității din București, în cursul ținut la Facultatea de Filozofie, Specializarea Studii Europene, intitulat „Fundamentele

¹⁶ Gianluigi Palomella, *Legitimită, lege e costituzione*, în *Sociologia del diritto*, nr. 1/1993, p. 138.

¹⁷ Jeremy Waldron, *The Rule of Law in the contemporary Liberal theory*, în *Ratio Juris*, vol. 2, nr. 1/1989, p. 92.

¹⁸ Ion Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, cap. III, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 506.

¹⁹ Claudia Gilia, *Teoria statului de drept*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 128-129.

²⁰ Richard Abel, *Capitalism and the Rule of Law. Precondition or Contradiction*, în *Law and Social Inquiry*, Nr. 4 Fall 1990, The University of Chicago Press, p. 690

²¹ Octavian Căpățână, *Les commandements de la justice face au pouvoir politique*, în *Revue roumaine des sciences juridiques*, nr. 2/1995, p. 132, 135.

dreptului” și publicat în 2003, a tratat, într-un prim capitol dedicat realității juridice, problematica valorilor juridice și interdependențele lor cu alte valori ale societății, iar atunci când a analizat funcțiile dreptului, s-a ocupat de funcția valorică și valorizatoare a acestuia, de consacrare, apărare, garantare și conservare a valorilor.

Adăugăm că, la Conferința Centrului de Teorie generală a dreptului și Drepturi noi, al Universității din București a fost susținută Comunicarea privind relația normei juridice cu „justul”²², autoare fiind Nicoleta Odina Adrian.

În cadrul Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române, a fost susținută în 2011, teza de doctorat „Teoria justiției”²³ și susținută la Sesiunea științifică anuală a acestui institut comunicarea „Teoria justiției din perspectiva școlilor dreptului” (publicată în volumul „Justiție, stat de drept și cultură juridică”, Editura Universul Juridic, București, 2011), autor al ambelor lucrări fiind Emilian Ciongaru. În afară de lucrările specificate, autorul a susținut și comunicarea privind dreptul ca valoare²⁴. Sunt de actualitate contribuții privind axiologia juridică ale foștilor doctoranzi și actuali postdoctoranzi, în cadrul proiectului POSDRU. De exemplu, doctorul și postdoctorandul Alexandru Florin Măgureanu efectuează cercetarea cu tema: „Norma juridică – mijloc de protecție a valorii sociale”.

²² Nicoleta Odina Adrian, *The Legal Norm and its Relation with the Just*, publicată în Curentul juridic, nr. 4/2013.

²³ A se vedea în special cap. II și III.

²⁴ Emilian Ciongaru, *Law as the Value*, în vol. „The 18th International Conference The Knowledge – Based Organisation Conference Proceedings 2 Economic, social and Administrative Approaches, to Knowledge-Based Organisation, Sibiu, 14-16 June 2012, „Nicolae Bălcescu Land Forces Academy” Publishing House

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT**

SIMPLIFICAREA REGLEMENTĂRII FIDUCIEI – O NECESITATE

*Dr. Gheorghe BUTA**

Rezumat:

În reglementarea fiduciei în Codul civil, legiuitorul român s-a îndepărtat de reglementarea adusă acestei instituții juridice de Codul civil Quebec și chiar de Codul civil francez, din care s-a inspirat, introducând un formalism excesiv, contraproductiv și nejustificat. Aceasta a redus eficiența practică a instituției fiduciei, care a cunoscut, în cei trei ani de la intrarea în vigoare a Codului civil, o aplicare extrem de restrânsă, în condițiile în care așteptările celor interesați (bănci, profesioniști, comercianți, avocați, notari, societățile de servicii de investiții financiare, societățile de asigurare și reasigurare, societățile de investiții și de administrare a investițiilor ș.a.) erau foarte mari, mai ales în ceea ce privește simplitatea și celeritatea aplicării noii instituții.

Pentru ca fiducia să devină o instituție vie, cu largă aplicabilitate practică și să nu rămână doar o instituție juridică transplantată nereușit în legislația românească, se impune o simplificare a reglementării sale în sensul de a înlătura formalismul excesiv și inutil al reglementării, după cum se arată, cu privire doar la unele aspecte, în cuprinsul prezentului material.

Cuvinte-cheie: *fiducie, administrarea bunurilor altuia, Codul civil român, Codul civil Quebec, Codul civil francez*

În expunerea de motive¹ la proiectul noului Cod civil se subliniază că acesta se dorește a fi un instrument modern de reglementare a aspectelor fundamentale ale existenței individuale și sociale și că, la elaborarea lui au fost urmărite, pe lângă încercările mai vechi pentru modificarea și completarea Codului civil 1864, modelele conținute de reglementările noi și moderne, existente în alte legislații, într-o operă de valorificare atât a elementelor ce se constituie în constante atemporale ale oricărei reglementări de drept substanțial, cât și a aspectelor reclamate de imperativele unui prezent dinamic, de realitățile vii și în continuă schimbare.

În acest spirit de modernizare și adaptare la realitățile prezente, printre alte instituții noi și importante, Codul civil vine să reglementeze, pentru prima dată în legislația românească, două instituții cu o largă răspândire în dreptul modern: fiducia și administrarea bunurilor altuia.

* Cercetător științific gr. I emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

¹ www.cdep.ro

Inițiativa introducerii celor două instituții în dreptul civil român este lăudabilă dat fiind faptul că, ele s-au conturat și afirmat ca instituții de drept dinamice și foarte utile în dreptul contemporan găsindu-și locul în cele mai moderne reglementări. Din păcate distanța dintre intenția legiuitorului român, lăudabilă, și rezultatul concret obținut prin textele adoptate este prea mare și transformă reglementarea românească într-una greu și rar aplicabilă, spre deosebire de reglementările care au inspirat-o (și mai ales față de Codul civil Quebec).

În aceeași expunere de motive, cu privire la fiducie, se spune că noul cod introduce în dreptul civil român instituția „trust-ului (fiducia)”, adăugând că acest concept, cu o aplicare foarte largă în sistemul de drept anglo-saxon, a fost deja receptat în dreptul continental în unele sisteme juridice naționale și că la redactarea textului a fost avut în vedere modelul Legii nr. 2007 – 2011 din 19 februarie 2007, prin care a fost introdus, în Codul civil francez, Titlul XIV, „Despre fiducie”. Deja observăm o inconsecvență a inițiatorului Proiectului de Cod civil (alături de multe altele pe care le vom examina pe parcursul lucrării, preluate și continuate de legiuitor) care vorbește despre introducerea în dreptul civil român a „instituției trust-ului” – și chiar folosește, în principal acest termen și doar în paranteză pe cel de „fiducie” – în condițiile în care se recunoaște folosirea modelului fiduciei din reglementarea franceză, care se îndepărtează destul de mult și nefericit (după cum vom arăta) de instituția trust-ului din *common law* invocată de inițiator.

În ceea ce privește instituția administrării bunurilor altuia, în expunerea de motive se subliniază că, pentru prima dată în legislația românească, au fost introduse, după modelul Codului civil din Quebec, reglementări generale privind administrarea bunurilor altuia, ce se vor aplica în fiecare situație în care nu există reglementări speciale privitoare la administrarea bunurilor altei persoane, precum și în completarea reglementării speciale, fiind reglementate, după dispozițiile generale două forme distincte de administrare, având fiecare un regim juridic propriu: administrarea simplă și administrarea deplină.

În această ordine de idei și devansând, un pic, analiza celor două instituții, dorim să subliniem aici una dintre multiplele inconsecvențe ale legiuitorului român, în acest domeniu de reglementare. Astfel, reglementarea instituției fiduciei este inspirată (deși termenul mai aproape de realitate ar fi „preluată”), fapt evident și recunoscut expres după cum am arătat, din dreptul francez, care nu prevede materia administrării bunului altuia, pe când reglementarea acestei din urmă instituții este preluată din Codul civil Quebec. Ori, între cele două instituții, preluate din două surse diferite, fiecare cu specificul ei, există legături importante, relevate chiar de trimiterile făcute expres, de la una la alta, de către legiuitor în art. 784, 792, 794, 813, 849 și 853-856 C. civ. Aceasta pe de o parte, naște întrebări cu răspuns greu de găsit, cu privire la raționalitatea reglementării și consecvența legiuitorului, iar pe de altă parte, explică (nu și

justifică) frecvențele neajunsuri și chiar contradicții ale reglementării celor două instituții.

Îndepărtarea legiuitorului român, în stabilirea codului normativ al fiduciei de reglementarea Codului civil Quebec pe de o parte și trimiterile făcute la reglementarea administrării bunurilor altuia prin acest cod, pe altă parte au redus eficiența practică a acestei instituții, în cei trei ani de la intrarea în vigoare a Codului civil ea cunoscând o aplicare extrem de restrânsă, în condițiile în care așteptările erau cu totul altele.

O primă dificultate majoră ridicată de reglementarea din Codul civil român a fiduciei o reprezintă impunerea, prin art. 774, a formei autentice a contractului de fiducie, sub sancțiunea nulității (spre deosebire chiar și de Codul civil francez, care impune această formă doar cu titlu de excepție), în condițiile în care Codul civil Quebec cere doar forma scrisă a actului *ad probationem*. Forma autentică a contractului de fiducie presupune, pe lângă o serie de formalități suplimentare, multe constrângătoare, și cheltuieli suplimentare al căror quantum nu este de neglijat. Dând dovadă de un formalism excesiv, contraproductiv și total nejustificat, Codul civil român (art. 774) impune încheierea contractului de fiducie, fără nici o deosebire, în formă autentică. Impunerea formei autentice *ad validitatem*, oricărui contract de fiducie indiferent de natura drepturilor transferate fiduciarului și de scopul urmărit (fiducia – gestiune de valori mobiliare, contul fiduciar, credit sindicalizat, substitut pentru procedura insolvenței etc.) face din fiducie o instituție juridică deloc atractivă tocmai pentru acele categorii care folosesc și dezvoltă trust-uri și fiducia acolo unde reglementarea nu este atât de formalistă. Aceasta deoarece marea majoritate a contractelor de fiducie se încheie în legătură cu activitatea comercială și bancară, în care raporturile juridice fiduciare au fost întotdeauna caracterizate prin simplitate și celeritate. În acest context suntem de acord cu opinia că a impune forma autentică pentru operațiuni fiduciare simple, cum ar fi de exemplu deschiderea unui cont fiduciar, este o absurditate².

O altă dificultate importantă ridicată de reglementarea românească a fiduciei o prezintă sancționarea, tot cu nulitatea absolută a contractului de fiducie în cazul în care fiduciarul nu a înregistrat contractul sau modificările acestuia în termen de o lună la organul fiscal competent (art. 780), Codul civil Quebec prevede doar sancțiuni administrative.

Codul civil român (art. 775), ca și cel francez, prevede nulitatea absolută a contractului de fiducie dacă prin el se realizează o „liberalitate indirectă”, ori, în opinia noastră, această interdicție de gratificare a beneficiarului prin intermediul fiduciei și negarea funcției de liberalitate acestei instituții juridice este nejustificată și de natură să limiteze sever aplicarea ei în practică.

² D. Chirica, *Fiducia în noul Cod civil*, în volumul *Noile Coduri ale României. Studii și cercetări juridice*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 191

Posibil ca o consecință a interdicției de gratificare a beneficiarului prin intermediul fiduciei (art. 774), C. civ. prevede dacă fiducia este stabilită prin contract sau prin lege, rezultând că este exclusă constituirea fiduciei prin testament, care nu este un contract, ci un act juridic unilateral. De asemenea, este exclusă constituirea fiduciei prin hotărâre judecătorească. Este de precizat că în Codul civil Quebec se prevede că fiducia se stabilește prin contract și testament, iar în unele cazuri, și prin lege și prin hotărâre judecătorească.

Potrivit art. 788 C. civ., dacă fiduciarul nu își îndeplinește obligațiile sau pune în pericol interesele încredințate el poate fi înlocuit, dar Codul civil român nu prevede expres posibilitatea înlocuirii fiduciarului în baza prevederilor contractuale, ci numai printr-o cerere adresată instanței. În dreptul francez înlocuirea poate fi făcută în baza prevederilor contractuale referitoare la condițiile de înlocuire a fiduciarului și numai în lipsa acestora constitutorul, reprezentantul său ori beneficiarul poate cere instanței înlocuirea fiduciarului sau numirea unui fiduciar provizoriu.

În opinia noastră situația creată de reglementarea din Codul civil român reprezintă o scăpare a legiuitorului și nu exclude posibilitatea înlocuirii fiduciarului în baza contractului, fără a apela la justiție. Totuși, pentru ca soluția propusă de noi să nu se întemeieze doar pe o interpretare a textului insuficient de clar, interpretare care poate fi supusă discuției, se impune clarificarea situației prin modificarea textului legal în sensul de a se prevede în mod expres că înlocuirea fiduciarului se poate face și în baza prevederilor din contractul de fiducie.

Concluzii

Am analizat mai sus câteva dintre aspectele care, în modul în care legiuitorul român a reglementat fiducia, creează dificultăți majore în aplicarea și dezvoltarea acestei instituții în activitatea practică.

Din cele spuse rezulta, credem, cu evidență, că legiuitorul ar trebui să intervină cât mai repede și radical asupra acestor chestiuni (ca și asupra altora), în sensul simplificării reglementării pentru a înlătura formalismul excesiv și inutil, dacă dorește ca fiducia să devină o instituție juridică vie, cu largă aplicabilitate practică și să nu rămână doar o instituție juridică transplantată nereușit.

În acest sens și raportându-ne strict la aspectele examinate mai sus, propunem ca simplificarea reglementării fiduciei să aibă în vedere următoarele aspecte:

- înlăturarea obligativității încheierii contractului de fiducie în formă autentică sub sancțiunea nulității absolute, și menținerea formei scrise doar *ad probationem*;
- înlăturarea sancțiunii nulității absolute a contractului de fiducie pentru neînregistrarea lui sau a modificărilor acestuia, în termen de o lună, la organul

fiscal competent și prevederea doar a unor sancțiuni administrative pentru cel obligat la înregistrarea contractului;

- înlăturarea interdicției, prevăzută acum sub sancțiunea nulității absolute, ca prin contractual de fiducie să se realizeze o liberalitate în favoarea beneficiarului;

- modificarea actualei prevederi din art. 774 C. civ. în sensul ca fiducia să poată fi constituită și prin testament (și prin hotărâre judecătorească) nu doar prin contract sau lege;

- modificarea art. 788 C. civ. în sensul de a se prevedea în mod expres că fiduciarul poate fi înlocuit și în baza contractului de fiducie, nu doar printr-o cerere adresată instanței.

LIBERTATEA CONTRACTUALĂ, ÎNTRE CONTINUITATE ȘI REFORMĂ

*Sache NECULAESCU**

*Adrian ȚUȚUIANU***

„Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre.
Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre”.

Portalís, *Discours préliminaire du premier
Projet de Code civil*, 21 janvier 1801.

Abstract:

We aim at capturing the impact of unpredictability on the freedom of will and to advance some proposals for the modification of several normative texts related to these two institutions of civil law, in accordance with the project of European encoding of contract law.

Keywords: *unpredictability, contract adaptation, contract review, pacta sunt servanda, the basis of contract, contractual solidarism*

Rezumat:

Ne propunem să surprindem impactul impreviziunii cu principiul libertății de voință, și să avansăm câteva propuneri de reformulare a unora dintre textele normative rezervate acestor două instituții de drept civil, în acord cu proiectele de codificare europeană a dreptului contractelor.

Cuvinte-cheie: *impreviziune, adaptarea contractului, revizuirea contractului, pacta sunt servanda, fundamentul contractului, solidarismul contractual*

1. Actualitatea discuției

Privită izolat, dispoziția de la art.1270 alin. (1) C. civ., potrivit căreia „contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante”, pare a continua elogiul adus libertății contractuale, creatoare de drept, reînodând astfel tradiția teoriei clasice a autonomiei de voință. O asemenea percepție este confirmată de o parte a doctrinei noastre, care, comentând noua reglementare a contractului, afirmă că, „dincolo de textul legii, noul Cod civil își sprijină

* Prof. univ. emerit, Facultatea de Drept și Științe Sociale și Politice, Universitatea “Valahia” din Târgoviște.

** Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Sociale și Politice, Universitatea “Valahia” din Târgoviște; cercetător de onoare al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

dispozițiile în materie de contract pe teoria autonomiei de voință {...}, proclamând că doar voința particularilor creează dreptul {...}”¹. În aceeași cheie de interpretare, inițiatorul actualului Cod civil, afirma la intrarea acestuia în vigoare, că este „un Cod al libertății, pentru că împlinește în sfera dreptului ideea superioară de libertate”².

În ce ne privește, examinând noua reglementare a contractului, ne îngăduim să constatăm că niciodată libertatea contractuală nu s-a văzut mai îngăduită decât astăzi, când, potrivit actualului Cod civil, părților le sunt impuse tot mai multe obligații (până ieri, simple îndatoriri), precum buna-credință, atât în cadrul negocierilor cât și în timpul executării obligațiilor (art. 1170), obligație reluată cu obstinație în materia specială a negocierilor (art. 1183), confidențialitatea aceluiași negocieri (art. 1184), la care se adaugă lărgirea considerabilă a anulabilității contractului și pentru eroarea privind simplele motive ale încheierii acestuia sau pentru eroarea de drept, instituirea unor noi vicii de consimțământ (leziunea, starea de necesitate), denunțarea unilaterală a contractului, la care, nu în ultimul rând, se adaugă reglementarea impreviziunii, subiect care ilustrează semnificativ poziționarea noului legiuitor față de forța obligatorie a contractului încheiat (art. 1271), subiect căruia îi rezervăm un spațiu special în finalul acestui studiu.

Chiar dacă sintagma tradițională „contractul părților este legea părților” are o valoare preponderent metaforică, în condițiile în care doar contractul „legal încheiat” este asimilat legii, noile codificări, cât și majoritatea proiectelor de codificare a contractelor, evită totuși să mai considere contractul ca lege a părților. Astfel, potrivit art. 1434 C. civ. Quebec, „contractul valabil format obligă pe cei care l-au încheiat nu doar pentru ce ei au exprimat dar și pentru ceea ce decurge după natura contractului, potrivit uzanțelor, echității și legii”. Dintre codificările mai recente, Codul civil al Portugaliei, promulgat prin Decretul-lege nr. 47344 din 25 noiembrie 1966, nu conferă contractului puterea de lege, ci definește noțiunea de libertate contractuală prin raportarea la limitele prevăzute de lege. Dacă ne raportăm la proiectele franceze de reformă a dreptului obligațiilor, vom observa că doar Anteproiectul Catala, mai sensibil la tradiții, conservă formula clasică de la art. 1134 C. civ. fr.³, în timp ce Proiectul guvernamental de reformă a dreptului contractelor (elaborat de echipa condusă de François Terré), definește libertatea contractuală în același mod ca și Codul civil din Quebec. Celelalte proiecte de codificare a dreptului contractelor

¹ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligațiile, în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 313.

² C. Predoiu, *Declarație de presă privind intrarea în vigoare a noului Cod civil*, Hotnews, 1 octombrie 2011.

³ Art. 1134. – Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être modifiées ou révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des raisons que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

(Principiile Unidroit aplicabile contractelor comerciale internaționale, Principiile Dreptului European al Contractelor, Proiectul Cadrului Comun de Referință – DCFR, elaborat de echipa condusă de profesorul Christian von Barr), nu-i mai conferă contractului puterea de lege. Cum nuanțele limbajului juridic sunt importante, mai ales într-o materie atât de importantă precum limitele libertății de voință în contracte, credem că textul pe care îl analizăm ar fi putut fi armonizat cu noile tendințe europene.

2. Evoluția concepției despre libertatea contractuală

Potrivit teoriei autonomiei de voință, omul se naște fundamental liber, astfel că nu poate fi obligat față de altul, decât urmare a propriei voințe. Societatea însăși era văzută ca un contract social, după teoria lansată de J.J. Rousseau. Legitimitatea oricărei obligații o dă voința, concepție care l-a determinat pe Alfred Fouillée să afirme „*qui dit contractuel dit juste*”⁴. Reflex juridic al liberalismului economic exprimat de formula „*laisser faire, laisser passer*”, teoria autonomiei de voință consideră că fiecare „contractant este cel mai bun judecător și deci cel mai bun legiuitor al propriilor sale interese”⁵, nimeni neputându-l obliga să se lege juridic prin contract. Odată încheiat, contractul trebuie însă respectat întocmai, nefiind nevoie ca o altă normă să autorizeze producerea efectelor.

Conform aceleași teorii, contractul este obligatoriu și pentru judecător, supranumit „ministru al voinței părților”⁶, care, chemat să-l interpreteze, este obligat să se raporteze la intenția comună a celor care l-au încheiat. Pentru aceleași motive, judecătorul nu poate interveni în contract, nu-l putea modifica sau revizui, chiar dacă s-au schimbat condițiile avute în vedere la încheierea lui. Prin urmare, voința omului este, atât sursa, cât și măsura drepturilor dobândite și a obligațiilor asumate. Paradigmă juridică a epocii iluministe, guvernată de motto-ul individualist kantian *sapere aude*, al cărui corolar în drept *pacta sunt servanda*, face elogiul libertății individuale, creatoare de drept.

Teoria autonomiei de voință n-a fost avută în vedere de codificatorii francezi, nefiind comentată în lucrările pregătitoare ale Codului Napoleon. Așa se explică de ce, formulând principiul *pacta sunt servanda*, Portalis avea să impună ideea că libertatea de voință nu poate fi nelimitată și că ea trebuie

⁴ Sensul acestei formule celebre face obiect de dispută în doctrină. Dacă majoritatea autorilor consideră că ea este expresia cea mai legitimă a autonomiei de voință, sunt și autori potrivit cărora acest dicton, atât de mult invocat, ar privi de fapt, contractul social, singura cale de a ajunge la justiție, și nu contractul juridic, considerat *ab initio* just și deci demn de respect absolut. În acest sens, a se vedea Cr. Jamin, *Le procès du solidarisme contractuel: brève réplique*, în volumul *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 160

⁵ Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2013, p. 33.

⁶ *Idem*.

supusă ordinii publice și bunelor moravuri⁷. Tocmai de aceea, enunțul de la art. 1134 C. civ. fr. are în vedere, nu orice convenții, ci doar pe cele „legal formate”, formulă preluată de vechiul nostru Cod civil la art. 969, care sugerează că forța obligatorie a contractului n-o dă voința părților, ci doar legea, cea care îi conferă această valoare.

La puțină vreme de la intrarea în vigoare a Codului civil francez, s-a putut constata cum liberalismul transpus în drept, avea să reprezinte o veritabilă utopie sau chiar mai mult, „o himeră”, motiv pentru care, acestor jaloane primordiale ale voinței în contract, doar sumar schițate de-a lungul celor două veacuri de evoluție socială, au fost imaginate tot mai multe limite și condiționări, impuse de o serie de imperative morale, din ce în ce mai nuanțate, astfel că însăși denumirea principiului a fost contestată.

3. Spre un nou fundament al contractului

Un moment important în evoluția concepției despre contract l-a reprezentat apariția în gândirea politică a *solidarismului*, curent îndeobște legat de personalitatea omului politic Léon Victor Auguste Bourgeois, autorul lucrării „Solidarité”, apărută în anul 1896, a cărui analiză pleacă, nu de la individ, ca titular al unor drepturi abstracte, ci de la raporturile dintre oameni, „legați unii de alții în timp și spațiu”⁸. Dacă autonomia de voință, de expresie liberală, consideră că oamenii se nasc liberi și egali, solidarismul vede oamenii inegali, *de facto*. Omul nu se naște liber pentru că, trăind într-o societate dată, nu poate trăi fără ea. El se naște „debitor al contemporanilor, al societății, fără de care nu poate trăi”⁹. Scopul declarat al autorului era acela de a prefigura un „vast sistem de asigurare colectivă vizând prevenirea și mai ales repararea, prin punerea în operă a unei datorii sociale de solidaritate, a consecințelor nefaste rezultate din survenirea unor riscuri sociale”¹⁰. În timp ce după Revoluția franceză din 1789, concepția dominantă situa politicul înaintea socialului, curentul solidarist pleacă întotdeauna de la social, fiindu-i subordonat factorul politic. Dukheim în sociologie și Léon Duguit în drept, văd normele de drept ca expresii ale unor realități de fapt, și nu ale voinței politice a guvernanților.

Evoluția ulterioară a acestei doctrine n-a fost spectaculoasă, așa cum era de așteptat. După al doilea război mondial, asemenea reflecții au rămas circumscrie în special, discursului politic, ca simple referințe rituale.

⁷ Portalis, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du Conseil d'Etat du projet de la commission du gouvernement*, apud V. Pătulea și Gh. Stancu, *Dreptul contractelor*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 21.

⁸ L. Bourgeois, *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1896, reeditată în anul 1998, Ed. Presses Universitaires du Septentrion, p. 33.

⁹ *Ibidem*, pp 38-39.

¹⁰ *Ibidem*, p. 25.

În drept, contestarea autonomiei de voință s-a făcut simțită în a doua jumătate a secolului al XIX-lea, când doctrina pozitivistă pune accent pe dreptul obiectiv¹¹, constatând că, în condițiile acumulărilor de capital, părțile din contract nu mai sunt egale, că partea mai slabă a contractului are nevoie de protecție juridică. Contractul nu mai apare ca expresie a raportului de forțe, ci ca o uniune de interese echilibrate, instrumente de cooperare loială și de executare cu bună-credință a obligațiilor asumate. Rudolf von Ihering a lansat avertismentul potrivit căruia „a spune că acordul de voință este, în mod necesar just, înseamnă a da permis de vânătătoare unor briganzi”¹². În aceste condiții, ordinea publică și bunele moravuri sunt tot mai des invocate printr-o serie de reglementări imperative. Excesele individuale sunt nivelate astfel de intervenția judecătorească în contracte, menită a restabili echilibrul prestațiilor.

Referindu-se la interpretarea în contracte, la începutul secolului al XX-lea, Raymond Saleilles, susținea că trebuie avut în vedere „scopul social al acestui instrument al solidarității juridice și nu fantezia fiecărei părți”¹³, iar Louis Josserand, cel care a teoretizat abuzul de drept, susține ideea că drepturile subiective se cer exercitate conform finalității lor sociale¹⁴. Prin urmare, solidarismul transpus în drept vede contractul ca un *fait social* care exprimă relații solidare între indivizi.

René Demogue, autorul monumentalului tratat despre obligații în general, consideră că orice contract este încheiat sub imperiul unei necesități sociale¹⁵, expresie a diviziunii tot mai accentuate a muncii. Pentru el, finalitatea dreptului nu este individul, ci societatea. „Dreptul trebuie să aibă în vedere, nu doar omul, ale cărui drepturi trebuie respectate, ci mai ales oamenii, aflați în situații juridice diverse, bogați sau săraci, mai ales săraci”¹⁶, astfel că fundamentul forței obligatorii a contractului nu stă în voință, ci în utilitatea socială pe care o are orice contract¹⁷.

Tema solidarismului în contracte a fost reactualizată odată cu amploarea mișcării de protecție a consumatorilor, când triada „loialitate, solidaritate, fraternitate” tinde să devină o nouă deviză¹⁸, înlocuind celebra formulă a lui Fouillé, *qui dit contractual dit juste* cu cea potrivit căreia *entre le fort et le faible*,

¹¹ A se vedea A.S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006.

¹² R. Ihering, *La lutte pour le droit*, citat de J. Flour, J-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 14^e éd. Dalloz, 2010, p. 89.

¹³ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p. 229.

¹⁴ L. Josserand, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905.

¹⁵ R. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 169.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ R. Demogue, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, Paris, A. Rousseau, 1923, t. I, nr. 23, p. 69.

¹⁸ D. Mazeaud, „Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, în *L'avenir du droit, Mélange en hommage à François Terré*, PUF, 1999, nr. 6, p. 608.

*c'est la liberté qui asservit, le juge qui affranchit*¹⁹, exprimare care legitimează intervenția judecătorului în contracte pentru restabilirea echilibrului contractual încălcat, așa cum se întâmplă la leziune, impreviziune, clauza penală, adaptarea contractului etc. Autorul recunoaște că totuși, contractul n-a devenit încă locul sociabilității și solidarității, motiv pentru care afirmă că „încă nu este serios să pretindem că am intrat într-o eră a contractului-providență”²⁰.

Alteori, noua viziune solidaristă capătă accente patetice, ceea ce face ca, atunci când se analizează sensul bunei-credințe în contracte, să se vorbească despre loialitate, colaborare etc., toate subsumate unei „legături puternice de sociabilitate și prietenie”²¹ între părți, legătură asimilată iubirii, o „iubirea ca de frate”²². Alteori, solidarismul contractual este folosit într-un sens mai restrâns, recunoscând că termenul „fraternitate” este expresia unei viziuni prea idilice și deci nerealiste despre natura umană și raporturile contractuale²³.

Cum era de așteptat, reacția civiliştilor n-a întârziat. Nume de prestigiu nu ezită să manifeste rezerve față de acest nou principiu, așa cum este el uneori înțeles, întrebându-se dacă nu cumva partea mai slabă a contractului va fi prea mult favorizată, dictând propria-i lege. Este motivul pentru care se afirmă că mult discutata „criză a contractului”, este de fapt criza solidarismului, refuzat ca fundament al contractului²⁴. Concomitent, Jean Carbonnier, cu ironia care îl caracterizează, constată că „într-o perioadă în care căsătoria a devenit excesiv transformată în contract, unii visează să transforme orice contract într-o căsătorie...”²⁵.

Autorii manualelor de obligații civile au poziții nuanțate: fie resping solidarismul înțeles ca iubire de aproapele nostru, afirmând că „a contracta nu înseamnă a intra într-o religie”²⁶ și că, în realitate, interesele părților care se leagă prin contract sunt, de cele mai multe ori, divergente, chiar dacă, pe aspecte punctuale, ele pot fi convergente. Potrivit acestora, dacă vom subordona contractul unei asemenea viziuni utopice, vom asista la un „menaj în trei”, judecătorul putând interveni de fiecare dată în contract, substituindu-se părților, ceea ce n-ar putea însemna altceva decât o reîntoarcere la dirijism.

¹⁹ Formula completă este *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*. Aparține avocatului francez, prelat și orator, Henri Lacordaire (1802-1861).

²⁰ D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 609.

²¹ A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998, nr. 55.

²² *Idem*.

²³ Cr. Jamin, „Pledoyer pour le le solidarisme contractual”, în *Le contrat au début de XXI-e siècle. Études offerts à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 441.

²⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4^e éd., Éd. Defrénois, Paris, 2009, p. 369.

²⁵ Jean Carbonnier, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 227.

²⁶ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 47.

Alți autori evită cu discreție acest subiect, continuând a se raporta la voința părților, „o voință controlată, fundament al contractului”²⁷.

Dezbaterea este departe de a se fi încheiat. Colocviul organizat de Facultatea de drept din La Rochelle în anul 2002 intitulat „Solidarismul contractual, mit sau realitate?”, la care au participat principalii susținători ai acestei teorii, a evidențiat atât argumentele care o susțin, cât și pe cele care o contrazic, toate fiind ulterior publicate²⁸.

La argumentele deja înfățișate, au fost alăturate și alte rezerve formulate de profesorul Laurent Leveneur, dintre care mai importante sunt următoarele²⁹:

- solidaritatea evocată de adepții acestui curent nu are suport în realitate. Termenul ambiguu „fraternitate” ține de o viziune idilică sau sentimentală și deci nerealistă în raporturile contractuale;

- același autor se întreabă în ce ar consta uniunea părților în cazul contractului de vânzare cumpărare, principalul contract civil, în condițiile în care interesele lor sunt structural divergente: vânzătorul și-ar dori să vândă bunul la un preț cât mai ridicat, contrar intereselor cumpărătorului. Aceeași contrarietate se manifestă și în celelalte contracte civile, cât și în contractele între profesioniști, așa că „dreptul contractelor trebuie conceput în funcție de om, așa cum este și nu cum el ar trebui să fie”³⁰;

- obligațiile precontractuale de informare pot fi autonom fundamentate, fără a avea nevoie de teoria solidarismului care să le explice. Georges Ripert, care n-a fost adept al solidarismului, menționează, pe bună dreptate, că „fiecare parte contractantă este gardianul propriilor interese și trebuie, prin consecință, să se informeze el însuși. Nu este culpabil cel care nu dă celelalte părți informațiile pe care ea însăși le putea procura. Situația se schimbă doar când reticența devine culpabilă uneia dintre părți, abuzând de ignoranța celeilalte”³¹;

- obligațiile de informare și de consiliere pe care o au părțile în cursul executării contractului, deși pot fi calificate drept expresii ale solidarității care caracterizează epoca noastră, își au totuși temeiul în prevederi exprese ale legii sau contractului;

- cerându-le contractanților să formeze o uniune care să aibă o țință comună, în temeiul bunei-credințe, este un obiectiv mult prea imprecis. Nu se poate face drept cu concepte atât de generale și de echivoce;

- „loialitate, solidaritate, fraternitate”, noua formulă clamată de Denis Mazeaud, reprezintă trei directive vagi care lasă loc arbitrariului în detrimentul securității contractanților. Încă din anul 1937 Eugène Gaudement avertiza că o

²⁷ Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, Paris, Éd. Litec, 2007, nr. 75, p. 55.

²⁸ Sous la direction de L. Grynbaum, M. Nicod, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Éd. Économica, 2004.

²⁹ L. Leveneur, *Le solidarisme contractuel: un mythe*, în *Le solidarisme*, op. cit., p. 173-191.

³⁰ Apud Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., p. 49.

³¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 1949, p. 89.

asemenea concepție solidaristă „riscă să suprimе libertatea în convenții și să conducă la un socialism de stat”³², în condițiile în care legitimează tot mai mult intervenția statului în spațiul de voință al părților³³;

- autorul mai sus citat afirmă că obiectivul solidarismului de a institui „un drept al relațiilor contractuale inegale” care să asigure protecție părții mai slabe a contractului este nerealist și de aceea nu subscrie unui asemenea proiect deși, privit în sine, este corect. El poate fi atins doar făcând apel la instrumentele clasice ale dreptului, construind o legislație aptă să împiedice orice abuz al puterii economice. Dacă trebuie reprimе manevrele neloiale, nu este necesară încurajarea sentimentalismului.

La toate acestea se adaugă scepticismul declarat chiar de unul dintre promotorii acestui curent de gândire, potrivit căruia solidarismul, nefiind perceput ca un instrument de emancipare individuală, contravine ideologiei drepturilor fundamentale ale omului³⁴.

Având a se pronunța asupra esenței contractului, doctrina de drept civil românească afirmă că „voința părților contractante nu lipsește și nu poate lipsi, liberă sau constrânsă, dintre fundamentele contractului; un contract este de neconceput fără să existe voința părților contractante. Esența contractului este alcătuită din două elemente inseparabile: voința părților contractante și interesul contractual al fiecăruia dintre ele. Numai că părțile contractante sunt ținute să respecte și legea imperativă”³⁵.

Acest nou raport între libertatea de voință și nevoia de asigurare a echilibrului contractual este o orientare pe care o regăsim în toate proiectele europene de codificare a dreptului contractelor, preluată și de noul nostru Cod civil printr-un set de soluții juridice noi, atât pentru faza precontractuală, cât și pentru formarea și executarea contractului, menite a tempera excesele părților de orice natură.

4. Impreviziunea

De la intangibilitatea contractului până la revizuirea acestuia de către judecător în vederea restabilirii echilibrului între prestațiile convenite de părți, se consumă o întreagă evoluție doctrinară și jurisprudențială. Teoria impreviziunii s-a născut ca răspuns la schimbările intervenite în executarea contractului, de natură a rupe echilibrul dintre prestațiile la care s-au obligat părțile. Asemenea modificări ale împrejurărilor în care a fost încheiat contractul pot privi, atât pe creditor, a cărui creanță este depreciată ca urmare a scăderii prețurilor, cât și pe debitor, care se vede obligat să suporte efectele inverse,

³² *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 31, apud L. Leveneur, *op. cit.*, p. 187.

³³ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, Paris, 2004, p. 258-369.

³⁴ Cr. Jamin, *Le solidarisme contractuel: un regard Franco-Québécois*, www.themis.umontreal.ca

³⁵ L. Pop, *op. cit.*, p. 76

obligații cu mult mai oneroase decât cele asumate prin contract. Dacă intangibilitatea contractului putea fi clamată în perioade de stabilitate economică, schimbările spectaculoase în evoluția prețurilor, mai ales în perioade de crize economice, a generat un conflict între două imperative juridice: principiul *pacta sunt servanda* și justiția contractuală. Conflictul presupune o opțiune de principiu. Dacă nimic nu oprește părțile să redimensioneze obligațiile reciproce printr-un nou acord de voință, dificultățile apar când soluțiile amiabile nu sunt posibile. Poate judecătorul interveni în contract, reasezând drepturile și obligațiilor părților? Este o întrebare la care doctrina clasică răspunde negativ, având drept argument principiul autonomiei de voință, potrivit căruia, odată încheiat, contractul trebuie întocmai respectat, garanție a stabilității și predictibilității acestuia. Orice modificare a acordului de voință nu putea fi concepută în afara părților, singurele autorizate să-și redimensioneze drepturile dobândite și obligațiile asumate prin contract. Judecătorul, privit ca „servitor al contractului”, putea doar să-l interpreteze potrivit voinței exprimate sau prezumate a părților, fiind excluse intervențiile externe, considerate a fi contrare celor trei valori fundamentale fondatoare ale contractului: libertate, egalitate, fraternitate, cele care au dat contur ambianței ideologice în care a fost plămădit Codul civil Napoleon. Noul val de moralizare a dreptului contractual generează soluții juridice noi, printre care redistribuirea echitabilă a pierderilor și beneficiilor în raport de schimbările intervenite în timpul executării contractului.

4.1. Noțiunea impreviziunii

Impreviziunea este asociată cu regula *rebus sic stantibus*, potrivit căreia obligațiile asumate prin contract sunt condiționate de menținerea situației existente la încheierea contractului (*contractus qui habent tractum successivum vel dependentia del futuro rebus sic stantibus intelliguntur*). Ori de câte ori aceste condiții se schimbă în mod substanțial, se prezumă voința părților de a renegocia executarea contractului.

Terminologia folosită în materie este departe de a fi unitară. Pentru desemnarea aceleiași realități sunt folosiți termeni precum: „schimbarea circumstanțelor” (art. 6:111 din Principiile Dreptului European al Contractelor și art. III.-1:110 DCFR), „clauza de hardship”³⁶ (Secțiunea a 2-a din Capitolul 6, Principiile Unidroit aplicabile contractelor comerciale internaționale), „frustration of purpose” (în dreptul anglo-saxon), „Wegfall der Geschäftsgrundlage” (în dreptul german), „eccessiva onerosità” (în dreptul italian).

De regulă, impreviziunea este definită de doctrina românească de drept civil din perspectiva efectelor pe care le produce, afirmându-se că ea este

³⁶ Pentru detalii, a se vedea Cr. E. Zamșa, *Teoria impreviziunii. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2006.

„prejudiciul pe care îl suferă una dintre părțile contractante ca urmare a dezechilibrului grav de valoare care intervine între prestațiile sale și ale celeilalte părți, în cursul executării contractului, dezechilibru cauzat de conjunctura economică, mai ales de fluctuații monetare”³⁷. În opinia noastră, prejudiciul suferit de una dintre părțile contractului este doar o condiție de revizuire a contractului, și nu impreviziunea propriu-zisă. Ca și în cazul leziunii, preocuparea principală a noii reglementări o constituie reechilibrarea prestațiilor. De aceea, ambele soluții ni se înfățișează ca veritabile *remedii* ale contractului, așa cum sunt calificate de Proiectul Gandolfi în art. 156-157, fiind menite, în principal, să salveze contractul și nu să-l desființeze, potrivit regulii *potius valeat quam ut pereat*. Doar *in extremis*, contractul este desființat, când partea al cărui consimțământ a fost viciat prin leziune are interesul de a cere anularea sau, în cazul impreviziunii, când judecătorul apreciază că este unica soluție în raport de condițiile prevăzute la alin. (3) al art. 1270. Spre deosebire de leziune, unde disproporția valorică între prestații există încă de la momentul încheierii contractului, în cazul impreviziunii schimbarea raportului între prestații are loc în timpul executării obligațiilor, neputând fi prevăzută la data încheierii contractului. Ea este concretizată într-un disproporție vădită între prestații, de natură să afecteze grav echilibrul contractual, prejudiciind pe debitorul obligației de executat.

Autorii francezi au în vedere teoria impreviziunii, caz de revizuire a contractului³⁸.

În ce ne privește, vom defini impreviziunea prin ce este ea în realitate, anume situația juridică în care se plasează părțile unui contract sinalagmatic și comutativ, confruntate cu o schimbare excepțională a datelor esențiale ale acestuia, survenită în timpul executării obligațiilor și care nu putea fi prevăzută la încheierea contractului, concretizată într-un disproporție vădită între prestații, de natură să afecteze grav echilibrul contractual, prejudiciind pe debitorul obligației de executat.

Teoria clasică respinge ideea revizuirii contractului, ca fiind contrară autonomiei de voință a părților, cele care puteau anticipa la încheierea contractului posibilitatea schimbării fundamentale a circumstanțelor stipulând o clauză de revizuire a contractului. Astăzi, toate proiectele europene, inclusiv cele franceze, cunoscute pentru conservatorismul lor, avansează soluția de revizuire a contractului.

4.2. Condițiile impreviziunii

Reglementarea impreviziunii dată de actualul Cod civil impreviziunii a fost inspirată, atât de Principiile Unidroit aplicabile contractelor comerciale

³⁷ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, op. cit., p. 534-535.

³⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 381.

internaționale³⁹, cât și de Principiile Dreptului European al Contractelor⁴⁰. Potrivit textului de la art. 1271 C. civ., pentru a declanșa mecanismul de adaptare sau de încetare a contractului, sunt necesare următoarele condiții:

- existența unei schimbări excepționale a condițiilor avute în vedere la încheierea contractului. Această condiție rezultă din chiar definiția legală a impreviziunii de la alin. (2) al art. 1271. Este vorba de acele schimbări care determină ca executarea obligațiilor să devină cu mult mai oneroasă decât la data încheierii contractului datorită unor circumstanțe obiective legate, în principal, de evoluția prețurilor. Așa cum s-a remarcat însă, „problematica impreviziunii nu trebuie redusă la cheștiunea inflației”⁴¹. Creșterea costurilor executării obligațiilor poate avea și alte cauze, dar ele trebuie să fie străine voinței debitorului⁴²;

- o altă condiție care rezultă din însăși definiția impreviziunii este aceea ca executarea prestațiilor în noile condiții să fi devenit vădit injustă. Prin urmare, nu este suficientă existența schimbărilor excepționale a împrejurărilor în care a fost încheiat contractul, ci se cere ca executarea obligației de către debitor să

³⁹ PU: Art. 6.2.3 (Efectele cazului de hardship)

(1) În caz de hardship, partea dezavantajată este îndreptățită să ceară renegocieri. Cererea va fi făcută imediat și va indica temeiurile pe care se bazează.

(2) Cererea de renegociere nu îndreptățește partea dezavantajată să suspende executarea contractului.

(3) În cazul în care nu se ajunge la o înțelegere într-o perioadă de timp rezonabilă, fiecare parte poate apela la instanța de judecată.

(4) Dacă instanța de judecată stabilește că există un caz de hardship, aceasta poate, dacă este rezonabil:

(a) să considere contractul încetat la o dată și în condiții ce urmează a fi fixate,

(b) să adapteze contractul având în vedere restabilirea echilibrului prestațiilor.

⁴⁰ PDEC. Article 6:111: Changement de circonstances

(1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances

(a) qui est survenu après la conclusion du contrat,

(b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat,

(c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.

(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut

(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,

(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations.

⁴¹ Cr. E. Zamșa, *Noul Cod civil. Comentarii pe articole, op. cit.*, p. 1331.

⁴² G. Anton, *Teoria impreviziunii în dreptul român și în dreptul comparat*, Dreptul nr. 7/2000, p. 2

afecteze grav echilibrul contractual de natură a pune în discuție ideea de justiție contractuală;

- schimbarea împrejurărilor în care a fost încheiat contractul trebuie să survină după încheierea contractului, așa cum dispune textul de la art. 1271 alin. (3) lit. a). Dacă disproporția dintre prestații a intervenit la momentul încheierii contractului, ne aflăm în fața leziunii;

- potrivit prevederii de la lit. b) al aceluiași text, schimbările împrejurărilor și întinderea lor să nu fi fost prevăzute și nici să fi putut fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, la data încheierii contractului. Este vorba de spiritul normal de prevedere care caracterizează orice ins rezonabil;

- condiția impusă de prevederea de la alin. (3) lit. c) a textului pe care îl comentăm impune ca debitorul să nu-și fi asumat riscul schimbării împrejurărilor și nici să nu fi putut fi în mod rezonabil considerat că și-a asumat acest risc. Libertatea contractuală permite încheierea oricărui contract care nu încalcă ordinea publică sau bunele moravuri, prin asumarea riscurilor pe care le presupune schimbarea condițiilor avute în vedere de părți la momentul acordului de voință. Asumarea unui asemenea risc trebuie să rezulte explicit, la fel cum poate fi și prezumată prin apelul la același standard al spiritului de prevedere care caracterizează orice om rezonabil.

4.3. Schimbările survenite în timpul executării contractului

Potrivit prevederii de la alin. (1) al art. 1271 C. civ., contractul trebuie respectat, chiar dacă executarea acestuia ar prejudicia, fie pe creditor, fie pe debitorul obligației de executat, datorită creșterii costurilor propriiei obligații sau a obligațiilor celeilalte părți a contractului. Încheierea oricărui contract cu executare succesivă presupune asumarea riscului deprecierii în timp a prețurilor, fenomen care poate prejudicia ambele părți ale contractului. Stabilitatea contractului face ca el să nu poată fi pus în discuție la orice schimbare a condițiilor în care a fost încheiat, presupunându-se că părțile au avut în vedere o asemenea perspectivă. Spre deosebire de leziune, în cazul căreia dezechilibrul între prestații exista încă de la încheierea contractului, impreviziunea presupune ca această disproporție să survină în timpul executării contractului.

Prin excepție de la prima regulă, textul normativ de la alin. (2) prevede că, în situația în care executarea obligațiilor a devenit excesiv de oneroasă pentru debitorul obligației de executat, datorită unor schimbări excepționale a împrejurărilor ce ar face vădit injustă obligarea acestuia la executarea obligațiilor, pot fi luate măsuri de adaptare a contractului sau de încetare a acestuia, în condițiile prevăzute de textele subsecvente. Prin urmare, nu ne aflăm în fața unui principiu al revizuirii contractului, ci doar în situația unei excepții în care revizuirea poate fi operată pentru motive cu totul speciale, când executarea obligațiilor în noile condiții ar deveni vădit injustă. Apelul pe care

noua reglementare îl face la executarea „vădit injustă” se înscrie în preocuparea acesteia de a asigura justiția contractuală. Așa cum, potrivit art. 1227 C. civ., imposibilitatea inițială a executării obligației nu afectează contractul încheiat, afară de cazurile prevăzute de lege, tot astfel, nu orice dezechilibru între prestații poate declanșa adaptarea sau încetarea contractului, ci doar unul semnificativ.

4.4. Fundamentul impreviziunii

Pentru fundamentarea impreviziunii, au fost emise mai multe teorii (regula *rebus sic stantibus*, îmbogățirea fără justă cauză, abuzul de drept, forța majoră, echilibrul contractului, solidarismul contractual)⁴³. Potrivit unei opinii de autoritate, revizuirea „își găsește fundamentul teoretic și juridic în principiul bunei-credințe la care se asociază și principiul demonstrativ al solidarității contractuale”⁴⁴. Ar urma să considerăm că măsura sancționează atitudinea de rea-credință a părții care, în mod nejustificat, refuză să accepte reșezarea prestațiilor.

În ce ne privește, credem că revizuirea contractului este o măsură impusă de cauze obiective, motiv pentru care constituie un *remediu* pentru situația injustă în care se află partea prejudiciată, ca urmare a schimbărilor excepționale a împrejurărilor în care a fost încheiat contractul. Este aceeași explicație obiectivă pe care o vedem aplicabilă și în cazul leziunii⁴⁵.

5. Efecte

Potrivit textului de la alin. (2) al art. 1271, instanța poate dispune următoarele măsuri legale:

- adaptarea contractului prin redistribuirea echitabilă a pierderilor și beneficiilor rezultate din schimbarea împrejurărilor menționate de textele precedente. Spre deosebire de leziune, unde art. 1222 alin. (3) C. civ. prevede posibilitatea „menținerii contractului”, dacă cealaltă parte oferă, în mod echitabil, o reducere a propriei creanțe sau, după caz, o majorare a propriei obligații, în cazul impreviziunii textul prevede posibilitatea „adaptării contractului”, ceea ce readuce în discuție unitatea terminologică a actualului Cod civil. Așa cum am remarcat, în cazul leziunii⁴⁶, sintagma „adaptarea contractului” este exprimarea preferabilă și nu „menținerea contractului”;

⁴³ Pentru detalii, a se vedea L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. II. Contractul*, Ed. Universul Juridic, 2009, p. 538541

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ S. Neculaescu, *Leziunea – viciu de consimțământ sau dezechilibru contractual?*, Revista de drept privat nr. 3/2010.

⁴⁶ A se vedea S. Neculaescu, *Izvoarele obligațiilor în Codul civil (art. 1164-1395). Analiză critică și comparativă a noilor texte normative*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 232.

- încetarea contractului la momentul și în condițiile pe care le stabilește. Este ultima soluție pe care o poate pronunța instanța în condițiile eșuării încercării de adaptare a contractului. Deși acest caz nu este prevăzut printre cauzele de încetare a contractului prevăzute la art. 1321 C. civ., el poate fi integrat în sintagma „orice alte cauze prevăzute de lege” din finalul textului menționat.

5.1. Observații

În opinia noastră, textele normative rezervate impreviziunii sunt susceptibile de câteva rezerve.

5.1.1. „Schimbările excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației” este o exprimare insuficient de clară. Nu poate fi vorba de orice „împrejurări” în care s-ar afla debitorul la momentul când trebuie să execute contractul, ci doar de *circumstanțele obiective și relevante*, străine de voința acestuia, neimputabile lui, aflate în afara puterii de influențare a acestuia. Într-o exprimare juridică, asemenea împrejurări nu pot fi denumite decât *evenimente*.

Comentând noile prevederi în această materie, autorul unui manual de obligații, remarcă faptul că „termenii folosiți de noul Cod civil sunt prea generali pentru a putea fi circumstanțiați cu exactitate de principiu”⁴⁷. Potrivit aceluiași autor, „falimentul sau scăderea puterii economice a debitorului, datorate doar modalității în care el își gestionează (prost) afacerile, nu vor fi considerate schimbări excepționale, pe motiv că le lipsește elementul de exterioritate”⁴⁸.

În acord cu această opinie, apreciem că textul de la art. 6.2.2 din Principiile Unidroit, care vizează „evenimente care alterează fundamental echilibrul contractului care exclud voința debitorului”, desemnează mai bine contextul obiectiv care trebuie avut în vedere în definirea impreviziunii.

5.1.2. Termenul „impreviziune”, denumirea marginală a textelor pe care le analizăm, desemnează doar principala caracteristică a schimbării survenite în executarea contractului, aceea de a nu fi fost prevăzută de părți. Așa cum se remarcă de doctrina franceză de drept civil, impreviziunea este doar *cauza* fenomenului, în timp ce adevăratul temei al adaptării sau încetării contractului este „dezechilibrul obiectiv dintre prestații”⁴⁹, avut în vedere de Principiile Lando prin sintagma „schimbarea circumstanțelor” (obiective, am adăuga noi). Nu impreviziunea determină revizuirea contractului, ci schimbarea contextului obiectiv în care are loc executarea prestațiilor. Iar dacă sintagma „schimbarea

⁴⁷ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 457.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 458.

⁴⁹ J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 1994, p. 345.

circumstanțelor obiective” ar putea părea mai puțin potrivită pentru desemnarea temeiului revizuirii, clauza de hardship, folosită de aceleași Principii Unidroit ar putea fi o soluție preferabilă celei actuale. Perspectiva edificării unui drept european al contractelor face ca termenii juridici importați să nu ne mai trezească aceleași frisoane, în condițiile în care majoritatea noilor prevederi normative sunt preluate din reglementări străine. Important rămâne ca traducerea să nu denatureze sensul termenilor, așa cum se întâmplă uneori.

5.1.3. Deși textele sunt inspirate consistent de prevederile de la art. 6. 111 din Principiile Lando, traducerea lor este selectivă. În varianta actualului Cod civil, lipsește obligația impusă părților de a negocia adaptarea contractului, omisiune care pune în cauză respectul datorat de lege și judecător voinței suverane a părților. Înainte ca adaptarea contractului să fie realizată de instanță, părțile ar fi trebuit obligate ca, *ele însele*, să-și reazeze prestațiile contractuale în raport de noile realități survenite. O asemenea succesiune a operațiilor de adaptare a contractului, mai întâi de către părți, și apoi de către instanță, este prevăzută de art. 6:111 alin. (2) din Principiile Lando⁵⁰, cât și de Principiile Unidroit, art. 6.2.3 alin. (3), text potrivit căruia „în cazul în care nu se ajunge la o înțelegere într-o perioadă de timp rezonabilă, fiecare parte poate apela la instanța de judecată”. Aceeași ordine de preferință este prevăzută și de Proiectul Catala⁵¹. Deși noua reglementare nu prevede obligația părților de a negocia adaptarea contractului, textul normativ de la alin. (3) lit. d) condiționează aplicarea noilor dispoziții de încercarea debitorului de negociere a adaptării, ceea ce presupune că o asemenea procedură prealabilă a fost avută în vedere, fapt care justifică, o dată mai mult, propunerea pe care o formulăm.

Sub un alt aspect, dacă prin refuzul nejustificat al renegocierii contractului sau întreruperea intempestivă a negocierii a fost cauzat un prejudiciu celeilalte părți, noua reglementare ar fi trebuit să rezerve părții astfel vătămate, dreptul de a pretinde despăgubiri, soluție prevăzută de Principiile Lando, la art. 6:111, ultimul alineat.

⁵⁰ PECL. Art. 6:111: *Changement de circonstances*

(1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances.

⁵¹ Pr. Catala: Art. 1135-1. Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.

Art. 1135-2. A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation

5.1.4. Este de presupus că textul de la art. 1271 alin. (3) C. civ. potrivit căruia „schimbarea împrejurărilor, precum și *întinderea acesteia* (s.n.) nu au fost și nici nu puteau fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, în momentul încheierii contractului”, este o variantă necorectată, pentru că sintagma „întinderea acesteia” nu se poate referi la împrejurări, nesusceptibile de a fi măsurate. Doar prestațiile la care s-au obligat părțile pot avea întindere, numai că ele nu sunt nominalizate în textele anterioare. Prin urmare, nu se înțelege despre a cui „întindere” ar putea fi vorba, astfel că textul se cere, de îndată revăzut.

6. Scurte concluzii

Fără a nega oportunitatea reglementării impreviziunii, susținem, atât nevoia de reelaborare a prevederilor legale de la art. 1271 C. civ., conform propunerilor mai sus avansate, cât și renunțarea la formula rituală referitoare la puterea de lege a contractului legal încheiat, din definiția forței obligatorii a contractului de la art. 1270 C. civ., evitându-se astfel omagierea formală a principiului *pacta sunt servanda*.

MECANISMUL EXCEPȚIEI DE NEEEXECUTARE A CONTRACTULUI – MIJLOC EFICIENT ȘI NATURAL DE APĂRARE ACTIVĂ A CREDITORULUI-DEBITOR DIN CONTRACTUL SINALAGMATIC

*Nora-Andreea DAGHIE**

Abstract:

The reciprocity and interdependence of obligations, the fact that each of the mutual obligations is the legal cause of the other, usually involves a simultaneous execution of these obligations, meaning the possibility of invoking the exception of breach of contract, if simultaneity is not met.

Regulated in the new Civil Code of Romania, the exception for breach of contract - this lawful weapon against the debtor who claims the execution of the contract without him having fulfilled his obligations under the contract - also has a dynamic function, which can be a direct method of unilateral termination. It can play an important role against the risk of breach of contract, even against an announced breach of contract before maturity.

Considered as a way of private justice, the exception of breach of contract is a very cheap, even free, means which avoids a trial in order to obtain agreed upon considerations or a complete execution of the contract.

Refusal to execute the obligation until the co-contractor has performed his own, should not be necessarily be subject to legal action; it is sufficient that the party simply refuse the execution, without being necessary to enforce a delay on the other party. Therefore, we are in the presence of a simple, natural mechanism, accessible to anyone, devoid of fireworks and formalities, designed to ensure the initial contractual balance during the execution of mutual and interdependent obligations specific to reciprocal agreements, and also the principles of equity and good faith.

Keywords: *the reciprocity and interdependence of obligations; a lawful weapon against the debtor; a way of private justice; a direct method of unilateral termination; the initial contractual balance*

În dreptul civil material, pornindu-se de la reciprocitatea și interdependența obligațiilor în contractele sinalagmatice – ceea ce face ca fiecare dintre obligațiile reciproce să fie cauza juridică a celeilalte -, s-a stabilit că un efect specific al acestor contracte este și un mijloc de apărare aflat la

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

dispoziția părții căreia i se pretinde executarea obligației ce-i revine¹, fără ca partea care solicită executarea să-și îndeplinească propriile obligații: excepția de neexecutare a contractului.

Pe scurt, în ceea ce privește evoluția istorică a mecanismului excepției de neexecutare a contractului², dreptul canonic a pus în evidență legătura de cauzalitate dintre obligațiile părților contractante, exprimată încă din secolul al XIII-lea în adagiul *non servandi fidei, non es fidei servanda*³. Ca o consecință firească, partea care nu-și respecta angajamentul asumat pierdea dreptul de a pretinde celeilalte părți executarea obligației corelative, conform principiului *frangenti fidei non es fides servanda*. Mai mult, creditorul are dreptul nu numai de a refuza executarea propriei datorii, ci și dreptul de a cere rezoluțiunea contractului.

În dreptul medieval, în cursul căruia a decăzut formalismul dreptului roman, s-a elaborat o adevărată teorie a excepției de neexecutare, cu aplicație la toate contractele sinalagmatice. Juriștii au observat că la baza contractului stă voința părților contractante și că vorbele leagă pe oameni, deci nu se putea admite ca o parte să execute obligația și cealaltă să nu execute obligația asumată.

Canoniștii au dedus *exceptio non adimpleti contractus* din principiul justiției comutative, ce implica echivalența prestațiilor contractuale bilaterale, *non servandi fidei non est fides servanda*, iar postglosatorii au formulat procedura juridică de exercitare a excepției de neexecutare⁴.

În literatura de specialitate⁵, excepția de neexecutare a contractului este definită ca fiind un mijloc de apărare aflat la dispoziția uneia dintre părțile

¹ „Neexecutarea contractului, întemeiată pe principiul reciprocității și interdependenței obligațiilor contractuale, nu este nici o excepție de procedură propriu-zisă și nici o excepție de fond, în sensul legii, ci doar un mijloc de apărare pe care o parte, de regulă, pârâtul, îl poate invoca și asupra căruia instanța se pronunță pe baza probelor administrate în cauză” – Înalta Curte de Casație și Justiție, S. com., dec. nr. 3786/2008, pe www.scj.ro.

² A se vedea N.A. Daghe, *Considerații teoretice și practice referitoare la excepția de neexecutare a contractului*, în „Dreptul” nr. 1/2013, p. 101-102.

³ „Malgré la formulation latine sous laquelle elle est souvent désignée, *exceptio non adimpleti contractus*, l'exception d'inexécution est née pour des raisons d'ordre moral, à l'instigation des canonistes. Elle reste encore marquée par ses origines, justifiée par la bonne foi contractuelle, même si l'on a plutôt tendance aujourd'hui à la rattacher à l'idée de persistance de la cause lors de l'exécution du contrat” – a se vedea F. Nammour, R. Cabrillac, S. Cabrillac, H. Lecuyer, *Droit des obligations. Droit français - Droit libanais. Perspectives européennes et internationales*, Bruylant Delta Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, p. 255-256.

⁴ Pentru o prezentare detaliată a sancțiunilor civile în dreptul medieval, a se vedea I. Dogaru, N. Popa, D.C. Dănișor, S. Cercel, *Bazele dreptului civil*, vol. I - *Teoria generală*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 985-986.

⁵ C. Stătescu, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale. Introducere în teoria generală a obligațiilor*, Tipografia Universității din București, București, 1974, p. 22. În dicționarul de drept civil, excepția de neexecutare este definită ca fiind „un mijloc juridic de apărare, consecință directă a principiului interdependenței obligațiilor reciproce ale părților în contractele sinalagmatice, în

contractului sinalagmatic, în cazul în care i se pretinde executarea obligației ce-i incumbă, fără ca partea care pretinde această executare să-și execute propriile obligații. Totodată, legătura dintre obligațiile corelative ale oricărui contract sinalagmatic contribuie la amplificarea forței obligatorii a contractului în sensul că, sub amenințarea de a pierde beneficiul dreptului său de creanță, fiecare dintre părți va fi îndemnată să-și execute propria obligație.

Codul civil român de la 1864, fără a conține vreo reglementare generală a excepției de neexecutare, conținea diverse aplicații ale acesteia, dintre care: prevederile art. 1322, art. 1323, art. 1362, art. 1364 C.civ. 1864 în materie de vânzare, art. 1407 C.civ. 1864 în materie de schimb, art. 1423, art. 1427, art. 1444 C.civ. 1864 în materie de locațiune, art. 1619 C.civ. 1864 în materie de depozit remunerat.

În anul 1920 D. Alexandresco a publicat un foarte scurt articol pe tema excepției de neexecutare, în care propunea introducerea în Codul civil a unui text care să consacre expres această instituție⁶.

În perioada interbelică, s-a încercat chiar reglementarea de principiu a excepției de neexecutare a contractului, în Codul Civil Carol al II-lea, în art. 1047 care avea următorul conținut:

„(1) În contractele sinalagmatice, fiecare contractant poate refuza să-și execute obligațiunea dacă cealaltă parte nu o execută pe a sa, afară numai dacă au fost convenite termene deosebite pentru executarea celor două obligațiuni. (2) Totuși, executarea nu poate fi refuzată dacă, potrivit împrejurărilor și ținându-se seama de unica însemnătate a prestațiunii neexecutate, acest refuz este împotriva bunei-credințe”⁷.

virtutea căruia oricare dintre părțile unui astfel de contract poate refuza executarea propriei obligații asumate, câtă vreme cealaltă parte contractantă nu-și execută ea însăși obligația corelativă ce-i incumbă”. – M.N. Costin, C.M. Costin, *Dicționar de drept civil de la A la Z*, ed. a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 436.

⁶ „Excepția *non adimpleti contractus*, de care am vorbit mai sus, este admisă în termeni expresi de unele legiuri străine, de exemplu: de codul actual german (art. 273 § 1, 320 urm.), de codul saxon de la 1863, astăzi abrogat (art. 859, 860, 863), de codul federal al obligațiilor din Elveția (art. 95), de codul general al bunurilor pentru regatul Muntenegro, de codul civil japonez de la 28 aprilie 1896 (art. 533), etc. În codul Calimach găsim, în această privință, următoarele dispoziții, împrumutate de la art. 1052 și 1062 din codul austriac: Art. 1409 C.Calimach. – „Acel ce voește să ceară trădarea lucrului, trebuie mai întâi să-și îplinească datoria sa, sau să fie gata a o împlini. Art. 1424 C.Calimach. – Cumpărătorul este dator să primească lucrul îndată și să plătească tot odată și prețul lui în bani, căci într’alt chip poate vânzătorul să oprească lucrul”. A se vedea D. Alexandresco, *Excepția „Non adimpleti contractus” în viitorul cod civil al României mari*, în „Dreptul” nr. 20/1920, p. 229-230.

⁷ În Codul Civil Carol al II-lea, ce urma să intre în vigoare la 1 martie 1940, *exceptio non adimpleti contractus* era reglementată în Cartea a IV-a Despre obligațiuni, despre contracte și despre regimuri matrimoniale, Titlul I Dispozițiuni generale, Cap. I Despre izvoarele obligațiilor, Secțiunea I Despre contracte, Subsecțiunea a VII-a Despre efectele contractelor.

Comentând acest articol, ministrul justiției la acea vreme – Victor Iamandi, arăta în referatul către Consiliul de Miniștri nr. 160192/06.11.1939: „Inovația adusă în legătură cu funcționarea excepției *non adimpleti contractus*, consistă în aceea că s-a dat judecătorilor putința să considere că refuzul uneia din părți de a-și executa obligațiile sub cuvânt că nici cealaltă parte nu și le-a executat pe ale ei, nu este justificată, atunci când, avându-se în vedere unica importanță a obligațiilor neexecutate de cel care cere respectarea contractului sau împrejurării speciale al cauzei, refuzul apare ca fiind contrar bunei-credințe”.

Noul Cod civil reglementează în mod expres excepția de neexecutare a contractului în art. 1.556, care, nu putem să nu remarcăm, păstrează îmbunătățite câteva dintre nuanțele art. 1047 din Codul Civil Carol al II-lea: „(1) Atunci când obligațiile născute dintr-un contract sinalagmatic sunt exigibile, iar una dintre părți nu execută sau nu oferă executarea obligației, cealaltă parte poate, într-o măsură corespunzătoare, să refuze executarea propriei obligații, afară de cazul în care din lege, din voința părților sau din uzanțe rezultă că cealaltă parte este obligată să execute mai întâi. (2) Executarea nu poate fi refuzată dacă, potrivit împrejurărilor și ținând seama de mica însemnătate a prestației neexecutate, acest refuz ar fi contrar bunei-credințe”.

Observăm că legea stabilește de la început domeniul de aplicare al excepției de neexecutare, ea fiind utilizabilă numai în contractele sinalagmatice, după ce obligațiile au devenit exigibile. Textul sugerează, totodată, existența unei corespondențe între obligațiile neexecutate „cealaltă parte poate, într-o măsură corespunzătoare, să refuze executarea propriei obligații”⁸.

Din formularea termenilor rezultă că excepția se poate invoca și în cazul parțială neîndepliniri a obligației celeilalte părți și, în aceste situații, partea care se prevalează de excepție trebuie să își fi executat ea însăși, cel puțin în aceeași măsură propria obligație⁹.

Cel căruia i se opune excepția trebuie să se afle în situația de a nu fi executat total sau într-o măsură substanțială obligația, dar nici să nu fi oferit executarea, dovedind că este în măsură să își îndeplinească obligația.

Pentru invocarea excepției de neexecutare a contractului trebuie îndeplinite următoarele condiții¹⁰: obligațiile reciproce ale părților trebuie să-și aibă originea și temeiul în același raport juridic sinalagmatic; să existe o neexecutare, chiar parțială, dar suficient de importantă, din partea celui împotriva căruia se invocă excepția de neexecutare; obligațiile reciproce trebuie să fie ambele exigibile iar raportul juridic sinalagmatic, prin natura sa, trebuie să presupună regula executării simultane a obligațiilor.

⁸ A se vedea N.A. Daghe, *op. cit.*, p. 106.

⁹ A se vedea I. Turcu, *Noul Cod civil. Legea nr. 287/2009. Cartea V. Despre obligații art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p. 652.

¹⁰ Pentru o prezentare detaliată a condițiilor de exercitare, a se vedea N.A. Daghe, *op. cit.*, p. 107-118.

Odată îndeplinite toate condițiile anterior expuse, excepția de neexecutare se invocă sau se poate invoca, între părțile contractante, de către partea îndreptățită, în puterea sa proprie, fără intervenția judecătorului. Privită din această perspectivă, *exceptio non adimpleti contractus* prezintă avantaje multiple deoarece nu implică intervenția instanței, evită riscul insolvabilității celeilalte părți și deci, a neexecutării obligației de către aceasta, constituind totodată un mijloc de presiune față de cealaltă parte, pentru a o determina să-și execute, la rândul ei, angajamentul asumat.

În ceea ce privește caracterul preventiv, în sensul că preîntâmpină situația în care una dintre părți își vede executată propria obligație și nu mai poate obține nimic de la cealaltă parte, acesta este și mai evident dacă avem în vedere excepția de neexecutare anticipată. Anticiparea riscului unei neexecutări din partea celeilalte părți, îndreptățește partea să suspende executarea propriilor obligații¹¹.

Refuzul de a executa obligația, până când și cocontractantul și-o va îndeplini pe a sa, nu trebuie să facă neaparat obiectul unei acțiuni judecătorești, fiind suficient ca partea să refuze pur și simplu executarea, nefiind necesară nici condiția punerii în întârziere a celeilalte părți. Așadar, suntem în prezența unui mecanism simplu, rapid, accesibil oricui, lipsit de artificii și formalități, menit să asigure echilibrul contractual inițial, în faza de executare a obligațiilor reciproce și interdependente, specifice contractelor sinalagmatice, și, totodată, respectarea principiilor de echitate și de bună-credință.

Excepția de neexecutare poate fi însă invocată și pe cale judiciară, în fața instanței judecătorești, ca mijloc de apărare de către pârât¹². În schimb, ea nu va putea fi invocată niciodată, din oficiu, de către instanța de judecată, întrucât este o excepție de fond și nicidecum de procedură¹³.

În scop de precauțiune, excipiensul se poate adresa el însuși instanței judecătorești pentru a constata că a invocat excepția de neexecutare și că, în consecință, contractul a fost suspendat până la momentul în care pârâtul va executa sau plăti ceea ce datorează¹⁴. Atât în cazul în care excipiensul este

¹¹ I.-F. Popa, *Contractul civil*, în „Tratat elementar de drept civil. Obligațiile”, de L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 277.

¹² „cererea de a se constata că reclamantul nu și-a executat propriile obligații reprezintă o veritabilă *exceptio non adimpleti contractus*, pe care pârâtii o pot susține în apărare față de pretențiile formulate de reclamant, fără a fi necesară formularea unei acțiuni separate pentru rezoluțiunea contractului” – C.A București, s. a IV-a civ., dec. nr. 119/08.02.2011, în I. Ninu, *Rezoluțiunea și rezilierea, excepția de neexecutare, riscul contractului. Practică judiciară și reglementarea din noul Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 274-279.

¹³ Numai excepțiile de procedură, fiind de ordine publică, pot fi invocate din oficiu. A se vedea C. Ap. București, S. a IV-a civ., dec. nr. 2321/19.12.2006, în A. Rusu, *Executarea obligațiilor. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 189-191.

¹⁴ A se vedea Cass.soc., 10 april 1959, Recueil Dalloz, 1960, p. 61 *apud* L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. II – *Contractul*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 721.

chemat în judecată de către cealaltă parte, cât și atunci când el s-a adresat justiției ca o măsură de prevedere, va fi ținut să dovedească neexecutarea pe care o invocă și gravitatea acesteia pentru a proba astfel că toate condițiile sunt îndeplinite¹⁵. În cazul în care proba nu va fi făcută, excipiensul poate fi condamnat să repare prejudiciul cauzat partenerului său din respectivul raport juridic sinalagmatic.

În ceea ce privește efectele excepției de neexecutare între părțile contractante¹⁶, literatura de specialitate a remarcat că, atunci când pârâtul invocă excepția în fața instanței de judecată, aceasta reprezintă un mijloc de apărare, întrucât, la cererea pârâtului, instanța fie va respinge acțiunea reclamantului, prin care acesta solicită obligarea pârâtului la executarea contractului, fie va dispune, după caz, obligarea reclamantului însuși la executarea propriei sale prestații, stabilind un termen în acest scop¹⁷. Practic, cel ce invocă excepția recunoaște creanța celuilalt contractant, însă își suspendă exigibilitatea propriei obligații până la data când partenerul contractual va executa obligațiile ce-i revin din contract¹⁸.

Cu alte cuvinte, excepția de neexecutare suspendă (provizoriu) executarea prestației celui care o invocă, contractul rămânând temporar neexecutat. Partea care invocă excepția de neexecutare nu poate fi urmărită silit în justiție pentru executarea obligațiilor sale. Efectul principal este limpede dedus din prevederile art. 1.556 alin. (1) din noul Cod civil, care vorbește despre dreptul creditorului de a „refuza” executarea propriei obligații. Ca urmare a acestui fapt, partea îndrituită să refuze executarea obligației sale, nu poate fi obligată să plătească daune-interese moratorii pe motiv de întârziere în executarea prestațiilor. Contractul și forța sa obligatorie nu încetează, fiind numai suspendată¹⁹ în ceea ce-l privește pe excipiens; părțile contractante nu sunt liberate de obligațiile lor decât în cazul unei eventuale rezoluțiuni a acestuia. Dacă cel căruia i s-a opus excepția iese din letargie și începe executarea obligației sale, *excipiens*-ul trebuie să renunțe la excepția ridicată și să facă și el plata pe care inițial a refuzat-o.

Pentru cel ce invocă excepția de neexecutare, efectele acesteia sunt compatibile cu cele ale stipulării unui termen suspensiv, termen ce se va realiza în momentul executării obligației reciproce²⁰.

¹⁵ A se vedea Cass.civ. 1, 18 décembre 1990, Bull.civ. I, nr. 296, p. 270.

¹⁶ N.A. Daghie, *op. cit.*, p. 120-122.

¹⁷ A se vedea M.N. Costin, C.M. Costin, *op. cit.*, p. 437. Efectele acestei instituții sunt de natură defensivă și, totodată, temporare (arhitectul poate suspenda munca sa, dacă al său client nu face plata) - I.R. Urs, S. Angheni, *Drept civil, vol. II*, Editura Oscar Print, București, 1997, p. 224.

¹⁸ A se vedea I. Dogaru, P. Drăghici, *Bazele dreptului civil, vol. III – Teoria generală a obligațiilor*, Editura C.H. Beck, București, 2009, p. 150.

¹⁹ L. Pop, *Drept civil – Teoria generală a obligațiilor. Tratat*, Editura Fundației „Chemarea” Iași, 1996, p. 75.

²⁰ A. Weill, Fr. Terré, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 1986, p. 491 *apud* J. Kocsis, *op. cit.*, p.16; I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, p. 150.

Un alt efect al invocării excepției este acela de a se exercita presiuni asupra partenerului contractual pentru executarea angajamentelor. În acest sens, doctrina vorbește despre caracterul cominatoriu al excepției de neexecutare²¹, și în același timp de mijloc indirect pentru a obține executarea reală a contractului²². Cel împotriva căruia se invocă excepția, fiind privat de prestațiile celui ce invocă excepția de neexecutare, este incitat la executarea propriilor obligații, pentru a putea beneficia de efectele contractului pe care le-a avut în vedere la momentul la care a încheiat contractul²³. Din acest punct de vedere, considerată fiind o cale a justiției private, excepția de neexecutare este un mijloc foarte ieftin, chiar gratuit, care permite evitarea unui proces pentru a obține contraprestațiile convenite ori pentru executarea completă a contractului; de fiecare dată, atunci când contraprestația este de valoare mai mică sau neexecutarea este doar parțială, acțiunea în justiție este prea oneroasă și practic ineficace²⁴.

Cu toate acestea, nu putem ignora caracterul provizoriu al situației create prin invocarea ei. În cazul în care este eficace și înfrânge rezistența celuilalt contractant, acesta se va hotărî să execute ceea ce datorează, iar în ipoteza în care neexecutarea este de lungă durată sau rămâne definitivă se va ajunge la rezoluțiunea contractului pentru neexecutare. În concluzie, atunci când prin invocarea excepției nu se ajunge la executarea obligațiilor, ea apare ca o măsură prealabilă rezoluțiunii contractului sau, după caz, a caducității și a suportării riscurilor neexecutării fortuite a acestuia²⁵.

Urmând într-o oarecare măsură exemplul doctrinarilor francezi, ne încumetăm să aducem câteva argumente prin care atribuim excepției de neexecutare a contractului și o funcție dinamică, pentru a demonstra astfel că excepția de neexecutare poate fi procedeul direct al rezoluțiunii unilaterale.

Excepția de neexecutare a contractului poate conduce prin ea însăși la rezoluțiune unilaterală. Ea poate juca un rol important împotriva riscului de neexecutare, ba chiar împotriva unei neexecutări anunțate înainte de termenul scadenței.

Vom începe prin a menționa că există suficient de multe argumente de natură legală, practică și jurisprudențială care militează în favoarea admiterii unei excepții care să permită o rezoluțiune unilaterală a contractului (ce are ca

²¹ A se vedea M.N. Costin, C.M. Costin, *op. cit.*, p. 438.

²² A se vedea R.I. Motica, E. Lupan, *Teoria generală a obligațiilor civile*, Editura Lumina Lex, București, 2005, p. 81.

²³ „L'exception d'inexécution est un moyen d'inciter l'autre à exécuter ses obligations. Il s'agit de faire pression sur son cocontractant en refusant soi-même d'exécuter ses propres obligations tant que l'autre n'aura pas exécuté les siennes” – a se vedea M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, Presses Universitaires de France, 2004, p. 555.

²⁴ A se vedea J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, *Les effets du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, p. 448.

²⁵ În acest sens, L. Pop, *Contractul*, *op. cit.*, p. 721.

efect minimizarea prejudiciului posibil), dar, în același timp, și obstacolele clasice care se opun recunoașterii acestui efect al excepției de neexecutare, care nu fac decât să-i întărească limitele.

Principalul obstacol are legătură cu definiția tradițională a acestei instituții juridice care pare cu adevărat imuabilă: majoritatea autorilor apreciază că excepția de neexecutare nu poate fi decât un mijloc provizoriu exercitat în vederea executării obligației corelative. Această definiție nu-i lipsită însă de vulnerabilități și trebuie să admitem că fizionomia excepției de neexecutare, și implicit definiția sa, evoluează în mod necesar odată cu societatea și nevoile acesteia.

Nu ne propunem prin acest demers (o reapreciere a fundamentului excepției de neexecutare a contractului), să negăm validitatea pe de-a-ntregul a concepției clasice, ci, dimpotrivă, dorim să arătăm că ea se poate metamorfoza.

A afirma că excepția de neexecutare are drept unică finalitate executarea obligației corelative conduce la o limitare a efectelor sale și la oferirea unei viziuni idealiste asupra executării obligațiilor. Ne putem imagina trei ipoteze, frecvent întâlnite în practică, cu care s-ar putea confrunta titularul dreptului de a invoca excepția de neexecutare a contractului: din cauza întârzierilor acumulate, executarea obligației poate deveni imposibilă urmare a incompetenței cocontractantului; tot din cauza întârzierii în executare, este, de asemenea, posibil ca executarea obligației să nu mai prezinte același interes ca la momentul încheierii contractului sau să devină în mod evident improbabilă.

Observăm, așadar, că în aceste ipoteze, pe de o parte, executarea obligației corelative este fie imposibilă, fie lipsită de interes pentru partea contractantă victimă a neexecutării, iar pe de altă parte, discutăm efectele specifice neexecutării contractelor sinalagmatic.

Având drept finalitate inițială să facă respectată ordinea de executare a prestațiilor contractului sau raportului sinalagmatic, care alt mecanism, în afara excepției de neexecutare a contractului, ar putea să justifice mai bine ipotezele rezoluțiunii unilaterale, care reprezintă sancțiunea imediată a nerespectării ordinii de executare? Trebuie să fie un mecanism inerent contractului sinalagmatic.

Avantajul practic este justificat de ușurința punerii în aplicare a mecanismului excepției de neexecutare. Nimic nu poate să-l împiedice pe cocontractantul celui ce invocă excepția, dacă se consideră victimă a unei rezoluțiunii unilaterale nefondate, să sesizeze judecătorul care nu va rata ocazia să-și exercite puterea sa de aplicare a sancțiunii. A recunoaște excepției efectul unei rezoluțiunii unilaterale nu implică așadar o deformare serioasă a noțiunii.

Recunoașterea expresă a unui rol activ excepției, și nu doar un simplu rol pasiv de constrângere în vederea executării raportului, este justificată de interpretarea coroborată a art. 1556 și 1270 C.civ. și de considerații practice, pe care le-au avut în vedere și sistemele de drept străine.

Literatura juridică franceză a demonstrat că, în pofida reticențelor cvasiunanime în ceea ce privește recunoașterea în favoarea excepției a unui rol activ mijloc direct al unei rezoluțiuni unilaterale supusă unui control judiciar *a posteriori* potențial, nu s-a ridicat nicio obiecție împotriva recunoașterii rezoluțiunii unilaterale, ca efect al excepției²⁶.

Apreciem că această nouă fizionomie a excepției de neexecutare a contractului, mijloc de punere în aplicare și de obținere a rezoluțiunii unilaterale, poate să-și găsească fundamentul și în sistemul nostru de drept.

²⁶ A se vedea C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999 p. 104-111.

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND REGLEMENTĂRILE LEGALE REFERITOARE LA VÂNZAREA TERENURILOR AGRICOLE DIN EXTRAVILAN

Certain considerations regarding the legal regulation on sale of agricultural land from unincorporated area

*Cristian JORA**

Rezumat:

Circulația juridică a terenurilor a implicat necesitatea adoptării unui act normativ. Legea nr. 17/2014 privind vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan ridică anumite probleme, cel puțin în privința condițiilor necesare dobândirii dreptului de proprietate funciară și în privința modului de instituire a dreptului de preempțiune.

Cuvinte-cheie : *circulația juridică, terenuri, vânzare, drept de preempțiune*

Abstract:

Legal circulation of land involved the need to adopt a law. Law no. 17/2014 on the sale of agricultural land from unincorporated is problematic, at least as it regards the conditions for acquiring land and property rights in the way of establishing the pre-emption right.

Key words: *legal circulation, lands, sale, pre-emption right*

A fost adoptată 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. În aplicarea acesteia a fost emis Ordinul comun Nr. 719/2014, Nr. 740/2014, Nr. M.57/2014, Nr. 2333/2014 al Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale, al Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, al Ministerului Apărării Naționale și al Ministerului Culturii, privind Normele metodologice pentru aplicarea Titlului I din Legea nr. 17/2014.

Scopurile adoptării acestor acte normative, precizate de către legiuitor chiar în art. 1 al Legii nr. 17/2014, sunt de a asigura securitatea alimentară,

* Prof. univ. dr. , Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” București; cercetător științific asociat Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

protejarea intereselor naționale și exploatarea resurselor naturale, în concordanță cu interesul național, stabilirea unor măsuri privind reglementarea vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și comasarea terenurilor agricole în vederea creșterii dimensiunii fermelor agricole și constituirea exploataților viabile economic, de unde rezultă că una dintre dorințele urmărite de către legiuitor a fost aceea de a permite formarea unor mari suprafețe de teren agricol, cunoscut fiind că o agricultură modernă și eficientă nu se poate face decât pe suprafețe mari și continue de teren agricol.

O primă observație pe care facem are în vedere însuși titlul actului normativ și ne referim la sintagma „vânzarea-cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan”. Noul Cod civil, în Cartea a V-a Despre obligații, Titlul IX Diferite contracte speciale, la Capitolul I reglementează *contractul de vânzare*. Rezultă că voința legiuitorului a fost aceea să denumească astfel acest contract și nu prin denumirea deja consacrată, aceea de contract de vânzare-cumpărare, astfel cum îl denumea Codul civil român de la 1864 și, chiar la art. 1650 din noul Cod civil, definind contractul în cauză, legiuitorul face vorbire despre vânzare. Dacă aceasta a fost voința sa în ce privește denumirea legală a acestui contract, pentru rigoarea limbajului juridic și menținerea unor noțiuni deja consacrate prin noul Cod civil, cea mai amplă și mai importantă legiuire civilă, în opinia noastră, legiuitorul, care a gândit legea cu privire la care ne referim, ar fi trebuit să folosească tot denumirea de „vânzare”. Și în cuprinsul legii menționate, în mai multe texte, legiuitorul face vorbire despre „vânzarea-cumpărarea terenurilor agricole din extravilan”.

Atât din titlul Legii nr. 17/2014, cât și din conținutul art. 2 alin. (1) al acesteia înțelegem că dispozițiile sale se aplică numai în cazul transmisiunii dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole din extravilan, atunci când transmisiunea operează prin acte între vii, anume numai prin contract de vânzare, de unde rezultă că dacă este vorba despre transmisiunea unor terenuri din intravilan, chiar dacă acestea sunt agricole și chiar dacă dreptul de proprietate se transmite prin vânzare, nu sunt aplicabile dispozițiile acestui act normativ și prevederile Legii nr. 17/2014 nu sunt aplicabile nici atunci când se transmite dreptul de proprietate asupra terenurilor agricole din extravilan, dar printr-un alt contract, altul decât contractul de vânzare, cum ar fi, spre exemplu, un contract de schimb sau un contract nenumit.

Mai trebuie reținut și că prevederile Legii nr. 17/2014 nu sunt aplicabile în situația transmisiunilor *mortis causa*, indiferent că ar fi vorba despre moștenire legală ori despre moștenire testamentară. Astfel fiind, transmisiunea pe cale succesorală a terenurilor agricole din extravilan este permisă, nelimitat și fără nicio îngrădire, atât în cazul succesiunii legale, cât și al aceleia testamentare, atunci când operează atât în favoarea persoanelor fizice cetățeni români și a persoanelor juridice de naționalitate română, dar și atunci când operează în

favoarea altor subiecte de drept, altele decât cetățenii români sau persoanele juridice de naționalitate română.

Analizând dispozițiile conținute de art. 2 alin. (2) din actul normativ în discuție înțelegem că prevederile acestuia se aplică, *în primul rând*, persoanelor fizice cetățeni români, cetățeni ai unui stat membru al Uniunii Europene, ai statelor care sunt parte la Acordul privind Spațiul Economic European (ASEE) sau ai Confederației Elvețiene și apatrizilor care au domiciliul în România, într-un stat al Uniunii Europene, într-un stat care este parte la Acordul privind Spațiul Economic European (ASEE) sau în Confederația Elvețiană.

În al doilea rând, dispozițiile Legii nr. 17/2014 sunt aplicabile și persoanelor juridice care au naționalitate română sau care au naționalitatea unui stat membru al Uniunii Europene sau a statelor care sunt parte la Acordul privind Spațiul Economic European (ASEE) ori a Confederației Elvețiene.

În al treilea rând, dispozițiile actului normativ în discuție sunt aplicabile subiectelor de drept menționate, persoane fizice și persoane juridice, în cazul dobândirii dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole, *numai* în condiții de reciprocitate. Aceasta înseamnă că pentru ca subiectele de drept menționate, altele decât cetățenii români și altele decât persoanele juridice de naționalitate română, să poată dobândi dreptul de proprietate prin contract de vânzare asupra terenurilor agricole situate în extravilan în România, trebuie ca și legislația din statul al căror cetățeni sunt ori, după caz, unde apatrizii își au domiciliul sau, în cazul persoanelor juridice, a căror naționalitate o au, stat membru al Uniunii Europene sau stat parte la Acordul privind Spațiul Economic European (ASEE) ori Confederația Elvețiană, să permită cetățenilor români și persoanelor juridice de naționalitate română dobândirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole din extravilan, prin vânzare.

Condiția reciprocității, impusă de art. 2 alin. (2) al Legii nr. 17/2014 este corectă și judicioasă și din punct de vedere juridic nu ridică probleme și teoretic, ar trebui să-i situeze pe cetățenii români și pe persoanele juridice de naționalitate română, pe de o parte, pe o poziție de egalitate juridică cu similarii acestora, pe de altă parte, din state membre ale Uniunii Europene, din state parte la Acordul privind Spațiul Economic European (ASEE) sau din Confederația Elvețiană, însă inegalitatea se va manifesta sub raport economic din două puncte de vedere.

Astfel, *în primul rând*, valoarea de circulație a terenurilor agricole din extravilan din România este mult mai mică comparativ cu aceea a terenurilor similare din statele menționate și, *în al doilea rând*, puterea de cumpărare a celor mai mulți dintre cetățenii români sau a persoanelor juridice de naționalitate română este mult mai mică în raport cu aceea a subiectelor de drept similare din statele Uniunii Europene sau din statele parte la Acordul privind Spațiul Economic European (ASEE) orin din Confederația Elvețiană. Sub acest aspect egalitatea juridică de tratament nu-și găsește echivalentul în

egalitatea economică a subiectelor de drept și, astfel, ceea ce poate face un cetățean al statelor menționate sau o persoană juridică având naționalitatea acestor state, nu pot face un cetățean român sau o persoană juridică de naționalitate română. Se poate observa, deci, că această condiție a reciprocității creează un echilibru fragil între subiectele de drept române și cele străine și, în final, rămâne, în cele mai multe dintre cazuri, o inegalitate vădită între acestea, din punct de vedere economic.

Condiția reciprocității, impusă prin prevederile art. 2 alin. (2) al Legii nr. 17/2014 este judicioasă din punct de vedere juridic, însă legiuitorul nu a avut în vedere și inegalitatea economică dintre subiectele de drept despre care am făcut vorbire, aceasta având drept urmare dezavantajarea persoanelor fizice cetățeni români și a persoanelor juridice de naționalitate română.

În privința cetățenilor unor state terțe, alții decât cetățenii români sau cei ai unor state membre ale Uniunii Europene ori din state parte la Acordul privind Spațiul Economic European (ASEE) sau din Conferența Elvețiană, aceștia nu pot dobândi terenuri agricole în extravilan, în România, prin acte între vii, decât în condițiile reglementate prin tratate internaționale, pe bază de reciprocitate. Regula este valabilă și în cazul apatrizilor cu domiciliul într-un stat terț și în cazul persoanelor juridice având naționalitatea unui stat terț.

Preocupat fiind de importanța specială a terenurilor agricole din extravilan, la art. 3 al Legii nr. 17/2014, legiuitorul a reglementat și necesitatea obținerii unor avize, în cazul înstrăinării unor asemenea terenuri prin vânzare. Astfel, terenurile agricole situate în extravilan pe o adâncime de 30 de km față de frontiera de stat și țărmul Mării Negre, către interior și terenurile situate în extravilan la o distanță de până la 2.400 m față de obiectivele speciale pot fi înstrăinate prin vânzare numai cu avizul specific al Ministerului Apărării Naționale, eliberat în urma consultării cu organele de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale, prin structurile interne specializate, menționate la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 51/1991 privind securitatea națională a României, cu modificările și completările ulterioare, aceste dispoziții, însă, nefiind aplicabile titularilor dreptului de preempțiune, drept reglementat la art. 4-12 din Lege.

Avizele menționate trebuie să fie comunicate în termen de 20 de zile lucrătoare de la înregistrarea cererii de solicitare de către vânzător, conform procedurii privind obținerea avizului specific al Ministerului Apărării Naționale, procedură reglementată prin Normele metodologice de punere în aplicare a Titlului I al Legii nr. 17/2014. În situația în care avizul nu este dat în termenul legal amintit, acesta se consideră ca fiind favorabil.

Tot astfel, terenurile agricole situate în extravilan, în care se află situri arheologice, în care au fost instituite zone cu patrimoniu arheologic reperat sau zone cu potențial arheologic evidențiat întâmplător, pot fi înstrăinate prin vânzare, numai cu avizul specific al Ministerului Culturii, respectiv al serviciilor

publice deconcentrate ale acestuia, după caz, aviz care trebuie emis în termen de 20 de zile lucrătoare de la înregistrarea cererii solicitate de vânzător, în condițiile și cu procedura reglementată prin Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 17/2014, iar în cazul neîndeplinirii acestei obligații, avizul se consideră a fi favorabil.

Din analiza dispozițiilor conținute de art. 3 al Legii se evidențiază interesul sporit al legiuitorului pentru circulația juridică a terenurilor agricole din extravilan care se situează de-a lungul frontierei de stat a României, de-a lungul țărmului Mării Negre, ori pe care sunt amplasate obiective speciale sau situri arheologice, având în vedere că asemenea terenuri sunt nu numai bunuri cu o valoare importantă, ci și aceea că sunt parte a teritoriului național al României. Însă, ceea ce rămâne de neînțeles, cu privire la terenurile agricole din extravilan la care face referire art. 3 al Legii nr. 17/2014, este de ce legiuitorul nu a instituit obligația obținerii avizelor menționate și atunci când înstrăinarea se face și prin alte contracte care sunt translativ de proprietate, rezumându-se numai la transmisiunea care se face prin contract de vânzare.

Interesul exercitării autorității statului sau al conservării unor bunuri și obiective situate pe aceste terenuri ar trebui să existe nu numai cu prilejul înstrăinării prin vânzare a acestora, ci cu prilejul oricărei transmisiuni prin acte între vii a unor asemenea bunuri de importanță fie strategică, fie pentru patrimoniul istoric și arheologic al țării. Din acest motiv apreciem că emiterea unor avize specifice ale instituțiilor pe care legea le menționează ar fi fost util să existe pentru orice transmisiune între vii a unor asemenea terenuri la care face referire art. 3 al Legii, nu numai prin contract de vânzare. Legiuitorul ar fi putut avea în vedere și situațiile în care sunt încheiate acte simulate, care să ascundă realitatea unor contracte de vânzare, pentru a se ocoli dispozițiile legale privind obținerea avizelor specifice. Acesta constituie un argument în plus pentru opinia ce am prezentat, în sensul necesității existenței avizului cerut de lege cu prilejul oricărei transmisiuni *inter vivos* a dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole din extravilan.

Introducerea unor asemenea avize, din rațiunile pe care le-a avut în vedere legiuitorul, ar putea fi reglementate și în cazul înstrăinării unor terenuri situate în intravilan, nu numai atunci când este vorba despre terenuri agricole situate în extravilan. O asemenea reglementare, credem, s-ar înscrie printre limitele și restricțiile aduse dreptului de proprietate privată în interes general.

Fără a putea tăgădui importanța deosebită a reglementării garantării dreptului la moștenire, astfel cum statuează art. 46 din Legea fundamentală, ne punem, totuși, întrebarea dacă și în cazul transmisiunilor *mortis causa* nu ar fi putut fi prevăzută necesitatea obținerii unor avize specifice de către subiectul de drept care are calitatea de moștenitor legal sau testamentar. Nu credem că o asemenea opinie ar putea fi considerată prea îndrăzneată sau ar afecta dispoziția constituțională menționată, atunci când rațiunile pentru care s-ar

introduce un sistem al obținerii unor avize specifice ar avea în vedere securitatea națională ori păstarea și conservarea unor obiective arheologice și istorice de valoare însemnată pentru evoluția poporului român pe teritoriul de astăzi al țării.

Legiutoru a reglementat și posibilitatea exercitării unui drept de preempțiune în cazul înstrăinării prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan, reglementarea găsindu-se la art. 4-12 din Legea nr. 17/2014. Astfel, înstrăinarea prin vânzare, a terenurilor agricole situate în extravilan trebuie să respecte dispozițiile Codului civil și dreptul de preempțiune al coproprietarilor, al arendașilor, al proprietarilor vecini și al statului român, în ordinea astfel stabilită de către legiutor, la preț și în condiții egale. În cazul arendașului care dorește să cumpere terenul agricol din extravilan, acesta o poate face numai dacă are în arendă acel teren ce se dorește a fi vândut, existând un contract de arendă încheiat în mod valabil și înregistrat în condițiile legii, la momentul afișării ofertei de vânzare la sediul primăriei. Neîndeplinirea acestei condiții de către arendaș îl face pe acesta să piardă calitatea de preemptor, calitate conferită de lege.

Legiutorul a prevăzut și că solicitarea și utilizarea certificatului de carte funciară în contractele translativ de proprietate privind bunurile imobile și alte drepturi reale fac dovada bunei-credințe a părților contractante și a profesionistului instrumentator cu privire la calitatea de proprietar a vânzătorului asupra imobilului supus vânzării conform descrierii din cartea funciară.

A fost prevăzută și o excepție de la reglementarea dreptului de preempțiune, anume, înstrăinarea, prin vânzare, a terenurilor agricole situate în extravilan pe care se află situate situri arheologice clasate trebuie să se facă în conformitate cu prevederile Legii nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice, republicată, cu modificările ulterioare.

Vădind o preocupare deosebită pentru respectarea bunei-credințe a părților contractante și a profesionistului instrumentator al actului translativ de proprietate, legiutorul a stabilit că solicitarea și utilizarea certificatului de carte funciară în contractele translativ de proprietate privind bunurile imobile și alte drepturi reale, fac dovada bunei-credințe a acestora în ce privește calitatea de proprietar a vânzătorului cu privire la imobilul ce constituie obiect al contractului de vânzare, conform descrierii din cartea funciară.¹

¹ Noțiunea juridică a bunei-credințe a fost considerată intenția dreaptă diligență, liceitatea și abținerea de la cauzarea unui prejudiciu, acestea constituind forme de manifestare în raporturile juridice, activitatea onestă loială și de totală încredere reciprocă la încheierea și executarea actelor juridice, în general, iar în materie contractuală, în special și credința eronată și scuzabilă protejată de lege, echivalentă, prin aceasta, cu un drept, evidențiindu-se cele două funcții ale conceptului, anume, loialitatea în actele juridice și credința eronată. (M. Uliecu, în Colectiv, M. Uliescu coordonator, *Noul Cod civil. Studii și comentarii. Vol. I. Cartea I și Cartea a II-a (art1-534)*, Universul Juridic, București, 2012, pp. 97-98).

În ce privește procedura de exercitare a dreptului de preempțiune, prin dispozițiile Legii nr. 17/2014 se derogă de la prevederile art. 1730 și urm. din Codul civil în materia dreptului de preempțiune, însă dispozițiile Capitolului III al Legii, denumit *Exercitarea dreptului de preempțiune*, se completează cu prevederile dreptului comun. Astfel, vânzătorul este ținut să înregistreze la primăria din raza unității administrativ-teritoriale unde se găsește terenul, o cerere prin care solicită afișarea ofertei de vânzare a acestuia, însoțind cererea de oferta de vânzare a terenului agricol din extravilan și de documentele doveditoare prevăzute de normele metodologice emise în aplicarea legii, ofertă pe care primăria trebuie să o afișeze timp de 30 de zile, la sediul să și pe pagina sa de internet.

Totodată, primăria are obligația de a transmite un dosar care să cuprindă lista preemptorilor, copiile cererii de afișare, ale ofertei de vânzare și ale documentelor doveditoare, în termen de 3 zile de la data înregistrării, către Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale și structurii teritoriale a acestuia. Primind oferta de vânzare astfel transmisă, acestea au obligația să afișeze pe site-urile proprii oferta de vânzare, timp de 15 zile, iar titularii dreptului de preempțiune trebuie ca, în termenul de 30 de zile cu privire la care am făcut vorbire, să își manifeste intenția de a cumpăra, să comunice acceptarea ofertei vânzătorului și să o înregistreze la sediul primăriei unde aceasta a fost afișată. La rândul său, primăria, în termen de 24 de ore de la înregistrarea acceptării ofertei de vânzare, trebuie să afișeze datele prevăzute în normele metodologice de aplicare a Legii nr. 17/2014 și trebuie să le trimită pentru afișare pe site către Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale sau, după caz, către structura teritorială a acestuia.

Conform prevederilor art. 7 alin. (2) din Legea nr. 17/2014, în cazul în care în termenul legal, mai mulți preemptori de rang diferit își manifestă intenția de a cumpăra, la același preț și în aceleași condiții, vânzătorul este chemat să aleagă dintre aceștia preemptorul potențial cumpărător, comunicând numele acestuia primăriei. Se înțelege că, în alegerea pe care urmează să o facă, vânzătorul trebuie să aleagă titularul dreptului de preempțiune *numai* în ordinea de preferință stabilită de legiuitor la art. 4 alin. (1) al Legii nr. 17/2014, coproprietari, arendași, proprietari vecini, statul român, dreptul de a alege manifestându-se numai în măsura în care sunt preemptori de același rang.

Dacă, în termenul legal, mai mulți preemptori de același rang își manifestă intenția de cumpărare și niciun preemptor de rang superior nu a acceptat oferta, la același preț și în aceleași condiții, vânzătorul este chemat să aleagă pe unul dintre aceștia și să comunice numele acestuia primăriei competente să desfășoare procedura legală.

În condițiile în care un preemptor de rang inferior oferă un preț superior celui din oferta de vânzare sau celui oferit de către ceilalți preemptori de rang superior acestuia care acceptă oferta, vânzătorul poate relua procedura, cu

înregistrarea ofertei de vânzare cu acest preț, cu preemtorii de rang superior. Se poate observa, din reglementarea art. 7 alin. (4) al Legii, că nu există obligația de a relua procedura, ci vânzătorul are numai posibilitatea, dacă dorește, să reia procedura cu preemtorii de rang superior. Asemenea procedură se poate desfășura numai o singură dată.

În condițiile în care niciunul dintre titularii dreptului de preempțiune nu își manifestă intenția de a cumpăra terenul, acesta se poate vinde liber, cu respectarea reglementărilor stabilite de dispozițiile Legii nr. 17/2014 și ale normelor metodologice adoptate pentru aplicarea acesteia, vânzătorul având obligația de a înștiința, în scris, primăria, despre aceasta, deci, fără a modifica prețul precizat în cuprinsul ofertei de vânzare. În măsura în care vânzarea liberă a terenului s-ar face la un preț mai mic decât acela cerut în oferta de vânzare formulată și înaintată primăriei în cadrul procedurii legale menționate sau în condiții mai avantajoase decât cele menționate în ofertă, sancțiunea prevăzută de lege o reprezintă nulitatea absolută.

Rezultă că nu numai micșorarea prețului poate să atragă aplicarea acestei sancțiuni civile, ci și vânzarea în condiții mai avantajoase (cum ar fi, de exemplu, vânzarea în rate sau posibilitatea de a plăti prețul bunului dobândit la o dată ulterioară, după încheierea contractului de vânzare). Din păcate, dispozițiile art. 7 alin (8) al Legii pot fi ocolite cu ușurință pe calea simulației și, aparent, în acest fel, oferta de vânzare nu se modifică, dar se poate evita aplicarea sancțiunii menționate.

Dacă în termenul de 30 de zile, termen stabilit la art. 6 alin. (2) din Legea nr. 17/2014 ori în termenul de 10 zile, stabilit de art 7 alin. (5) al legii, vânzătorul modifică oferta de vânzare, trebuie reluată procedura de înregistrare a cererii de ofertă.

Se poate observa că procedura legală este greoaie și complicată, dar, în același timp, vulnerabilă și în ciuda reglementării sale amănunțite, există posibilitatea de a folosi dispozițiile legale reglementate de Codul civil la art. 1289-1294, în materia simulației.

Pentru încheierea contractului de vânzare având ca obiect terenuri agricole din extravilan în formă autentică *ad validitatem* de către notarul public sau pentru ca instanța judecătorească să poată pronunța o hotărâre care să țină loc de contract de vânzare este necesar avizul final, urmare îndeplinirii procedurii de exercitare a dreptului de preempțiune și acesta se emite de structurile teritoriale ale Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale, pentru terenurile cu suprafața de până la 30 hectare inclusiv, iar dacă suprafața ce se dorește a fi vândută depășește această limită, avizul se emite de Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale.

Atunci când niciun preemtor nu își manifestă intenția de a cumpăra terenul agricol din extravilan, care se dorește a fi vândut, acesta se vinde liber, oricărei alte persoane din afara cercului acelora desemnate de lege ca titulare

ale dreptului de preempțiune, fără a mai fi necesară emiterea avizului menționat, contractul de vânzare încheindu-se pe baza unei adeverințe eliberate de primărie.

Legea instituie interdicția înstrăinării terenurilor agricole din extravilan fără respectarea dreptului de preempțiune sau în lipsa avizelor reglementate la art. 3 și la art. 9 din Legea nr. 17/2014 și dacă, totuși, sunt încheiate asemenea acte translativ de proprietate, sancțiunea aplicabilă este nulitatea absolută.

Ca o concluzie cu privire la cele menționate se evidențiază intenția, în principiu, bună a legiuitorului de a efectua un control al modului de dobândire a dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole din extravilan, însă controlul se limitează numai la transmisiunea dreptului de proprietate prin contract de vânzare și are în vedere (de ce oare ?) numai terenurile agricole din extravilan.

Nici instituirea necesității obținerii avizelor despre care am făcut vorbire și nici a dreptului de preempțiune nu poate obstacula folosirea, destul de ușoară, a simulației, pentru a ocoli dispozițiile restrictive ale legii.

Mai trebuie precizat și că legea este adoptată mult prea târziu, aceasta fiind necesară și nu în această formă, imediat după anul 1989 și aceasta nu a rezolvat nici problema dobândirii dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole din extravilan sau din intravilan atunci când dobânditorul este o persoană juridică română, dar fondatorii, asociații, acționarii nu sunt cetățeni români sau sunt parte cetățeni români și parte cetățeni ai altui stat.

VÂNZAREA COMERCIAL REZONABILĂ – SIMPLIFICARE SAU UNIFORMIZARE

*Dragoș DAGHIE**

Abstract:

In its contents, the Civil Code refers to the adjective "reasonable" countless times, that can even lead to the idea of obsession or guiding principle, with particular reference to how to achieve the interests of individuals. Reasonable commercial sale is a relative novelty in our legal system, being found in the Civil Code, Book V, Title X, Chapter IV, Article 2446, in the execution of mortgage securities. Its positioning in the chapter dealing with the mortgage, as real collateral for the obligation, considers the mortgage execution, in which case the debtor has limited means at hand to intervene in this case of the recovery of the mortgage by selling the affected property.

Reasonable commercial sale occurs as a catalyst and as a safeguard for the debtor that is subject to enforcement action by the creditor, outside conventional means of enforcement measures, measures which consider avoiding abuses from the holder of a dominant position, abuses which can echo in damages to the debtor's assets or defraud of his interests.

In this context, and by establishing these additional requirements put in the duty of the creditor, we can ask ourselves whether we are still in the presence of simplifying the possibility of the creditor to recover his debt or the legislature has provided means of protection for those who already have a moral precedent if we relate to breach of obligations.

Keywords: *commercial sale, reasonable, enforcement, mortgage*

Codul civil face referiri în conținutul său la adjectivul rezonabil de nenumărate ori ceea ce poate conduce chiar la ideea de obsesie sau principiu diriguitor, cu referiri particulare la modalitățile de realizare a intereselor indivizilor. Dacă plecăm de la semnificația literară a termenului de rezonabil, atunci vom înțelege rațiune, cumpătate, între limitele normale, obișnuit, comun, fără exagerare, dar numai atunci când se face o referire la oameni. Însă, Dicționarul explicativ al Limbii române prevede și un alt sens al acestui termen atunci când se face vorbire despre prețuri. În această ipoteză, prin rezonabil înțelegem o corespondență ce trebuie să existe între suma cheltuită și valoare lucrului, bunului cumpărat. Așadar, o persoană cumpătată, echilibrată, în momentul în care ia decizia de a realiza o investiție, va calcula dacă suma cerută reprezintă valoarea reală a bunului ce urmează a fi achiziționat. Firește, dacă

* Lect. univ. dr., F.S.J.S.P., Universitatea „Dunărea de Jos” din Galați.

prețul cerut depășește cu mult ceea ce reprezintă bunul, opțiunea firească este de a abandona operațiunea. Nu aceeași situație o întâlnim în cazul vânzărilor forțate de bunuri, caz în care, de cele mai multe ori, există tendința de a micșora valoarea cerută pentru marfa vândută pentru a reuși o valorificare mai rapidă.

Vânzarea comercial rezonabilă reprezintă o relativă noutate în peisajul sistemului nostru de drept, ea fiind situată, ca și sediu al materiei, în Codul civil, cartea a V-a, titlul X, capitolul IV, art. 2446, în domeniul executării ipotecii mobiliare. Poziționarea acesteia în capitolul care tratează ipoteca, ca o garanție reală a obligației, are în vedere ipoteza executării ipotecii, caz în care debitorul are la îndemână mijloace limitate pentru a interveni în această procedură a valorificării ipotecii prin vânzarea bunului afectat.

Dacă ar fi să analizăm retrospectiv legislația anterioară, respectiv materia garanțiilor reale, vom observa că se făceau referiri și în această reglementare cu privire la rezonabilitatea vânzării. Astfel, art. 69 din Legea nr. 99/1999, Titlul VI, prevedea posibilitatea ca părțile să se înțeleagă în cadrul contractului de garanție asupra modalității prin care se va proceda la vânzarea bunului grevat dacă debitorul nu își va executa obligația garantată. În măsura în care părțile nu prevedeau un astfel de acord în cuprinsul contractului, creditorul putea purcede la vânzarea bunului însă această vânzare trebuia efectuată într-o manieră comercială rezonabilă prin care se putea obține cel mai bun preț posibil.

În reglementarea anterioară a garanțiilor, se prevedea și că metoda, maniera locul și momentul vânzării trebuiau să urmeze anumite practici comerciale adecvate pe care în mod curent le foloseau persoane care vindeau bunuri similare pe piața respectivă¹.

Mai conținea Legea nr. 99/1999 și anumite exemple de reguli comerciale pe care le aprecia ca fiind adecvate, enumerând exemplificativ activități precum: vânzarea directă către un terț, vânzarea prin licitație făcută publică în ziar, vânzarea pe piețe publice sau prin orice alt mod de vânzare rezonabil comercial pentru tipul de bunuri supuse vânzării. Dintre diferitele metode de vânzare rezonabile comercial creditorul o va alege pe aceea care să asigure obținerea celui mai bun preț.

În ceea ce privește reglementarea actuală, textul art. 2445 C.civ. dă posibilitatea creditorului, cu acordul instanței judecătorești, să vândă bunul ipotecat dar numai după luarea unor măsuri comercial rezonabile² pentru

* Lect.univ.dr., Universitatea „Dunărea de Jos” Galați, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Departamentul de Științe Juridice, dragos.daghie@ugal.ro.

¹ Pentru detalii a se vedea R. Rizoiu, *Garanțiile reale mobiliare. O abordare funcțională*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pag. 626 și urm.

² Apare ca inexplicabilă folosirea de către legiuitor a termenului de comercial și insistența utilizării lui în acest capitol al vânzării bunului ipotecat, de vreme ce, de la apariția noii reglementări sau depus eforturi titanice de a se încerca eliminarea Dreptului comercial din sfera ramurilor sistemului nostru de drept prin modificări ample și prin eliminări a acestui termen din conținutul altor reglementări – a se vedea spre exemplu art. 8 din Legea nr. 71/2011 și art. 77 și

valorificarea lor. Textul alin. (3) din art. 2445 C.civ. prezintă exemplificativ care sunt modalități rezonabile de vânzare a bunurilor ipotecate, precum: vânzarea prin licitație publică, negocierea directă³, vânzare în bloc sau separată. De asemenea, se arată că această valorificare a bunurilor ipotecate trebuie să se realizeze prin metode comercial rezonabile în ceea ce privește metoda, momentul, locul, condițiile și toate celelalte aspecte ale acesteia.

Ulterior, prin art. 2446 C.civ., se arată că vom fi în prezența unei vânzări comercial rezonabile numai dacă sunt îndeplinite anumite condiții: vânzarea să aibă loc în condiții similare cu vânzări ale unor bunuri de același fel pe o piață organizată; prețul perceput să fie cel stabilit pe o piață organizată și valabil la momentul vânzării; să se respecte practicile comerciale ale celor care vând în mod obișnuit bunuri de același gen; să fie respectate regulile stabilite de părți în contractul de ipotecă dacă nu există piețe organizate pentru bunul ipotecat sau dacă nu există practici comerciale standardizate.

Trebuie observat că regulile stabilite în Codul civil cu privire la vânzarea comercial rezonabilă a bunurilor grevate de ipotecă au un caracter accesoriu, adică se vor aplica numai în măsura în care părțile nu au prevăzut în contractul de ipoteca alte dispoziții care să reglementeze desfășurarea vânzării acestor bunuri⁴. Dacă în contractul de ipotecă s-au menționat anumite reguli și condiții pe care trebuie să le respecte creditorul atunci când trece la valorificarea garanției obligației neexecutate de debitor, atunci acestea se vor aplica cu prioritate față de dreptul comun, caracter ce rezultă din dispozițiile art. 2445 alin. (4) și art. 2446 alin. (1) lit. d) C.civ.

Din ce se poate observa, atât reglementarea anterioară cât și Codul civil își concentrează atenția asupra prețului pe care îl va obține creditorul în urma vânzării bunului ipotecat, suma de bani rezultată ca efect al valorificării ipotecii fiind barometrul rezonabilității porcedurii⁵. Din această perspectivă, putem

79 din Legea nr. 76/2012. Se pare însă că aceste încercări nu pot fi duse la bun sfârșit câtă vreme relațiile sociale de natura comerțului insistă să existe și, prin urmare, justifică și explică și existența ramurii de Drept comercial.

³ Există serioase îndoieli că negocierea directă poate reprezenta o vânzare comercial rezonabilă. Pentru o opinie asemănătoare, a se vedea E. Oprina în *Noul cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, vol. III, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 861.

⁴ Pentru aceeași soluție, a se vedea G. Boroi, A. Ilie, *Comentariile Codului civil. Garanțiile personale. Privilegiile și garanțiile reale*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 377.

⁵ Pentru o opinie potrivit căreia cerința rezonabilității comerciale nu privește și rezultatul valorificării adică prețul obținut, a se vedea E. Oprina, op. cit., pag. 861. Această opinie este criticabilă, deoarece rezultatul acțiunilor creditorului, ceea ce a obținut efectiv în urma vânzării, este reprezentativ pentru rezonabilitatea măsurilor pe care le-a întreprins. Dacă prețul obținut în urma desfășurării procedurilor de vânzare este unul derizoriu, cu siguranță se vor ridica semne de întrebare îndreptățite cu privire la mijloacele folosite și buna-credință a acestuia. Legiuitorul a instituit mai multe condiții și cerințe prin intermediul cărora să se poată valorifica bunurile obiect al garanției executării obligației la un preț care să reprezinte și valoarea bunului. Valorificarea nu trebuie să se realizeze în fraudă intereselor debitorului și cu prejudicierea patrimoniului acestuia,

vorbi de o apropiere de contractul de vânzare în cadrul căruia nu s-a menționat și prețul, element, de altfel, important și esențial al convenției.

În reglementarea anterioară⁶ ce se aplica vânzărilor comerciale, contractul era considerat valabil, chiar dacă părțile nu prevedeau prețul vânzării, apreciindu-se, în temeiul art. 60 și 61 C.com, că părțile fie puteau determina ulterior modalitatea de stabilire a prețului (caz în care ne aflăm în situația unui preț determinabil) sau se putea aprecia că părțile s-au referit la adevăratul preț. Potrivit art. 40 C.com., când se vorbea despre adevăratul preț, legea obliga a se avea în vedere anumite elemente de referință, criterii obiective, precum listele burselor, mercurialele locului unde contractul a fost încheiat sau, în lipsa acestora, după mercurialele locului celui mai apropiat. În lipsa unor astfel de elemente obiective de determinare a prețului, legea lăsa liberă determinarea valorii bunului potrivit oricăror mijloace de probă, în temeiul art. 46 C.com.

În configurația actuală a Codului civil, potrivit art. 1661, vânzarea este valabilă chiar dacă părțile nu au prevăzut în contract prețul însă au convenit asupra unei modalități prin care prețul poate fi determinat ulterior⁷. Acest acord privind determinarea prețului ulterior nu trebuie să intervină după momentul la care prețul trebuie achitat și, de asemenea, nu trebuie să se solicite o nouă manifestare de voință a părților.

Părțile mai pot decide ca prețul vânzării să fie determinat de un terț, fiind necesar acordul ambelor părți pentru desemnarea acestei persoane.

Art. 1664 C.civ. arată că în măsura în care prețul nu a fost suficient de determinat de părți în contract, acesta va putea fi stabilit potrivit împrejurărilor. Prin împrejurări legiuitorul a înțeles prețul practicat în mod obișnuit de vânzător dacă obiectul contractului este un bun pe care vânzătorul îl vinde mod obișnuit. De asemenea, dacă anumite bunuri au o cotație stabilită pe piețe organizate se prezumă că părțile au dorit să se refere la prețul mediu stabilit pe piața respectivă pentru ziua în care a fost încheiat contractul.

Din analiza modalității prin care se stabilește prețul în cazul celor două vânzări (una amiabilă și celalaltă forțată) rezultă că a existat și există o preocupare intensă a legiuitorului asupra modalităților prin care se poate determina prețul astfel încât echilibrul contractual să fie respectat în materia contractului de vânzare și legalitatea și proporționalitatea să se respecte în executarea garanției obligației debitorului. Însă legiuitorul a omis să impună și

or, prețul reprezintă un element de referință față de care se poate trage concluzia respectării manierelor comerciale rezonabile sau nu.

⁶ A se vedea St.D. Cărpănuș, *Tratat de Drept comercial român*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pag. 523 și urm.

⁷ A se vedea și O. Puie, *Contractele civile în contextul noului Cod civil și al noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pag. 42 și urm.; D.C. Florescu, *Contracte civile în noul Cod civil*, ed. a IV-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pag. 42 și urm.; F. Moțu, *Contracte speciale*, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pag. 49 și urm.; I. Turcu, *Vânzarea în noul Cod civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pag. 666 și urm.

un alt principiu în materia vânzărilor forțate, principiu precum maximizarea prețului obținut.

Nu trebuie ignorat faptul că executarea ipotecii prin vânzarea bunului grevat nu reprezintă altceva decât o sancțiune pentru debitor iar pentru creditor un efort în plus în drumul către recuperarea creanței sale. Astfel, raporturile juridice în acest plan sunt diferite față de cele din materia vânzării, părțile având drepturi și obligații specifice.

Așadar, această valorificare a bunului ipotecat reprezintă o veritabilă executare silită pe care o realizează creditorul asupra debitorului care se desfășoară însă în afara cadrului legal procesual civil, prin intermediul executorului judecătoresc, ceea ce a determinat intervenția legiuitorului prin instituirea obligației în sarcina creditorului de a respecta practici comercial rezonabile. Aceste sarcini puse în plus printre îndatoririle creditorului are ca scop evitarea unor abuzuri ale acestuia care se pot concretiza în vânzarea bunurilor la valori derizorii, în dezavantajul debitorului și cu prejudicierea intereselor sale.

În doctrină s-a opinat că această condiție a respectării unor practici comercial rezonabile reprezintă o cerință distinctă față de buna-credință⁸, o altă opinie susținând că buna-credință este inclusă în manierele comercial rezonabile⁹. Se mai apreciază, în același cadru, că maniera comercial rezonabilă și buna-credință reprezintă în definitiv standarde cu ajutorul cărora se va aprecia conduita părților în executarea contractului¹⁰. Această din urmă concluzie pare a fi diferită față de cele două anterior menționate însă poate suporta anumite critici, după cum urmează. Pe de o parte, dezideratele pe care le impune legiuitorul în materia vânzării bunului grevat de ipotecă prin necesitatea respectării unor maniere comercial rezonabile se aplică numai creditorului deoarece el acționează și inițiază vânzarea obiectului garanției, debitorul neavând în această etapă niciun rol semnificativ. Pe de altă parte apreciez ca fiind nepotrivită calificarea unor cerințe ale legii ca fiind standarde,

⁸ L. Mocanu, *Garanțiile reale mobiliare*, Ed. All Beck, București, 2004, pag. 148.

⁹ R. Rizoiu, op. cit., pag. 631.

¹⁰ B. Vișinoiu în F. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pag. 2438. Autorul ajunge la concluzia potrivit căreia buna-credință este inclusă în noțiunea de maniere comercial rezonabile relația fiind ca de la parte la întreg. Apreciez că nu putem vorbi de o suprapunere între cele două instituții, chiar parțială, cu atât mai mult cu cât nu se poate afirma că buna-credință reprezintă partea iar manierele comercial rezonabile reprezintă întregul. Dimpotrivă, aria de aplicabilitate și de răspândire a bunei-credințe este mult mai largă decât cea a practicilor comercial rezonabile pe care le întâlnim numai în această sferă a executării ipotecii mobiliare, ceea ce i-ar conferi bunei-credințe statutul de dominantă. Cu toate acestea, cele două noțiuni au independență, cu precizarea că buna-credință este o trăsătură, o condiție ce caracterizează modul în care trebuie acționat în sfera raporturilor juridice și nu se poate confunda cu manierele comercial rezonabile sau să fie absorbită ca parte integrantă a acestora.

de vreme ce încălcarea sau nerespectarea acestor condiții pot atrage sancțiuni în sarcina persoanei ce se face vinovată.

Față de aceste puncte de vedere, apreciez că manierele comercial rezonabile reprezintă o concretizare a bunei-credințe, un mijloc de realizare a acesteia, cu particularitățile pe care le presupune acest domeniu, deși acestea pot fi apreciate ca fiind și condiții distincte față de buna-credință. Operațiunile pe care le va desfășura creditorul pentru îndeplinirea creanței sale trebuie să fie caracterizate de bună credință, buna-credință reprezentând, potrivit art. 14 C.civ., exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor în acord cu ordinea publică și bunele moravuri.

Revenind la problema măsurii executării obligației de către creditorul ipotecar, trebuie menționat că acesta suferă o întârziere și o complicație a posibilităților sale de a-și recupera ceea ce debitorul a eșuat să execute, deși întinderea și termenul îi erau cunoscute. Este adevărat că există, așa cum am arătat, o posibilitatea reală de a se abuza de această poziție dominantă pe care o are creditorul, care înfăptuiește o „executare silită privată”, „evitând” cadrul procesual legal, însă prin aceste adăugiri și completări ale obligațiilor celui care nu a greșit, textul Codului civil nu își mai îndeplinește scopul de a simplifica raporturile juridice.

Simplificarea trebuie să se răsfrângă și asupra părții „mai întunecate și neplăcute” a raporturilor juridice – neexecutarea obligațiilor și executarea debitorului – întrucât egalitatea părților trebuie să fie prezentă peste tot câmpul raporturilor juridice. Vorbim de a se restabili egalitatea deoarece debitorul și-a creat un avantaj printr-o neexecutare cauzându-i probleme și inconveniente creditorului care suferă astfel o degradare de pe scara egalității și trebuie să depună eforturi pentru a reveni în poziție de echivalență cu debitorul său.

Așadar, de un tratament echitabil și de o egalitate a armelor trebuie să se bucure ambele părți, în aceeași măsură, nefiind just a se institui proceduri și cerințe suplimentare numai pentru una dintre părți întrucât aceasta ar conduce la defavorizarea unei dintre părți cu consecința firească a favorizării celeilalte. Creditorul a suferit o prejudiciere din partea debitorului care nu și-a executat obligația iar timpul în care creditorul va beneficia de o compensare și de o restituire a prestației la care este îndreptățit apare ca fiind esențial.

Referitor la posibilitatea părților de a cuprinde în contractul de ipotecă a unor reguli potrivit cărora se va realiza vânzare bunului grevat, trebuie menționat că legea instituie o prezumție că respectându-se aceste reguli, implicit va fi respectată și cerința folosirii unor practici comercial rezonabile. Această prezumție este instituită deoarece legiuitorul a lăsat la aprecierea părților să decidă modalitățile prin intermediul cărora executarea se poate realiza fără a exista posibilitatea unor abuzuri din partea creditorului, în principal, iar acestea fiind convenite, vor exprima voința contractanților.

Cele patru modalități prevăzute de lege prin intermediul cărora se poate realiza dezideratul respectării manierelor comercial rezonabile sunt, potrivit unei opinii, obligații de mijloace pentru creditor și nu de rezultat¹¹.

Astfel, în cazul în care ar exista o piață organizată unde se tranzacționează de obicei bunuri de genul celui sau celor care fac obiectul garanției, prețul vânzării trebuie să fie în apropierea celui astfel stabilit prin acest reper obiectiv. Se presupune de legiuitor că, de vreme ce pe această piață se tranzacționează în mod curent bunuri de genul celor ipotecate, acesta este prețul care reprezintă valoarea de piață și există posibilități ridicate ca bunul să fie atractiv și să fie valorificat ușor. Nu se impune ca bunul să fie vândut prin intermediul acestei piețe organizate ci numai să fie avut în vedere prețul de referință stabilit prin aceasta.

O altă condiție pe care o impune legea pentru a considera vânzarea ca fiind realizată într-o manieră comercial rezonabilă o reprezintă respectarea procedurilor de vânzare care se folosesc în mod obișnuit pe o piață organizată pentru vânzarea unor bunuri de genul celor valorificate de creditor ca urmare a executării garanției. Astfel, spre exemplu, dacă în mod obișnuit astfel de bunuri se vând pe piața organizată en gros sau en detail, creditorul va trebui să respecte aceste tehnici de vânzare care, în principiu, vor asigura obținerea unui preț care să reflecte valoarea bunului debitorului executat.

Primele două condiții pe care le reglementează legea în art. 2446 alin. (1) lit. a) și b) au în vedere existența unei piețe organizate, ceea ce ne ridică întrebarea referitor la modalitatea de valorificare a bunului în măsura în care nu există o piață organizată pentru aceste categorii de bunuri. Pentru o astfel de ipoteză, Codul civil prevede în art. 2446 alin. (1) lit. c) că se vor avea în vedere practicile comerciale rezonabile pe care le folosesc cei ce vând în mod obișnuit astfel de bunuri precum cele executate de creditor, rămânând în sarcina creditorului să cerceteze aceste aspecte.

Cea de-a patra modalitate, care de fapt este o cvasi condiție impusă de lege, o reprezintă posibilitatea ca părțile să prevadă în contractul de garanție ipotecară mijloacele prin care se vor valorifica bunurile obiect al garanției, caz în care, respectate fiind cele convenite de părți în contract, se prezumă că sunt respectate și cerințele utilizării de maniere comercial rezonabile.

În cele din urmă, textul art. 2446 C.civ. vine cu o „clauză de nerăspundere”, în sensul în care precizează că dacă s-au folosit modalitățile enumerate la alin. (1) însă prețul obținut este mai mic decât s-ar fi putut obține dacă valorificarea ar fi avut loc într-un alt moment sau printr-o altă metodă decât cele alese de creditor, vânzarea va fi considerată în continuare comercial rezonabilă. Se arată în doctrină¹² că astfel se instituie o prezumție simplă în beneficiul creditorului

¹¹ B. Vișinoiu, op. cit., pag. 2440.

¹² B. Vișinoiu, op. cit., pag. 2441, R. Rizoiu, op. cit., pag. 632. Se arată că explicația ar consta în lipsa precizării de către legiuitor că se aplică principiul maximizării prețului obținut prin valorificarea bunului.

care deși a respectat una sau mai multe mijloace dintre cele menționate de lege nu a reușit să obțină cel mai bun preț de valorificare a bunului.

Acest text final al art. 2446 C.civ. nu face altceva decât să vină într-o contradicție cu art. 2445 alin. (5) C.civ. care arată că rezonabilitatea procedurilor folosite pentru valorificarea bunului vor avea în vedere, printre altele, și metoda folosită dar și momentul ales de creditor. Așadar, pe de o parte se instituie obligația față de creditor să aleagă o metodă corespunzătoare pentru valorificarea bunului dar și un moment ideal însă textul legii spune ulterior că în măsura în care nu s-a ales metoda cea mai bună și momentul oportun înstrăinării, creditorul nu va putea fi ținut răspunzător pentru un preț obținut care este semnificativ mai mic decât valoarea bunului.

Trebuie să concluzionăm arătând că deși noua reglementare încearcă o uniformizare a practicilor de valorificare a bunurilor ce fac obiectul unor garanții, ipoteca mobilă în cazul de față, contextul și conținutul textelor sunt cel puțin abstracte aflându-se deseori în deplină contradicție unele cu celelalte.

De asemenea, deși menirea noii reglementări a fost aceea de a simplifica și ușura sarcina excesivă a reglementării noastre, să ridice povara plumbului legislativ de pe umerii destinatarilor, în cazul de față nu îndeplinește acest deziderat mai ales pentru că se așează în sarcina creditorului nenumărate obligații suplimentare, creditor care este deja afectat de o neexecutare, de cele mai multe ori culpabilă a debitorului, și, în loc să beneficieze de o reducere a procedurilor și a regulilor pe care trebuie să le urmeze pentru a primi satisfacție, îi sunt opuse acestuia alte îndatoriri, debitorul fiind ținut la adăpostul acestora.

După cum se poate observa din analiza reglementărilor anterioare atât în materie de garanții reale mobiliare cât și reglementările referitoare la vânzările comerciale, a existat dintotdeauna o tendință a legiuitorului de uniformizare în ceea ce privește prețul, ceea ce nu face decât să sublinieze o anumită consecvență în decursul istoriei actelor normative dar și ideea de protecție și de egalitate juridică.

Opinez că uniformizarea modalității de valorificare a bunurilor grevate de garanțiile ipotecare a fost, într-o oarecare măsură atinsă, însă cu privire la simplificare, deși procedura de valorificare nu mai este una legală (prin intermediul executorului judecătoresc și urmărind procedura de executare silită din Codul de procedură civilă), totuși obligațiile ce îi revin creditorului sunt excesive (să caute o piață organizată unde se vând bunuri de același gen, să afle ce reguli sunt aplicabile în acea piață și care sunt prețurile la care sunt vândute bunuri de același gen; dacă demersul privind găsirea unei piețe organizate este sortit eșecului, să analizeze practicile unor persoane care vând în mod curent astfel de bunuri și la ce prețuri etc.).

FORME SIMPLIFICATE DE CONTRACT. LIBERTATEA CONTRACTUALĂ ȘI LIMITELE EI

Lucia UȚĂ*

Abstract:

As we showed in the statement of reasons, the new Civil Code should be a mirror of the social system, a legal instrument suitable to respond to specific needs and also to meet the dynamics of social.

Its regulations, in accordance with the new economic and social realities, confirm the law principles stated, and the declared target is to ensure the efficient juridical instruments for protecting the moral, social, cultural and economic values asserted in context of profound transformations of Romanian society, marked by transition to the market economy and of integration in the European Union.

The contract is not only a juridical mean used to complete the economic purposes of the parties, but it is the main instrument ensuring the circulation of values. Therefore, an evaluation from the dynamic perspective of the conception about contract foundations allows conclusions on effects on the social life and on economic activities in the contemporaneous society produced by the understanding of contractual freedoms.

Keywords: *contractual freedom, autonomy of will, public order in private law, contracts between professionals and consumers, abusive clause, adhesion contract*

Principiul autonomiei de voință, suportul fundamental al teoriei clasice a obligațiilor, exprimă ideea potrivit căreia drepturile și obligațiile născute din contract reprezintă exclusiv rezultatul voinței părților, care este sursa și măsura acestora¹. Esența contractului este acordul de voințe, apt să creeze prin el însuși contractul și efectele lui².

Autonomia de voință presupune că atât încheierea actelor juridice, cât și forța obligatorie a acestora depind exclusiv de voința părților, iar nu de lege³.

* Doctor, cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; email: luciauta@yahoo.com.

¹ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations. L'acte juridique*, Ed. Dalloy, Armand Colin, Paris, 2004, p. 67; L. Uță, *Încetarea contractului*, în M. Uliescu (coord.), *Noul Cod civil. Studii și comentarii. Volumul III. Cartea a V-a, Despre obligații (art. 1164-1649)*, op. cit., p. 304-305.

² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 243.

³ L. Stănculescu, V. Nemeș, *Dreptul contractelor civile și comerciale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 7; S. Popa, *Autonomia de voință – fundament sau sinonim al libertății contractuale?*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 31.

Astfel, principiul își găsește expresia nu doar în *libertatea contractuală*⁴, ci și în *forța obligatorie a contractului* (pentru școala liberală, voința individuală este sursa esențială a obligațiilor⁵) și *relativitatea efectelor contractului*.

Părțile sunt libere să contracteze sau să nu contracteze, să-și aleagă cocontractantul și să determine conținutul clauzelor contractuale, așa încât, odată ce și-au exprimat voința și contractul este valabil încheiat, obligațiile contractuale trebuie executate de părți în condițiile pe care le-au stabilit, întrucât contractul li se impune cu aceeași forță obligatorie ca și legea⁶.

Dintr-o asemenea înțelegere a fundamentului contractului au fost desprinse următoarele consecințe: i) contractul este considerat principal izvor al obligațiilor; ii) majoritatea normelor referitoare la contracte sunt dispozitive sau supletive și numai în mod excepțional imperative; iii) contractul se încheie prin simplul acord de voințe, fără a fi necesară, în principiu, respectare unei anumite forme⁷.

În sensul său inițial, teoria a fost criticată tocmai pentru ignorarea rolului pe care legea îl are în existența raporturilor juridice dintre părți, așa încât, de-a lungul timpului, principiul a fost reconsiderat, acceptându-se că voința părților, deși are un rol esențial în formarea contractului, nu este nelimitată, ci trebuie *corelată cu respectul datorat legii*⁸.

Este unanim acceptat că acțiunea indivizilor în societate nu se poate desfășura haotic, ci trebuie ordonată, organizată, dezideratul ordinii sociale urmând a se realiza prin respectarea, spre binele comun, a normelor de drept.

Privită din punct de vedere juridic, *libertatea* se prezintă în mod necesar ca libertate-relație, accepțiune ce reflectă nu numai importanța afirmării individului ca subiect de drept, ci și semnificația contextului în care el se manifestă, a raporturilor juridice pe care le stabilește⁹.

Indivizii, destinatari ai normei juridice devin subiecte de drept, care participă la raporturile juridice, în calitate de purtători de drepturi și obligații. Termenul de *persoană*, care în mod obișnuit desemnează individul, ființa umană ca unitate indisolubilă în totalitatea structurilor sale, are nu numai o accepțiune

⁴ A. Ionașcu, *Voința juridică*, Ed. Academiei, București, 1974, p. 49.

⁵ Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les Obligations*, Sirey, Paris, 2012, p. 389.

⁶ Fr. Terré, Ph. Simper, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 7^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 402. U. Ernst, *Libertatea contractuală în jurisprudența curților constituționale ale Germaniei, Poloniei și României*, în I. Sferdian, F. Mangu (coord.), *Libertatea contractuală. Limite legale și garanții procesuale*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 19.

⁷ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 58.

⁸ L. Stănculescu, V. Nemeș, *op. cit.*, p. 7.

⁹ D. C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice, Vol. I, Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 538-539.

sociologică, în care omul este pus în relație cu societatea, ci și una juridică, în care omul apare ca subiect de drepturi și obligații¹⁰.

Libertatea contractuală se exercită numai în *limitele stabilite de lege*, iar forța obligatorie a contractului există numai pentru că o prevede norma legală. Efectul relativ, s-a mai observat, nu este în totalitate relativ, pentru că un contract este și o realitate socială care pătrunde în viața colectivității¹¹.

Evoluția societății, dezvoltarea economică și aspectul tot mai dinamic al circuitului civil au impus adaptarea contractului la noile realități economico-sociale, tendința fiind, pe de o parte, în sensul intervenției mai accentuate a statului în contract și lărgirii sferei noțiunii de ordine publică, iar pe de altă parte, în sensul restrângerii forței obligatorii a contractului, prin admiterea neexecutării ori a modificării acestei executări altfel decât prin liberul acord de voințe al părților. Pe fondul declinului teoriei autonomiei de voință și accentuării tendințelor dirijiste la nivel contractual¹², concepțiile pozitivistă câștigă teren, accentul părănd a se deplasa de la formarea contractului către executarea acestuia. În acest context, se remarcă „declinul autonomiei de voință”, „reculul voluntarismului”, care nu mai poate explica pe deplin aspectele moderne ale contractului¹³.

Chiar dacă *libertatea contractuală* a fost și rămâne o *premisă în dreptul privat*¹⁴, ea este țărmurită de *ordinea publică* și de *bunele moravuri*¹⁵. Numai

¹⁰ V. Hanga, *Principiile dreptului privat roman*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1989, p. 49.

¹¹ I. Turcu, *Noul Cod civil. Legea nr. 287/2009. Cartea V. Despre obligații. Art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 17.

¹² S. Popa, *Limitele libertății contractuale în raporturile juridice de familie*, În RRDJ nr. 2/2014, p. 185-188.

¹³ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 224, 243.

¹⁴ U. Ernst, *op. cit.*, p. 19. „Declinul voinței autonome începe încă de la formularea principiului *pacta sunt servanda*, când Portalis avea să sublinieze că libertatea de voință nu poate fi nelimitată și că ea trebuie supusă ordinii publice și bunelor moravuri” (S. Neculaescu, *Contractul. Dispoziții generale*, în M. Uliescu (coord.), *op. cit.*, Vol. III, p. 37-38).

¹⁵ „Drepturile și obligațiile corelative în privința cărora părțile au convenit la data realizării acordului de voințe își păstrează întinderea, durata și modalitățile de exercitare, respectiv de executare, cu privire la care părțile au convenit încă de la data încheierii actului juridic, cadrul contractual fiind guvernat de regula *tempus regit actum*. De aceea, art. 102 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 prevede: "(1) Contractul este supus dispozițiilor legii în vigoare la data când a fost încheiat în tot ceea ce privește încheierea, interpretarea, efectele, executarea și încetarea sa."

Pe de altă parte, autonomia de voință a părților contractante este limitată chiar de cadrul legal existent la data încheierii contractului, dar includerea în cuprinsul contractului a unor clauze care reiau în mod expres dispoziții legale în materie este, de asemenea, o exprimare a autonomiei de voință a părților, care, în acest mod, înțeleg să supună pe viitor contractul unor clauze specifice. Acestea își mențin caracterul obligatoriu chiar și după ce legea iese din vigoare, ele continuând, de principiu, să guverneze contractul în cauză. În speță, însă, având în vedere datele dosarului, Curtea reține că în contractul încheiat de autorul excepției o atare clauză nu a fost inclusă, astfel încât locatarul nu a înțeles să reînnoiască contractul de locațiune, renunțând expres la dreptul la prelungirea acestuia.

convențiile legal încheiate, care nu contravin dispozițiilor de ordine publică, au putere de lege între părți¹⁶.

Încheierea oricărui contract este liberă, însă principiul trebuie să fie înțeles în sensul său exact, și anume acela de *libertate condiționată* de viața socială și de dispozițiile legale¹⁷.

Curtea Constituțională¹⁸, pronunțându-se asupra excepției de neconstituționalitate a art. 38 C. mun. – Legea nr. 53/2003, observa că: „autorul excepției pleacă de la o premisă greșită, constând în absolutizarea exercițiului dreptului (libertății) al cărui titular ori beneficiar este și pe care îl invocă, pretinzând că prin reglementarea dedusă controlului i-ar fi fost încălcat. În cauza de față, obiectul pretinsei încălcări îl constituie – chiar dacă nu este nominalizată ca atare – libertatea contractuală care, în ciuda unei aparente identități terminologice, nu face parte din categoria drepturilor și libertăților fundamentale, în expresia lor constituțională. Într-o formulă sintetică, libertatea contractuală este posibilitatea recunoscută oricărui subiect de drept de a încheia un contract, în înțelesul de *mutuus consensus*, de produs al manifestării sale de voință convergentă cu a celeilalte sau celorlalte părți, de a stabili conținutul acestuia și de a-i determina obiectul, dobândind drepturi și asumându-și obligații a căror respectare este obligatorie pentru părțile contractante.”

În considerentele menționatei decizii, Curtea arăta că libertatea contractuală poate fi *valorificată numai în cadrul legal*, cu respectarea unor *limite rezonabile impuse de rațiuni de ocrotire a unor interese publice și private legitime*; exercitată în afara acestui cadru, fără opreliști, orice libertate își pierde legitimitatea și tinde să se convertească în anarhie.”

În limitele trasate de ordinea publică și bunele moravuri, libertatea contractuală trebuie privită în corelație cu un alt principiul care guvernează raporturile juridice civile în general și raporturile contractuale în special, și anume *principiul bunei-credințe*.

Chiar în situația lipsei inserării unei clauze contractuale exprese privind reînnoirea contractului de închiriere sau a unei clauze care exclude expres posibilitatea reînnoirii contractului, la expirarea termenului contractual, chiriașul avea, încă de la data încheierii contractului potrivit prevederilor art. 10 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 40/1999, dreptul la reînnoirea aceluiași contract pentru o perioadă egală sau pentru o durată diferită, convenită de părți, în temeiul art. 14 din același act normativ. Desigur, acest drept există cât timp temeiul legal este în vigoare” (Dec. CCR nr. 95 din 28 februarie 2013, M. Of. nr. 199 din 9 aprilie 2013).

¹⁶ CAB, S. a VI-a com., dec. nr. 933 din 17 iunie 2002, în C. Cucu, M. Gavriș, *Contracte comerciale. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 152.

¹⁷ C. Constituțională, decizia nr. 220 din 14 noiembrie 2000, M. Of. nr. 147 din 23 martie 2001.

¹⁸ C. Constituțională, decizia nr. 356 din 5 iulie 2005, M. Of. nr. 825 din 13 septembrie 2005.

Libertatea contractuală este limitată¹⁹ în cazul *contractelor de adeziune*, contractelor cu *clauze impuse*, contractelor cu *clauze interzise* sau contractelor cu *clauze abuzive*²⁰.

Contractele pot fi negociate sau nenegociate. Doar începerea negocierilor nu este suficientă pentru a putea vorbi de contract, după cum absența negocierilor nu exclude ideea de contract²¹.

Codul civil actual asimilează la nivelul reglementării de drept comun norme care până de curând aveau incidență doar în materie comercială ori erau specifice dreptului consumației și care dobândesc astfel aplicabilitate generală în dreptul privat. Regăsim în Codul civil dispoziții privind *contractele de adeziune* (art. 1175 C. civ.), *contractele-cadrul* (art. 1176 C. civ.), *clauzele standard*²² (art. 1202 C. civ.), *clauzele externe* (art. 1201 C. civ.), utilizate cu preponderență în sfera relațiilor comerciale, mijloace juridice a căror consacrare a fost justificată de nevoia de simplificare a contractului, de facilitare a circulației rapide a bunurilor și de asigurare, în egală măsură, a stabilității raportului juridic de obligații.

¹⁹ St.D. Cărpenaru, *op. cit.*, p. 447-448.

²⁰ Clauzele unui contract bancar care se referă la prețul contractului trebuie redactate într-un mod clar și inteligibil, astfel încât, consumatorul să poată prevedea consecințele economice ale contractului semnat.

Este abuzivă o astfel de clauză în cazul în care din felul în care este redactată nu se poate deduce, în mod clar și inteligibil, care va fi evoluția în timp a părții variabile a dobânzii pe care consumatorii trebuie să o plătească băncii, modul de redactare dând posibilitatea acesteia să aprecieze, în mod unilateral, criteriile în funcție de care va stabili această componentă a dobânzii, creându-se, astfel, un vădit dezechilibru între drepturile și obligațiile părților, în defavoarea consumatorilor (ÎCCJ, S. a II-a civ., dec. nr. 3234 din 23 octombrie 2014, www.scj.ro).

Simpla afirmație că o clauză este abuzivă întrucât este prevăzută într-un contract standard preformat nu este suficientă pentru declararea acesteia ca fiind abuzivă, ci este necesar ca o atare clauză, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, să creeze, în detrimentul consumatorului, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților (ÎCCJ, S. a II-a civ., dec. nr. 110 din 21 ianuarie 2014, în RRDJ nr. 6/2014, trimisă, în rezumat, de magistrat-asistent Oana Stancu).

²¹ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1: Le contrat – le consentement*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 92.

²² „Calificând clauzele referitoare la dreptul comerciantului furnizor de servicii de a percepe penalități de întârziere de 1% pe zi, în cazul neplății la termen a tarifelor și dreptul aceluiași comerciant de a rezilia contractul, fără punere în întârziere sau orice altă modalitate prealabilă, ca fiind abuzive, instanța a făcut o corectă interpretare și aplicare a dispozițiilor art. 4 din Legea nr. 193/2000. Fiind prevăzute numai în favoarea comerciantului, clauzele creează un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Din evaluarea globală a contractului încheiat între părți, rezultă că acesta a fost prestabilit unilateral de comerciant, fiind un contract standard, astfel că îi revenea comerciantului obligația, potrivit art. 4 alin. (3) din Legea nr. 193/2000, să facă dovada negocierii directe a celor două clauze standard, dovadă pe care nu a făcut-o pentru a înlătura incidența art. 4 alin. (1) din Legea nr. 193/2000 (ÎCCJ, S. com., dec. nr. 3258 din 31 mai 2005, în C.D. Enache, *Clauze abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 18-21).

Noțiunea de clauze abuzive este asociată, în principiu, cu ideea de „contract-tip”, de „contract de adeziune”²³.

Libertatea a contractuală a avut în materie comercială dimensiuni specifice, atât în ce privește determinarea conținutului contractului, cât și sub aspectul exteriorizării consimțământului, ca element al voinței juridice. Încă din reglementarea Codului comercial, în prezent abrogat, contractul se putea încheia valabil în modalități variate, adaptate nevoilor părților, respectiv prin înscris unic sau prin ofertă urmată de acceptare ori ofertă urmată de executare, dar și prin mijloace specifice (corespondență, telefon, fax, factură)²⁴.

Dacă legea lăsa părților libertatea de a alege forma de manifestare a voinței, regula fiind lipsa oricărui formalism²⁵, nu mai puțin justă este observația că nevoile practicii comerciale au condus la o „renaștere a formalismului”, la înțelegerea rolului formelor juridice care, departe de a fi un obstacol în stabilirea relațiilor comerciale, se dovedesc, dimpotrivă, apte să le faciliteze, tocmai pentru că permit evitarea situațiilor incerte decurgând din calificarea și interpretarea ulterioară a contractului²⁶. „Formalismul conferă securitate. El este o garanție a libertății, protejând contractantul de el însuși”. În consecință, „cu cât este mai mare neîncrederea, cu atât mai riguros este formalismul”²⁷.

Contractele încheiate cu consumatorii, cel mai adesea având forme simplificate, nenegociate, sunt supuse unui regim derogator (art. 1177 C. civ.)²⁸, menit să asigure echilibrul contractual și să protejeze partea care nu a contribuit la stabilirea conținutului contractului, în cazul în care cealaltă parte contractantă, de obicei profesionist, nu acționează cu bună-credință.

Dreptul consumației se afirmă ca un drept de reacție contra societății de consum²⁹, ce își găsește justificarea în nevoia de a pune în echilibru libera concurență și protecția consumatorului³⁰.

Deși se poate vorbi de libertate contractuală și în dreptul consumației, sfera sa este mult mai restrânsă decât în dreptul civil, în acest domeniu normele imperative înlocuind complet normele dispozitive³¹. Contractul încheiat între profesioniști și consumatori trebuie examinat nu numai prin prisma condițiilor

²³ F. Ludușan, *Considerații privind clauzele abuzive în contractele de adeziune, cu privire specială asupra clauzei penale abuzive*, în RRDJ nr. 3/2014, p. 164.

²⁴ St.D. Cărpenu, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 446; V. Nemeș, *Drept comercial conform noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București 2012, p. 250.

²⁵ R.I. Motica, *Drept comercial român*, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 216.

²⁶ I. Turcu, *Dreptul afacerilor*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 269.

²⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 283, 288.

²⁸ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, p. 96.

²⁹ J. Goicovici, *Dreptul consumației*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 12-14.

³⁰ A.N. Gheorghe, C. Spasici, D.S. Arjoca, *Dreptul consumației*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 12.

³¹ M.L. Istrătoae, *Obligațiile vânzătorului în noul Cod civil și în legislația consumeristă*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 11.

cerute pentru formare valabilă a oricărui contract, ci și sub aspectul respectării *normelor imperative ale dreptului consumației*, care privesc formarea contractului sau stabilirea conținutului său. În plus, în această materie, imixtiunea autorităților administrative în contract nu este exclusă, ca în cazul contractelor civile, ci dimpotrivă există organe administrative cu atribuții de control, care au la îndemână mijloace de drept public pentru sancționarea abaterilor de la normele specifice³².

Cu alte cuvinte, și pentru această categorie de contracte, chiar dacă, în principiu, etapa negocierii a fost exclusă, rămân aplicabile principiile libertății contractuale (o libertate controlată, restrânsă la contractare și nelimitată la denunțare pentru consumator), egalității voințelor contractante (nu doar prezumată, ci stabilită), la care se adaugă, într-o opinie, un al treilea principiu, acela al fraternității contractuale (nu neapărat impusă, ci dorită)³³.

În contextul dezvoltării și extinderii tehnologiei informație, s-a dovedit necesară și *reglementarea comerțului electronic*, adoptarea unor reguli speciale privind încheierea contractelor între profesioniști și consumatori prin utilizarea tehnicilor de comunicare la distanță, care au consacrat un „formalism informativ” specific³⁴.

În plus, legea sau judecătorul pot, uneori, să atenueze forța obligatorie a contractului pentru părțile contractante³⁵. În lumina dispozițiilor Codului civil în vigoare, nu doar intervenția legiuitorului în relațiile contractuale este tot mai fermă și mai evidentă, ci și aceea a instanțelor de judecată, căroră, în anumite situații, li se conferă o marjă largă de apreciere³⁶. Astfel, pentru încheierea contractului *este suficient ca părțile să se pună de acord asupra elementelor sale esențiale*, chiar dacă lasă unele elemente secundare spre a fi convenite ulterior ori încredințează determinarea acestora unei alte persoane. Dacă părțile nu ajung la un acord asupra elementelor secundare ori persoana căreia i-a fost încredințată determinarea lor nu ia o decizie, instanța va dispune, la cererea oricăreia dintre părți, *completarea contractului*, ținând seama, după împrejurări, de natura acestuia și de intenția părților [art. 1182 alin. (2) și (3) C. civ.].

Instanța poate dispune fie *adaptarea contractului*, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor, fie chiar *încetarea* lui, în condițiile pe care le stabilește, dacă

³² *Idem*.

³³ A.N. Gheorghe, C. Spasici, D.S. Arjoca, *op. cit.*, p. 44-46.

³⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 288; în acest sens, O.U.G. nr. 34/2014 privind drepturile consumatorilor în cadrul contractelor încheiate cu profesioniștii, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, publicată în M. Of. nr. 427 din 11 iunie 2014 și Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, republicată în M. Of. nr. 959 din 29 noiembrie 2006.

³⁵ C. Larroumet, *Droit civil. Les obligations. Le contrat. Conditions de formation*, 6^e édition, Economica, Paris, 2007, p. 124.

³⁶ L. Uță, *Contracte speciale în noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 25.

executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă din cauza unei schimbări excepționale a împrejurărilor, care ar face vădit injustă obligare debitorului la executarea obligației [art. 1171 alin. (2) C. civ.].

Intră în câmpul contractual și *obligațiile impuse pe cale jurisprudențială*³⁷ prin interpretarea și aplicarea art. 1272 C. civ., potrivit căroră „(1) Contratul valabil încheiat obligă nu numai la ceea ce este expres stipulat, dar și la toate urmările pe care practicile statornicite între părți, uzanțele, legea sau echitatea le dau contractului, după natura lui. (2) Clauzele obișnuite într-un contract se subînțeleg, deși nu sunt stipulate în mod expres”³⁸.

Conchidem arătând că, deși libertatea contractuală s-a manifestat plenar sub influența neoliberalismului, în corelație cu restrângerea intervenției statale, circumstanțele s-au schimbat în mod semnificativ, mai ales sub influența recente crize economice și financiare, care a impus o altă viziune în privința rolului statului și a limitelor intervenției acestuia în raporturile juridice de drept privat³⁹.

³⁷ C.E. Zamșa, *Efectele obligațiilor civile*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 15.

³⁸ Pentru sensul noțiunilor de *uzuri* și *uzanțe*, M. Uliescu, *Despre legea civilă*, în M. Uliescu (coord.), *Noul Cod civil. Studii și comentarii. Vol. I. Cartea I și Cartea a II-a (art. 1-534)*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 56-60.

³⁹ D. Nikolić, *Neoliberalism și libertate contractuală*, în I. Sferdian, F. Mangu (coord.), *op. cit.*, p. 15-18.

REPERE PENTRU SIMPLIFICAREA UNOR REGLEMENTĂRI DE DREPT CIVIL, ÎN PRINCIPAL DIN MATERIA SUCESIUNILOR

Bogdan PĂTRAȘCU*
Ilioara GENOIU**

Abstract:

The simplification of law is a concept still under full process of transformation, having a reconfiguration which requires, in our opinion, many efforts, preoccupations and debates. This is also the purpose of the present work, focused on some civil law institutions such as: hereditary unworthiness, the special available share of the surviving spouse, the maintenance contract (from the perspective of its solemn character), the lease contract (in terms of its definition), the statement of not accepting the inheritance. On this occasion it will be pointed out the need to clarify or, as the case may be, to correlate some provisions of the Civil Code in force, the need to define some contracts or, on the contrary, to give up on some regulations deemed as unnecessary and capable to trigger unjust effects in the field of law.

Keywords: *simplification, coherence, compatibility, clarification, correlation*

1. Considerații generale

„Simplu” în drept are mai multe accepțiuni¹. Înseamnă, de pildă, obișnuit, fără trăsături specifice. Aceasta este accepțiunea regăsită în definiția actului consensual, încheiat așadar prin *simpla* manifestare de voință a titularului său. Poate fi apoi vorba de o instituție juridică, ale cărei efecte sunt mai puțin energice în raport cu ale alteia. În timp ce, spre exemplu, o prezumție simplă va fi răsturnată prin proba contrară, împotriva unei prezumții absolute, irefragabile, *iuris et de iure*, nu se admite dovada contrară.

Câteva observații preliminare nu sunt, socotim, de prisos. Procesul simplificării interesează, neîndoielnic, întregul sistem de drept, toate ramurile sale². Dacă, în esență, simplificarea presupune urmărirea aceluiași exigențe, este

* Lect. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, București; cercetător științific gr. II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

** Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Valahia” din Târgoviște; email: ilioaragenoiu20@yahoo.fr.

¹ Pentru acestea, pe unele dintre ele avându-le și noi în atenție în contextul dat, a se vedea G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 8^e édition, 2007, 4^e tirage, 2009, p. 868.

² Despre accepțiunile conceptului de simplificare a dreptului, despre înțelesurile sale în diferite sisteme de drept și despre așteptările aplicării lui în dreptul românesc, a se vedea M. Dușu,

de reflectat asupra fizionomiei unor repere ale simplificării în domenii diferite ale dreptului. Din această perspectivă, ni se pare, de pildă, că, pentru dreptul procesual, calea simplificării are jaloane mai clare, iar sensul simplificării este mai aproape de cel literal, reprezentat de un demers cu finalitatea unei simplități în reglementare. Urmează, așadar, a fi găsite reglementările cele mai directe, cele mai puțin complicate, care să dea suplețe procedurilor contencioase sau necontencioase. Nu este, desigur, o întreprindere ușoară, căci vor trebui avute în vedere și instituții juridice de drept procesual complexe, dificil de reconfigurat. Această dificultate pare a se întâlni, însă, mai ales în ramurile de drept material (avem în vedere, în particular, dreptul civil), unde acțiunile procesului de simplificare vizează, în special, asemenea instituții juridice și mai puțin regândirea unor reglementări privind accesul beneficiarilor la un anume serviciu public ori al justițiabililor la un anume organ de jurisdicție.

Se pune, în acest context, și întrebarea: simplificarea unei instituții de drept civil presupune, cu necesitate, reducerea numărului normelor juridice care o alcătuiesc, sau nu neapărat?

Faptul că, în Codul civil, există numeroase texte care cuprind definiții ale unor instituții juridice constituie un element opus procesului de simplificare? Răspunsul credem că este negativ. S-ar putea susține, este adevărat, că legiuitorul, prin adoptarea actelor normative, trebuie să urmărească reglementarea raporturilor sociale, conduita oamenilor priviți fie individual, ca persoane fizice, fie în colectiv, ca persoane juridice. În consecință, definițiile ar trebui să fie preocuparea doctrinei și să se regăsească în literatura juridică, nu în lege. Cuprinderea lor în actele normative n-ar face decât să complice reglementările, să servească unui proces contrar simplificării dreptului. Cu toate acestea, prezența unor definiții legale este, fără dubiu, necesară și, dimpotrivă, înlesnește înțelegerea corectă a normelor juridice subsumate instituției de drept definite. Într-adevăr, o definiție corectă, de pildă, a unui contract face referire, printre altele, la caracterele sale juridice și la efectele acestuia. Prin urmare, toate normele ce detaliază regimul juridic al contractului în discuție vor putea fi mai ușor și mai exact înțelese, prin observarea definiției legale în cauză. Aceasta are meritul să coaguleze, într-o viziune coerentă, toate dispozițiile legale în prezență. Nu se ajunge astfel la o *înlesnire* în aplicarea corectă a legii? Este, credem, o altă dimensiune a simplificării, pe lângă cea inițială, de reducere a amplitudinii reglementării.

Definiția legală apare necesară cu un cuvânt în plus, în cazul unor instituții de natură apropiată. Din acest punct de vedere, lipsa unei asemenea definiții, de exemplu, în ceea ce privește contractul de arendare face ca specificitatea acestuia, în raport cu locațiunea, să fie mai greu de sesizat în toate elementele

sale³. Dacă arendarea era definită în Codul civil, s-ar fi reținut, printre altele că, în schimbul plății arendei, arendașul exploatează bunurile agricole, și nu le folosește cum face chiriașul cu bunurile închiriate. De aici, o sumă de alte deosebiri între locațiune și arendare. Exploatarea unui bun înseamnă o folosire eficientă a acestuia iar, pentru aceasta, arendașul, spre deosebire de chiriaș, ar trebui să aibă cunoștințele agricole necesare. Chiar dacă această cerință nu mai este reținută de Codul civil, cum o făcea Legea nr. 16 din 1994 (în prezent abrogată)⁴, este de presupus că arendatorul are în vedere priceperea arendașului în exploatarea bunurilor agricole. De aici, reiese un element al regimului juridic al arendării – caracterul *intuitu personae* al contractului, calitățile arendașului prezentând, astfel, relevanță juridică. Iată un raționament ale cărui repere decurg din simpla observare a naturii speciale a folosinței bunului agricol de către arendaș, aceea de exploatare, folosire intensivă și eficientă. Cu toate acestea, lipsa definiției legale în discuție, care să fi cuprins și referirea la exploatarea bunului agricol, pune sub semnul întrebării întregul raționament enunțat, deși Codul civil, în câteva texte ale sale, vorbește de exploatarea bunului agricol. Termenul a fost însă uneori interpretat⁵ ca sinonim al folosinței și, din această perspectivă, nu mai poate oferi suport pentru diferențele specifice dintre locațiune (închiriere), pe de o parte și arendare, pe de alta. Iată, noi elemente ce pun în discuție componente ale simplificării dreptului căci, *claritatea* reglementării simplifică procesul de aplicare adecvată a normei juridice.

Un ultim aspect la care ne oprim în aceste considerente de ordin general vizează *măsura* simplificării reglementărilor juridice. Dacă procesul simplificării este, în principiu, necesar, acesta trebuie să opereze cumpătat, pentru a-și atinge scopurile deja enunțate. Intervenția excesivă asupra instituției juridice îi poate altera figura consacrată și îngreuna înțelegerea și aplicarea, prin formulări eliptice și confuze. Altfel spus, este, credem, necesară simplificarea, dar nu schematizarea instituțiilor de drept civil.

Deși Codul civil este încă la începutul existenței sale și nu sunt așteptate, în perioada imediat următoare, modificări ale textelor sale, în tot cazul nu unele substanțiale, vom semnală totuși câteva aspecte din materia dreptului civil, în special a succesiunilor, care privesc o posibilă configurație, diferită față de cea actuală, a unor instituții ce-și au sediul aici.

³ M. Uliescu, *Reguli particulare în materia arendării*, în coord. M. Uliescu, *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. III, partea a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015 p. 169.

⁴ Facem referire la Legea nr. 16/1994, Legea arendării, publicată în M. Of. nr. 91 din 7 aprilie 1994, abrogată însă prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

⁵ Fl. Moțiu, *Contractele speciale în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 191-192.

2. Necesitatea simplificării instituției nedemnității succesoriale și a corelării sale cu revocarea legatelor pentru ingratitudine

S-a discutat mult, în perspectiva adoptării unui nou Cod civil și, ținând seama de Codul civil de la 1864, despre necesitatea regândirii instituției nedemnității succesoriale⁶. Elementele asupra cărora era de reflectat priveau, în principal: aria de incidență a acestei sancțiuni civile, cazurile care o atrag și regimul său juridic. Având în vedere caracterul general al condițiilor pozitive pentru a moșteni (căci atât capacitatea succesorală, cât și vocația succesorală aveau incidență în ambele feluri de moștenire – legală și testamentară), s-a pus problema dacă tot generală n-ar trebui să devină și condiția negativă a nedemnității succesoriale. Potrivit Codului civil de la 1864, nedemnitățile se aplica doar moștenitorilor legali, nu și celor testamentari. Legatarilor li se putea revoca legatul pentru ingratitudine, aceasta fiind sancțiunea specifică și, în același timp, condiția particulară negativă, incidentă succesiunii testamentare. Soluția ce părea a se prefigura era reglementarea unei singure condiții negative pentru ambele feluri de moștenire, anume nedemnitățile (cu regim juridic, în bună parte înnoit) și renunțarea la sancțiunea revocării legatelor pentru ingratitudine. S-ar fi aplicat același regim sancționator și moștenitorilor legali, și celor testamentari. Dacă această viziune ar fi fost împărtășită de legiuitorul nostru, cu ocazia adoptării noului Cod civil, s-ar fi realizat cel puțin o compatibilizare între viziunea monistă, împărtășită pentru actul normativ în întregul său (de reglementare unică și unitară a tuturor raporturilor juridice de drept privat) și aceeași perspectivă pentru nivelul subsecvent al fiecărei instituții de drept, în cazul nostru al nedemnității succesoriale.

S-a optat, însă, pentru reglementarea neunitară în această privință, instituția despre care vorbim a fost „splitată”, fiind reglementate două feluri de nedemnități: una de drept și alta judiciară, fiecare cu propriul regim juridic, cu ipoteze proprii în care intervine. Cât privește aria de incidență, aceasta a fost extinsă, pentru ambele feluri de nedemnități, și la succesiunea testamentară. A devenit, astfel, nedemnitățile o condiție generală pentru a moșteni? Răspunsul este afirmativ, dar nu fără nicio observație. Într-adevăr, după cum am precizat, fiind reglementate două tipuri de nedemnități, nu s-ar putea susține că suntem în prezența a două condiții generale negative și nu a uneia singure? O întrebare care, pentru rațiuni similare, se poate pune și cât privește o altă condiție pentru a moșteni, de această dată pozitivă, anume vocația succesorală. Date fiind deosebirile notabile dintre vocația succesorală legală și cea testamentară, persistă problema: suntem în prezența unei singure condiții a dreptului de

⁶ Pentru detalii, a se vedea și B. Pătrașcu, I. Genoiu, *Condițiile generale ale dreptului de a moșteni*, în M. Uliescu (coord.), *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 606 și urm.

moștenire sau există două condiții particulare, altfel spus câte o condiție proprie fiecărui tip de succesiune?

În sfârșit, trebuie evidențiat încă un aspect, anume că, deși, după cum am arătat, ambele feluri de nedemnitate au fost extinse și la succesiunea testamentară, a fost păstrată și revocarea judecătorească a legatelor pentru ingratitudine. În afară de faptul discutabil al unei arii sancționatorii mai largi pentru legatari în raport cu moștenitorii legali, aceștia din urmă putând fi doar nedemni, în timp ce legatarilor li se poate, în plus, revoca de către instanța de judecată, legatul pentru ingratitudine, se mai nasc și unele dificultăți în aplicare. Aceasta, deoarece asemănările de regim juridic între nedemnitatea succesorală, în special nedemnitatea judiciară și revocarea legatelor pentru ingratitudine, inclusiv în privința unora dintre cazurile în care intervin, vor naște întrebarea: care dintre cele două sancțiuni va opera?

Iată, în mod succint, câteva probleme privind nedemnitatea succesorală, care par a acționa în sens contrar exigențelor simplificării dreptului.

Ținem să subliniem însă că simplificarea dreptului nu trebuie nicicum să sacrifice valențele necesare prezervării tuturor semnificațiilor unei instituții sau ale alteia care, prin natura lor, sunt complexe și au un înalt grad de tehnicitate. Înlesnirea cunoașterii legii de către nespecialiști s-ar putea obține pe alte căi, spre exemplu, prin literatura de popularizare care, fără să abdice de la exactitatea informațiilor esențiale, să asigure totuși, într-o manieră mai lesnicioasă, însușirea prescripțiilor legislative.

3. Instituirea formei solemne – un mijloc de simplificare a dreptului?

În același registru de preocupări, observăm, de pildă, că multe dintre actele juridice nou reglementate de Codul civil în vigoare au caracter solemn, trebuind să îmbrace o anume formă, de obicei a înscrisului autentic, pentru însăși validitatea lor. Ne întrebăm dacă, în aceste cazuri, spre exemplu, în ipoteza contractului de întreținere, forma autentică, prescrisă de art. 2255 C. civ., nu acoperă mai mult nevoia de îndrumare a părților către un agent instrumentator profesionist al dreptului – notarul public – pentru siguranța întocmirii unui act, care să reflecte cât mai exact, prin conținut și redactare, voința părților, să le ofere totodată un înscris cu forță probantă mai mare decât a unui act sub semnătură privată. De asemenea, prin redactarea adecvată, cu terminologia juridică potrivită, un asemenea înscris conferă claritate, evitându-se nevoia de interpretare.

Dacă toate acestea se regăsesc printre scopurile urmărite de legiuitor, se poate formula următoarea întrebare, cu conținut, într-o anumită măsură, paradoxal: să reprezinte, oare, o categorie juridică de excepție, cea a actului solemn (căci regula în dreptul modern este a consensualismului), un mijloc de simplificare a dreptului, aici, în sensul de asigurare a clarității și siguranței actului juridic?

Faptul că reglementarea caracterului solemn al contractului de întreținere a avut finalitățile amintite pare a fi confirmat prin deosebirea din punctul de vedere al modului de încheiere valabilă, de contractul de rentă viageră, acesta din urmă fiind consensual, nu solemn. Este vorba, totuși, despre două contracte între care există numeroase apropieri, ambele fiind de pildă, aleatorii, iar unele dispoziții ale rentei viagere făcând întrebuintare și în cazul întreținerii. Explicația diferenței, cât privește condițiile de formă, credem că rezidă în frecvența mai mare a contractului de întreținere în circuitul civil și, mai ales, în faptul că, de obicei, beneficiari ai întreținerii sunt persoane vârstnice, cu o acuitate mai redusă cât privește observarea clauzelor contractuale. De aici, credem că rezultă preocuparea pentru o siguranță și o forță sporite, pe care înscrisul autentic cerut *ad validitatem* este în măsură a le conferi.

4. Cotitatea disponibilă specială a soțului supraviețuitor – o instituție juridică utilă și care conferă suplețe materiei succesiunilor?

O instituție juridică cu utilitate, în opinia noastră, îndoielnică o reprezintă cotitatea disponibilă specială a soțului supraviețuitor, reglementată în art. 1090 C. civ. Esența acestei cotități este astfel sintetizată de alin. (1) al textului de lege menționat: „Liberalitățile neraportabile făcute soțului supraviețuitor, care vine la moștenire în concurs cu alți descendenți decât cei comuni lor, nu pot depăși un sfert din moștenire și nici partea descendentului care a primit cel mai puțin”. Nu ne vom opri, aici, asupra unor detalii ale regimului juridic al cotității disponibile speciale. Vom observa numai că soțul supraviețuitor, care vine în concurs cu alți descendenți decât cei comuni, nu poate fi gratificat în limitele cotității disponibile ordinare, ci într-o măsură mai mică, ale cărei limite sunt prevăzute în alineatul citat al art. 1090 C. civ.

Esența și scopul acestei cotități disponibile speciale sunt aceleași cu cele ale instituției în cauză, așa cum era ea reglementată de art. 939 C. civ. (1864). Frecvența incidenței practice a dispozițiilor acestui text de lege a fost invocată în susținerea utilității instituției pe care o avem în vedere⁷. Ne întrebăm însă, dacă această deasă apariție nu demonstrează doar faptul unei voințe des întâlnite a soțului acum decedat, de a-l gratifica pe celălalt soț? De vreme ce această intenție era exteriorizată sub forma unor liberalități, se înțelege că se punea problema încadrării lor în limitele cotității disponibile speciale. Existând această reglementare, incidența sa era inevitabilă, cum, de altfel, este și în prezent. Dacă voința liberală era cea care se manifesta adesea, ne putem întreba: era necesară îngrădirea sa într-o măsură mai mare decât cea a cotității disponibile ordinare, doar pentru faptul că soțul supraviețuitor venea în concurs cu alți descendenți decât cei comuni? Nu este oare echitabil ca toți

⁷ Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, ed. a II-a actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 321.

descendenții să fie ocrotiți în aceeași măsură și aceasta să fie cea a rezervei succesoriale de care se bucură? Care este rațiunea pentru care, în prezența acelorași descendenți, orice altă persoană, mai puțin soțul despre care vorbim, să poată primi liberalități în măsura în care acestea se încadrează în limitele mai generoase ale cotității disponibile ordinare? Nu se instituie oare, în reglementarea actuală, o prezumție de rea-credință a soțului nepărinte, considerându-se presupuse stăruințe și manopere viclene, care să-l îndemne pe celălalt soț să-l gratifice excesiv⁸?

Iar dacă ar acționa captația și sugestia, remediul n-ar fi acțiunea în anulare pentru vicii de consimțământ? Iată numai câteva argumente, care ne fac să ne raliem punctului de vedere potrivit căruia instituția cotității disponibile speciale nu-și găsește justificare⁹. Dacă este așa, ne întrebăm: renunțarea la această cotitate n-ar fi un element de simplificare pentru materia succesiunilor? Răspunsul este afirmativ, cu precizarea că, aici, simplificarea ar interveni în sensul său primar, de diminuare a cadrului legislativ, dar și în sensul pe care i l-am reținut, de clarificare a reglementării. Într-adevăr, părțile moștenirii ar apărea cu claritate: rezerva succesorală și cotitatea disponibilă, căreia nici nu ar mai trebui să-i spunem, în cazurile la care ne-am referit, ordinară. Înăuntrul acesteia ar urma să se încadreze toate liberalitățile, indiferent cine ar fi cei gratificați și, tot în limitele sale, ar putea fi dezmoșteniți moștenitorii legali rezervatari.

5. Reglementarea declarației de neacceptare a moștenirii – un pas pe calea simplificării dreptului succesoral?

Declarația de neacceptare a moștenirii este un act, ce are și acesta, considerăm, relevanță cât privește preocuparea de simplificare a dreptului. Se înscrie această manifestare de voință în procesul de simplificare? Răspunsul este, credem, mai degrabă negativ.

Potrivit art. 1111 C. civ., „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”.

Suntem în prezența unui act care nu are ca efect modificarea unui raport juridic, ci, dimpotrivă, este făcut cu intenția de a împiedica o astfel de modificare prin zădărnicierea unei acceptări tacite, rezultată din săvârșirea de către succesibil a unui act care, în lipsa declarației despre care vorbim, ar semnifica însușirea titlului de moștenitor. Prefaceri ale raportului juridic ar avea loc, dimpotrivă, în lipsa declarației de neacceptare. Actul de acceptare tacită ar

⁸ A se vedea, în acest sens, și B. Pătrașcu, I. Genoiu, *Rezerva succesorală, cotitatea disponibilă și reducțiunea liberalităților excesive*, în M. Uliescu (coord.), *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 872.

⁹ D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 318-319.

preface, de pildă, pe succesibilul titular al opțiunii succesorală în moștenitor, ar consolida transmisiunea succesorală în ceea ce-l privește, transmisiune ce operase către toți succesibilii, încă de la data deschiderii moștenirii.

Făcând declarația de neacceptare, succesibilul își prezervă dreptul de opțiune succesorală în întregul său, cu ambele sale laturi – acceptare și renunțare. Succesibilului în cauză îi rămâne restul termenului de opțiune pentru a-și însuși transmisiunea succesorală deja produsă, acceptând moștenirea sau, dimpotrivă, în ipoteza renunțării, devenind străin de patrimoniul transmis. Este acest efect de esență declarației de neacceptare, de natură să clarifice, să limpezească speța descrisă? Fără îndoială, nu, căci se prelungește starea de incertitudine cu privire la dobânditorii în mod definitiv ai moștenirii.

Există temeiuri pentru reglementarea declarației de neacceptare a moștenirii? Altfel spus, ce rațiuni pot motiva prezența sa, în Codul civil? Două asemenea îndreptățiri putem reține în prezentarea succintă de aici. Prima este în relație cu termenul de opțiune succesorală, care, în Codul civil în vigoare, comparativ cu legislația anterioară, s-a dublat. Așa fiind, este posibil ca, în acest timp, să fie nevoie de încheierea unor acte juridice de către succesibil cu privire la bunurile succesoriale, de pildă a unui sau mai multor acte de înstrăinare (vânzare, schimb etc.) care, pe lângă natura lor specifică, să aibă și valoare de acceptare tacită. Dacă încheierea acestor acte ar urma să aibă loc la un moment apropiat de moartea lui *de cuius*, în lipsa declarației de neacceptare, succesibilul va fi privat de o bună parte din termenul de opțiune.

O a doua rațiune a actului de care ne ocupăm ar putea să rezide în caracterul irevocabil al acceptării, redat de adagiul *semel heres, semper heres*. Această trăsătură, de la care nu există excepții, îndreptățește ca succesibilul să aibă la dispoziție întregul termen de opțiune, pentru a alege între acceptare și renunțare.

Pe de altă parte, vom observa că declarația de neacceptare se înscrie între actele solemne, reglementate de Codul civil, întărind una dintre observațiile noastre anterioare. Cerința înscrisului autentic și caracterul său particular, atipic, ne fac să punem la îndoială utilitatea, eficiența practică a acestui instrument juridic. Se mai poate invoca în rândul punctelor nevralgice, elementul de incertitudine ce rezultă pentru dobânditorul unui bun de la succesibilul ce a făcut declarația de neacceptare, în situația în care acesta, ulterior, devine străin de moștenire prin renunțare. Se nesocotește, în această ipoteză, exigența sintetizată în adagiul *nemo dat quod non habet*. Să fie vorba, într-o asemenea situație, dacă actul de înstrăinare este de vânzare, despre vânzarea lucrului altuia?

În sfârșit, semnalăm o inadvertență de formulare, prezentă în art. 1111 C. civ. și care naște o contradicție între prevederile acestui text de lege și cele ale art. 1108 alin. (3) C. civ., care definește acceptarea tacită.

Această formă de acceptare presupune săvârșirea de către succesibil a unui „act sau fapt pe care nu ar putea să îl facă decât în calitate de moștenitor”. Art. 1111 C. civ., reglementând contextul declarației de neacceptare, vorbește de „succesibilul care intenționează să îndeplinească un act *ce poate avea* (s.n.: B.P., I.G.) semnificația acceptării moștenirii” (acceptare tacită, desigur). Ne întrebăm dacă unui asemenea act, în configurația citată, i se va putea conferi, într-adevăr, valoare de acceptare. Este adevărat că actul în cauză, de vreme ce poate avea valoare de acceptare, înseamnă că poate și să nu aibă o asemenea semnificație? Dacă este așa, mai îndeplinește el cerința art. 1108 alin. (3) C. civ., de a nu putea fi făcut *decât în calitate de moștenitor* (s.n.: B.P., I.G.)?

Simplificarea dreptului înseamnă, aici, asigurarea coerenței și compatibilității între elementele subliniate din cele două articole ale Codului civil.

MODERNIZAREA NORMELOR PRIVIND PROCEDURA SUCESORALĂ CU ELEMENTE DE EXTRANEITATE

Alexandra CRIȘAN*

Mădălina TULCAN**

Abstract:

The succession and its transformation procedure in time, practically show us the evolution of a society both from the point of view of the administrative system as well as the rules of law. Values such as family and the right of ownership can be analyzed from the perspective of their evolution and in the context of an analysis aimed at the transformation and refinement of procedures regarding the transfer of property inter vivos or de mortis causa.

We can recall in this context the differences in terminology influenced by enshrined form, by the historical moment and by vision, reminding the overlapping terminology of "succession" – "inheritance", the current regulation "setting the term of inheritance instead of succession"¹.

We exemplify the use of the term "succession" in art.627 para. 5 Civil Code ("Transmitting of a good over succession can not be stopped by stipulating the inalienable") but also in art. 806 Civil Code with reference to the conditions for acquisition of property by the trustee in the exercise of its².

Regarding the use of "inheritance" we bring forth only the "The Correction of the Law 1652" – Glava 280 and 276, and its use in art. 46 of the Constitution, Law no. 112/1995, 10/2001 Law, Land Law no. 18/1991, Public Notaries Law and The notary activity no. 36/1995, the Order of Minister of Justice no. 2333/C/2013 for the approval of the Regulation approval of the Public Notaries Law and The notary activity no. 36/1995 (published in the Official Gazette no. 479 of 1 August 2013)³.

Keywords: succession, rules, law, civil, extraneity

Procedura succesorală rămâne una dintre procedurile cu impact și efecte complexe asupra patrimoniului și relațiilor de familie.

Lucrarea de față dorește să sublinieze evoluția normelor ce vizează procedura succesorală și a conceptelor juridice ce o guvernează, plecând de la

* Notar stagiar, Camera Notarilor Publici Galați.

** Notar public, Camera Notarilor Publici Galați.

¹ B.L. Ciucă, *Drept Civil: Succesiuni*, Ed. Universitară, 2010, pp 18.

² B.L. Ciucă, *Succession of Foreign Elements*, publicat în volumul "Communication, Context, Interdisciplinarity. Studies and Articles", volumul III, Section: Law, "Petru Maior" University Press, Târgu Mureș, 2014, <http://www.upm.ro/cc3/CCI-03/CCI%2003%20-%20Law.pdf>, p.130.

³ Idem.

unele aspecte și concepte prevăzute de „Îndreptarea legii nr. 1652” și până la Regulamentul European nr. 650/2012, privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor. Pentru a sublinia importanța din punct de vedere al demersului nostru, al reperului legislativ apărut la 1652 denumit „Îndreptarea legii”, amintim că viziunea legislativă a acestei „pravile” este determinată atât de situația economică socială și politică a primei jumătăți al secolului al XVII-lea, cât și de contextul cultural și mai ales religios al momentului.

În acest sens precizăm că „Îndreptarea legii nr. 1652” este alcătuită din două părți distincte: „Îndreptarea legii cu Dumnezeu care are toată judecata arhierească și împărătească de toate vinile preotești și mirenești”; în timp ce cea de a doua parte se intitulează „Pravila Sfinților Apostoli, a ceale 7 săboare și toate ceale nameastnice. Lîngă acestea, și alea Sfinților dascali ai lumii: Vasilie Velichi, Timothei, Nichita, Nicolae; Theologhia Dumnezeștilor bogoslovi”. Practic prima parte este de fapt o normă civilă, laică fiind urmată de unele dispoziții de drept canonic în cea de a doua parte a pravilei. Având în vedere că pravila a avut o aplicare restrânsă, efectele acesteia au fost de scurtă durată, dar din perspectivele prezentei lucrări considerăm că este valoroasă pentru a surprinde și a analiza unele concepte juridice de la acea dată. În acest context și cu privire la normele succesoriale impuse de această lege amintim: Glava 57 „Pentru cartea sau zapisul arhierului; și după moarte unde să i se dea hainele sau unealtele”; Glava 133 „Pentru tatăl, ca să nu oprească fiului său partea de moșie, de să va face călugăr”; Glava 262 „Pentru muiarea care va rămînea văduo și se va mărita, că nu ia de în bucatele bărbatului ei nemic, fără numai de la copii, de vor muri. Așijderea și bărbatul.”; Glava 267 „Pentru bărbatul carele va face cheltuială la boala muerii lui și la moarte”; Glava 275 „Pentru cela ce va muri și va avea frate de doao mumăni și nepoți ai frăține-său, carii vor fi fost cu tatăl lor de un tată și de mumă; Carii de într-înșii-l vor moștenii?”; Glava 280 „Pentru cela ce va avea să ia moștenire, pînă în cîți ani să se asculte; Și pentru datorii, pînă cînd se vor ceare; Și pentru altele bogate datorii”. Aceste câteva exemple ne arată preocuparea vremii cu privire la unele dispoziții de drept civil cum ar fi capacitatea juridică, filiația, stăpînirea (proprietatea și posesia), moștenirea, testamentul, precum și altele.

Plecând de la diferențele etimologice de exprimare și până la diferențele de abordare conceptuală, o analiză a acestora între momentul „Îndreptării legii nr. 1652” și al Regulamentului European nr. 650/2012 ne relevă faptul că norma juridică este valoroasă prin însăși capacitatea ei de aplicare și de a răspunde unor nevoi sociale într-un anumit moment dat.

Practic norma juridică este într-o continuă transformare, transformare ce se realizează în raport cu realitățile momentului. Așa cum valorile sociale se modifică sau se consolidează, și așa cum conceptele religioase sau culturale se

rafinează în timp, norma juridică va trebui să țină pasul cu acestea, să ocrotească și să consolideze anumite valori asumate de societate într-o anumită etapă istorică.

Consolidarea conceptului de patrimoniu, de proprietate publică sau proprietate privată, clarificările cu privire la statutul, dreptul și obligația persoanei fizice sau persoanei juridice, raportul drepturilor și obligațiilor între stat și cetățean sunt evidente dacă le analizăm din punct de vedere al evoluției istorice dar și necesare dacă luăm în considerare că evoluția socială nu s-a oprit, că societatea își continuă ciclul de evoluție și că legea trebuie să răspundă acestor nevoi ale momentului.

Odată cu apariția valorilor asumate transfrontalier și europene, a noilor oportunități economice, precum și libera circulație a cetățenilor în spațiul UE, a apărut necesitatea clarificării unor incidente de procedură și s-a impus identificarea unor proceduri aplicabile cetățenilor Uniunii Europene, proceduri ce au reprezentat și reprezintă o provocare atât pentru teoreticieni, cât și pentru profesioniști, practicieni ai dreptului. Domeniul procedurilor succesoriale, al forței probante, al unor documente emise de autorități dintr-un alt stat decât acolo unde sunt folosite, necesitatea apariției certificatului european de moștenitor, reprezintă provocări în vederea unor soluții unanim acceptate și aplicabile în spațiul UE.

De la „Îndreptarea Legii nr. 1652” până la certificatul european de moștenitor și Regulamentul European nr. 650/2012, de la normele succesoriale dominate de dreptul canonic și până la normele succesoriale ce sunt raportate la o societate modernă și în continuă transformare, există o diferență remarcabilă, care ne arată încă o dată, atât evoluția societății românești, transformarea acesteia dar și modificările normei juridice și a unor concepte de filozofie juridică în raport cu aceste modificări ale societății.

Viziuni de abordare juridică dominate de rolul secundar al femeii în familie, discriminarea juridică determinată de poziția socială, aprecieri cu privire la dreptul de proprietate, au fost modernizate în timp odată cu stabilirea și consolidarea unor valori fundamentale nediscriminatorii și a modernizării societății. Toate aceste modernizări normative și proceduri aplicabile europene au reprezentat și reprezintă o provocare deoarece legislația statelor UE în domeniu este diversă, iar fiecare stat în parte a încheiat tratate internaționale ce vizează aplicarea unor proceduri și recunoașterea unor documente.

Dacă ne referim strict la procedura succesorală și la norma ce o guvernează în plan intern, în țara noastră, în raport cu legislația europeană în materie, putem aminti consacrarea dreptului la moștenire și garantarea lui prin art. 46 din Constituția României, precum și prin Codul Civil, Cartea a IV-a „Despre moștenire și liberalități”. De asemenea, amintim cu referire la legislația națională a României, pe lângă Constituție și Codul Civil, Legea nr. 112/1995, Legea fondului funciar nr. 18/1991, Legea nr. 10/2001, Legea nr. 36/1995,

Legea Notarilor Publici și a activității notariale, precum și Ordinul Ministerului Justiției 2333/C/2013 pentru aprobarea Regulamentului de aprobare a Legii Notarilor Publici și activității notariale nr. 36/1995, publicată în Monitorul Oficial nr. 479 din 1 august 2013⁴.

Din perspectiva europeană trebuie să amintim în primul rând Regulamentul UE nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor intrat în vigoare la data de 16 august 2012.

Cu privire strict la prioritatea de aplicare a normei privind procedura succesorală cu elemente de extraneitate în contextul în care vorbim de un stat membru al Uniunii Europene, ce are în legislația națională stabilită o procedură dar a încheiat și un acord internațional care reglementează și elemente ce vizează procedura succesorală, putem aminti că art. 75 din Regulamentul UE nr. 650/2012, stabilește că „intrarea în aplicare a Regulamentului UE 650/2012 nu afectează aplicarea Convențiilor internaționale existente, la care statele membre sunt părți, cu excepția convențiilor încheiate exclusiv între două sau mai multe state membre ale Uniunii Europene”⁵.

Ca o concluzie putem spune că dreptul UE se aplică direct și cu prioritate față de legislația internă, că în situația în care statul membru UE a încheiat convenții cu alte state din afara spațiului european, obligațiile asumate prin Tratatе internaționale rămân prioritare, iar în situația în care statele implicate în procedură au încheiat asemenea convenții sau tratate, dar aceste tratate sunt încheiate tot cu state membre ale UE, aplicarea Regulamentului UE nr. 650/2012 este prioritară.

Lucrarea de față dorește să atragă atenția asupra unui subiect extrem de actual. Să sugereze o abordare în funcție de prioritatea actului normativ în privința procedurii succesoriale și să provoace spre analiză instrumentele procedurale europene precum „Rețeaua Judiciară Europeană în materie civilă și comercială, întemeiată prin Decizia Nr. 2001/470/CE a Consiliului din 28 mai 2001, de creare a unei Rețele Judiciare Europene în materie civilă și comercială, modificată prin Decizia Nr. 568/2009/CE, a Parlamentului European și a Consiliului din 18 iunie 2009”⁶.

Prin această analiză la care ne provoacă prezenta temă, încercăm să identificăm zonele procedurale interpretabile sau confuze și să stabilim soluții clare, eficiente și aplicabile, nediscriminatorii și utile pentru toți membrii Uniunii Europene.

⁴ B.L. Ciucă, *Drept Civil: Succesiuni*, Ed. Universitară, 2010, p. 8.

⁵ B.L. Ciucă, *Legal Developments on Inheritance From Rules Under The Primitive Community To The European Rules On Inheritance*, SGEM Conference on Political Sciences Law, Finance, Economics & Tourism Conference Proceedings Volume I, International Multidisciplinary Scientific Conferences On Social Sciences & Arts 3-9 September 2014, Bulgaria, pp 663.

⁶ I. Olaru, *Dreptul european al succesiunilor internaționale: ghid practic*, București, Ed. Notarom, 2014, p. 25.

COMPLEXITATE ȘI HAOS ÎN DREPTUL ROMÂNESC AL INSOLVENȚEI

Dumitru DOBREV*

Abstract:

This paper is a proposal to amend the draft of the insolvency law for individuals that will soon be debated in the Chamber of Deputies (the decisional chamber) in April 2015, both in comparative perspective and in the spirit of simplification and codification of private law.

Cuvinte-cheie: inflație legislativă, insolvența persoanei fizice, profesii liberale, regimului matrimonial al separației de bunuri, prezumția muciană

Dezideratul simplificării dreptului este o chestiune recurentă în doctrină, ea fiind prefigurată pentru prima dată de Cicero în celebra sa maximă *summum jus summa injuria* și teoretizată de cel mai important sociolog al dreptului din a doua jumătate a secolului XX, Jean Carbonnier, într-o lucrare iconoclastă publicată în ultimul deceniu de viață – *Droit et passion du droit sous la Vème République*. Teza profesorului Carbonnier este că cea de-a 5-a Republică, fiind marcată de un puternic elan pozitivist și de o diversificare fără precedent a izvoarelor normative principale și secundare, a ajuns la o pulverizare a **dreptului** în **drepturi subiective** și la fenomenul de nestăpânit al inflației juridice¹.

Profesorul Carbonnier, căutând originile acestei „pasiuni” a elitelor din Hexagon, oscilează între nomofilia fanatică a revoluționarilor de la 1789, și crearea, în 1946, de către ENA, a unui „vivarium” de zelatori ai normelor și mai ales a ierarhiei normelor². Ea are drept consecință majoră faptul de a apăsa cu greutatea tuturor acestor norme, de a substitui automatismele acestora spontaneității individuale. Invaziv, excesiv din punct de vedere cantitativ „*dreptul emană o siguranță care adoarme acțiunea*” și nu-i poți rezista decât speculând viciului său cardinal – ineficiența³.

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

¹ Termenul de inflație legislativă apare din anii 70 ai secolului trecut. A se vedea René Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, Requeil Dalloz-Sirey, Dalloz, Paris, 1977, p. 43-48 și Charles Debbsch, *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, CNRS Editions, Paris, 1986.

² Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Paris, 2006, p. 271;

³ *Idem*.

Și în România, ca și în alte țări de drept romanic, s-au ridicat voci împotriva inflației legislative și a scăderii calității dreptului pozitiv⁴, dar fără un semnal de alarmă din partea unui actor instituțional respectat (astfel cum s-a întâmplat în Franța în urma Raportului Public din 1991 al Consiliului de Stat) susceptibil să ducă la o conștientizare a decidenților politici din Parlament⁵ nu se pot lua măsuri coerente pentru a limita fenomenul.

Cu atât mai puțin ar fi fost de așteptat ca la fenomenul de inflație legislativă să contribuie acte normative noi, create cu sprijinul unor prestigioase instituții internaționale⁶ în scopul declarat de a simplifica anumite proceduri și de a face dreptul mai previzibil și mai ușor de aplicat. Din acest punct de vedere, un paradox îl reprezintă Legea nr. 85/2014 denumită cu prețiozitate Codul insolvenței, dar care nu este un „Cod” deoarece „lasă în afara reglementării insolvența persoanelor fizice (aflată în faza de proiect legislativ) și insolvența unităților administrativ teritoriale (O.U.G. nr. 46/2013 privind criza financiară și insolvența unităților administrativ teritoriale)”⁷. Deci pe lângă faptul că vom avea un cod al insolvenței unic în Europa, tot unic în Europa, codul nostru nu va conține toate normele privitoare la insolvență, de vreme ce se recunoaște (e.g. sub presiunea efectelor supraaprecierii francului elvețian⁸) că este necesară reglementarea insolvenței persoanei fizice.

Urmărind pe site-ul internet⁹ al Senatului României avatarurile proiectului legii insolvenței persoanei fizice, aflăm că acesta a primit mult așteptatul aviz pozitiv de la Guvern.

Acesta este un proiect de act normativ promovat în baza inițiativei parlamentare, criticat destul de vehement, dar mai curând pe considerente de

⁴ Dan Claudiu Dănișor, *De la inflația legislativă la trecerea în galop pe lângă Parlament*, Pandectele Române, nr. 3/2011;

⁵ A se vedea, Laure de La Raudière, Régis Juanico, *Rapport d'information sur la simplification législative*, no 2268, Assemblée nationale, 9 octobre 2014 publicat pe site-ul internet <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/missions-d-information-de-la-conference-des-president-s/mission-d-information-sur-la-simplification-legislative>

⁶ A se vedea pentru detalii: <http://www.worldbank.org/ro/events/2014/06/04/dissemi-nation-event-and-judicial-training-for-insolvency-and-creditor-debtor-regimes-report-on-the-observance-of-standards-and-codes-in-romania>

⁷ Pentru detalii a se vedea Nicoleta Tândăreanu, *Codul Insolvenței Adnotat. Noutăți, examinare comparativă și note explicative*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 14.

⁸ Florin Moțiu, ex-secretar de stat în Ministerul Justiției, și coordonatorul al proiectului Codului insolvenței afirma, citat fiind de Revista „Capital”:

„Cred că trebuie să avem și o asemenea reglementare, a insolvenței persoanelor fizice. Opoziția care există în acest moment este parțial nejustificată.”. Pentru detalii a se vedea și <http://www.gandul.info/politica/sesiune-extraordinara-in-parlament-pentru-legea-insolventei-persoanelor-fizice-dupa-ce-francul-a-trecut-de-4-4-lei-13774447> și http://economie.hotnews.ro/stiri-finante_banci-19139962-criza-francilor-elventieni-pnl-cere-sesiune-urgenta-parlamentului-pentru-adoptarea-legii-insolventei-persoanelor-fizice.htm?cfnl=

⁹ A se vedea proiectul de act normativ pe site-ul internet al Senatului: <http://www.senat.ro/legis/PDF/2014/14L370FG.pdf>

oportunitate decât de legalitate, de către BNR și Asociația Română a Băncilor¹⁰, cu toate că insolvența persoanei fizice este reglementată în toată Europa cu excepția Ungariei. Ceea ce par să nu realizeze inițiatorii este că acest proiect de lege, fără îndoială bine intenționat, va deveni un balast legislativ dacă nu se va face un efort de uniformizare a terminologiei specifice și nu va fi integrat în actualul Cod al insolvenței.

Elementul central al noii reglementări îl reprezintă procedura de reeșalonare a datoriilor debitorului în baza unui mecanism hibrid care împrumută caracterul simplu, nesofisticat al concordatului preventiv, dar și arhitectura barocă a reorganizării judiciare pe bază de plan din dreptul comun al insolvenței.

Faptul că este foarte redus ca întindere nu este, în sine, o calitate. Multe instituții sunt prezentate rudimentar și nu se folosește terminologia consacrată a Legii nr. 85/2014. Lipsesc termeni precum „tabel preliminar și definitiv al creanțelor” și este înlocuit cu „listă”. Termenul de înregistrare a creanțelor este nerealist de scurt, de 20 de zile de la începerea procedurii (practic de la pronunțarea sentinței de deschidere a procedurii), fără a se specifica cine anume și cui îi notifică și în ce termen.

Acest proiect de act normativ are o întreagă serie de neajunsuri:

- un „defect” major al proiectului este că se preconizează o lege specială pentru insolvența persoanelor fizice, pe când normele tehnicii de reglementare ar fi îndemnat pe oricine să legifereze un nou capitol în Legea nr. 85/2014 (Codul insolvenței). Dacă vom avea reglementări paralele vom irosi timp cu discuții bizantine despre conflictul dintre cele două norme încercând să stabilim care e cea mai „specială” dintre ele;

- având în vedere dispozițiile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 și cele ale art. 3 alin. (1) lit. c) din proiect rezultă paradoxul că nici un membru al unei profesii liberale nu poate fi supus unei proceduri colective, deși avem atât cod al insolvenței, cât și lege a insolvenței persoanei fizice. Deși proiectul legii insolvenței persoanei fizice folosește terminologia fiscală de „persoană fizică autorizată”, nu există nici un membru al profesiilor liberale care să nu fie concomitent și „persoană fizică autorizată”;

- art. 20 alin. (2) lit. b) din proiect sugerează că acțiunile colective prin care se încearcă readucerea la masa credală a bunurilor înstrăinate de creditor cu intenție de fraudă, pot fi inițiate numai după o încercare eșuată de plan de reorganizare [art. 20 alin. (1)]. În acest caz și termenele de introducere ale acțiunilor nu ar trebui să fie cele din Legea nr. 85/2015, ci ar trebui să fie mai

¹⁰ A se vedea Alexandru Păunescu, *Aspecte privind scopul și aplicarea procedurii insolvenței persoanei fizice*, Colocviul Juridic – ed. a XV-a, 12 februarie 2015, publicată pe site-ul internet www.bnro.ro/files/d/.../COL.../R20150212AP.pdf

lungi, sau să poată opera o suspendare, pentru că se știe că respingerea unui plan de reorganizare, chiar și a unui neserios, e totuși o procedură cronofagă;

- art. 24 alin. (1) lit. b) din proiect care se ocupă de o instituție extrem de importantă – eliberarea debitorului de datoriile reziduale, operează cu noțiuni nejuridice și cu arie semantică imprecisă. Se afirmă că „*pe parcursul procedurii au fost descoperite aspecte care ar justifica în alt mod refuzul cererii.*”;

- poate că ar trebui să se reflecteze ceva mai mult asupra sancțiunii de la art. 27 din proiect – persoanele supuse acestei proceduri nu au nimic de a face cu Legea nr. 31/1990 a societăților comerciale și cu toate acestea li se interzice pe timp de 5 ani calitatea de asociat unic și administrator în astfel de societăți. Poate că ar fi fost mai în spiritul reglementării o sancțiune care să le interzică accesul la creditare: bănci, leasing, etc., deoarece mulți dintre ei au ajuns în această situație recurgând excesiv la diverse forme de creditare;

- un instrument de restabilire a „egalității armelor” între debitorul falit, familia acestuia și masa credală a fost prezumția relativă instituită prin art. 792-793 C. com.¹¹ și preluată și în art. 799-800 C. com. Carol al II-lea¹². Se prezuma relativ că bunurile parafernale dobândite de soția falitului cu titlu oneros, în timpul activității comerciale a soțului au fost plătite din averea (fondul de comerț) al acestuia. În contextul revenirii la regimul matrimonial al separației de bunuri potrivit art. 360-365 NCC și mai ales al limitărilor prevăzute de art. 2324 alin. (3) și (4) NCC se pot fraudă foarte ușor creditorii chirografari, în caz de insolvență a soțului profesionist, de către celălalt soț. Din acest motiv Codicele de comerț de la 1887 conținea instituția prin art. 792 așa numita *prezumție muciană* provenită pe filieră franco-italiană¹³ din dreptul

¹¹ Art. 792 C. com. avea următorul conținut: În toate celelalte cazuri și oricare ar fi regimul sub care s-au căsătorit soții, prezumția este că bunurile dobândite de femeia falitului aparțin bărbatului și că au fost plătite cu banii lui, astfel încât acele bunuri trebuiesc să fie întrunite la masa falimentului, femeia însă este admisă să facă proba contrarie.

Art. 793 C. com. avea următorul conținut: Bunurile mobile atât dotale, cât și parafernale cuprinse în contractul de căsătorie, sau parvenite femeii în vreunul dintre modurile arătate în art. 790 se pot relua de femeie în natură, dacă identitatea lor este dovedită cu un inventar sau prin orice act cu data certa. Dacă bunurile femeii au fost înstrăinate și cu prețul lor s-au dobândit alte bunuri mobile sau imobile, femeia poate exercita asupra acestora dreptul indicat în art. 791, cu condițiunea ca proveniența banilor și noua lor întrebuințare să fie constatată printr-un act având dată certă. Toate celelalte obiecte mobile aflate în posesiunea fie a bărbatului, fie a femeii, și oricare ar fi regimul căsătoriei se presupun că aparțin bărbatului, afară numai dacă femeia nu va proba contrariul.

¹² A se vedea art. 799 C. com. Carol al II-lea, Ediția Oficială, Imprimeria penitenciarului Văcărești, 1940, p. 303, cu următorul conținut: “Bunurile pe care soția falitului le-a dobândit în timpul căsătoriei în cei cinci ani anteriori sentinței declarative, se presupun față de masa credală, până la proba contrarie, a fi dobândite cu banii falitului și vor fi considerate proprietatea acestuia”.

¹³ A se vedea Gian Franco Campobasso, *Diritto Commerciale*, vol. 3, Utet, Torino, 2007, p. 338, (*Rapporti fra coniugi. Presunzione muciana*).

roman¹⁴, cunoscută în literatura juridică românească interbelică¹⁵ și sub denumirea de *prezumția quasi-muciană*¹⁶. Această prezumție există încă în momentul de față în dreptul italian (art. 70 din legea italiană a falimentului), în cel spaniol și catalan¹⁷ și a existat în dreptul francez în intervalul 1834-1965¹⁸.

¹⁴ A se vedea D. 24, I, L 51, *De donationes inter virum et uxorem* (Ulpian) "Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse". Un rescript din perioada lui Alexander Severus confirmă aplicarea acestei prezumții...Nec est ignotum, quod, quum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse, veteres iuris auctores merito credi-dissent (Codex 5, 16, 6).

¹⁵ A se vedea Mihail Pașcanu, *Dreptul falimentar român cu legislația teritoriilor alipite*, Ed. Cugetarea, București, 1926, p. 324-331.

¹⁶ Constantin C. Bălescu, *Prezumția quasi-Muciană în dreptul falimentar*, în *Chestiuni de Drept Comercial și Maritim*, Tipografia "Geniului", București, 1929, p. 146-179.

¹⁷ Presumția muciană este reglementată de art. 1442 al Codului Civil Spaniol, fiind introdusă în urma reformei din 1981, precum și de art. 12 din Codul Catalan al Familiei (*Llei 9/1998, de 15 de julio – Codi de Família*). Această prezumție se regăsește și în art. 78 al Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio: "Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso (...)".

Se prezumă *iuris tantum* că ar fi donații simulate (donațiile între soți sunt nule în dreptul spaniol) achizițiile de bunuri cu titlu oneros făcute de soțul falitului în anul anterior declarării insolvenței. Doar jumătate din valoarea pecuniară a bunului se prezumă a fi fost donată de falit în beneficiul celuilalt soț și în caz de admitere a acțiunii colective contravaloarea acesteia trebuie aportată la masa credală. Presumția muciană în dreptul spaniol și catalan se aplică doar în cazul soților căsătoriți sub regimul separației de patrimonii. Pentru detalii a se vedea Gómez Gil, M. A., Gómez Lucas, M.A., Márquez Carrasco, R.M., Suárez Robledano, J.M., *Ley concursal y legislación complementaria*, 5a, Edición, Colex, Madrid, 2012, p. 316-317.

¹⁸ În dreptul francez prezumția muciană a fost reglementată de vechiul art. 542 (devenit ulterior L 624-6) din Code de commerce (1807) fiind introdusă printr-o lege din 1838: « les biens acquis pendant le mariage par le conjoint du commerçant étaient présumés avoir été acquis par le commerçant failli ou admis au règlement judiciaire avec des deniers provenant de l'exercice du commerce et devaient être réunis à la masse de son actif ». Această prezumție, care inițial se referea doar la soție, a fost extinsă printr-un decret din 1955 la ambii soți și s-a aplicat până la Legea de reformă a Codului Comercial Francez din 13 iulie 1967 când, prin art. 56, a fost suprimată prezumția în defavoarea soțului falitului inversându-se sarcina probei. Art. 112 al legii din 25 ianuarie 1985 a reluat principiul expus de art. 56 al legii din 1967 și a devenit art. L. 621-112 din Codul comercial. Acest text reglementează acțiunea numită în dreptul francez al insolvenței « action en rapport » sau « action en réintégration » și care este ca natură juridică o acțiune în declararea simulației « destinée à faire apparaître que l'époux acquéreur n'est que le prête-nom de son conjoint ». Pentru detalii a se vedea Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2011-212 QPC du 19 janvier 2012 Mme Khadija A., épouse M*, accesibilă pe site-ul internet: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011212QP_Cccc_212qpc.pdf

Ea își dovedește utilitatea atunci când un profesionist (avocat, arhitect, medic, notar, expert contabil, consultant independent) este căsătorit sub regimul separației de bunuri și intră sub incidența legii insolvenței. În acest caz toate bunurile dobândite cu titlu oneros de soțul profesionistului cu un număr de ani anterior deschiderii procedurii (*e.g.* un an în dreptul spaniol, cinci ani în dreptul italian) sunt prezumate a fi dobândite din averea falitului până la proba contrară. Întrucât nici noul Cod al insolvenței nu conține o prevedere referitoare la impactul regimului matrimonial al separației de bunuri asupra insolvenței, considerăm că aceasta este o vulnerabilitate ce se cere urgent asanată, poate cu ocazia mult așteptatei legi a insolvenței persoanei fizice;

În consecință, credem că ar fi oportun ca acest proiect al Legii insolvenței persoanei fizice să fie revizuit de o echipă de practicieni în insolvență de înaltă reputație, magistrați și universitari comercialiști spre a deveni, după ce va ieși din Parlament, așa cum sunt așteptările tuturor membrilor profesiilor juridice și al liber-profesioniștilor în general, un capitol bine scris din Codul insolvenței.

CLAUZELE NESCRISE, FORMA SIMPLIFICATĂ DE ÎNLĂTURARE A ACESTORA ȘI FORMELE SIMPLIFICATE DE ÎNLĂTURAREA NULITĂȚII

Unwritten clauses, simplified form for their removal and simplified forms for removing nullity

Filip PAVEL*

Abstract:

Through its regulatory for nullity of legal acts, Romanian Civil Code 2009 adopted the idea to safeguard them, giving up the idea from the modern law regarding the impossibility of remedying legal documents affected by a cause of absolute nullity.

One of these forms to safeguard legal acts is regulation of unwritten clauses, identified as those contrary to mandatory rules which are not sanctioned by absolute nullity.

By separating clauses of this kind of those punishable with nullity, it seems that Romanian legislature adopted the idea of autonomous sanctions for unwritten clauses, to nullity, sanction expressed by the phrase "deemed unwritten." Contrary to this finding, Romanian civil doctrine formed so far, regarding clauses deemed unwritten adopted the thesis of nullity of unwritten clauses.

Examining the legal regime of unwritten clauses in Romanian Civil Code 2009 notes that, in addition to consider them contrary to the mandatory rules, Romanian Civil Code 2009 is silent on how they can be invoked and declared as unwritten. For this reason, it seems that this regime is identical to that of acts considered nonexistent.

Thus, we consider that to this type of clause, considered unwritten amicable settlement can be applied in according to art. 138 and 160 of the European Code of Contracts and thus, also the legal status of non-existent acts of art. 137 of the same law.

In order to safeguard legal documents affected by nullity, Romanian Civil Code 2009 regulated, in our opinion, two forms of removing the causes of nullity, namely: a) annulment of the act by the Parties, and b) restoring the act affected by nullity. This latter form is also found in other expressions, such as remediation of act or remove the cause for nullity. All these issues are the subject of this paper.

Keywords: unwritten clauses

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; judecător, Curtea de Apel București.

1. Despre clauzele nescrise în Codul civil român 2009 și în doctrina de drept privat

Problema clauzelor nescrise este nouă în legislația română¹ și în doctrina de drept privat român. Ea interesează, îndeosebi, din perspectiva înțelegerii sancțiunii ce se aplică acesteia dar și a procedurii ce trebuie urmată.

Aducând această noutate, Codul civil român - 2009 nu arată, expres, care este sancțiunea aplicabilă unor asemenea clauze sau dacă însăși expresia „considerată nescrisă” reprezintă o sancțiune autonomă.

În doctrina de drept privat, referitor la sancțiunea aplicabilă clauzelor nescrise, s-au conturat două teze, și anume: într-o primă teză s-a reținut că expresia „consideră nescrisă” reprezintă o sancțiune autonomă specifică, distinctă de nulitate, într-o a doua teză s-a considerat că expresia „consideră nescrisă” este sinonimă cu nulitatea.

2. Argumente pentru susținerea tezei, potrivit cu care, expresia consideră nescrisă este o sancțiune autonomă

Doctrina civilă² a reținut că, așa zisele clauze nescrise sunt doar niște ficțiuni juridice care apar, cel mai adesea, prin expresiile „considerate nescrise”, „considerate inexistente” sau „considerate ne-avenite”. Prin aceste expresii legiuitorul ar fi dat un înțeles precis unor ipoteze și unor circumstanțe diferite de realitate, deci inexistente.

Sancțiunea clauzelor nescrise nu se identifică cu inexistența actelor juridice, pentru că inexistența vizează efectele actelor, vizează statutul actului juridic privat de unul din elementele sale esențiale, cum ar fi lipsa obiectul sau lipsa consimțământului unei părți, ceea ce duce actul la imposibilitatea de a accede la viața juridică.

Despre aspectul funcțional al clauzei nescrise se arată că, o asemenea clauză permite evitarea unei pagube colaterale care ar putea apărea prin anularea întregului contract, dar și restaurarea legalității prin însăși eliminarea clauzei considerate nescrise. Prin intermediul clauzei nescrise legiuitorul a tins la protejarea părții mai slabe.

Clauzele nescrise se deosebesc de nulitate și pentru că nu sunt supuse criteriul după care se împart nulitățile: în nulități absolute și nulitățile relative, respectiv după genul de interes ocrotit prin dispozițiile legale, astfel că, orice persoană interesată poate să invoce acest caracter al clauzei de a fi nescrisă, chiar judecătorul, din oficiu, poate să arate că, o clauză este neavenită.

¹ Codul civil român 1864 nu a preluat din Codul Napoleon dispozițiile privitoare la clauzele considerate nescrise: «Art. 900 Code Napoléon „Dans tous disposition entre-vif ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraire aux lois ou mœurs, seront réputées non écrites.” (În toate dispozițiile între vii sau testamentare, condițiile imposibile, cele care sunt contrare legii sau moravurilor sunt considerate nescrise) »

² Wéry P., *Les nullités des contrats*, Ed. De Boeck et Larcier, Bruxelles 2006, p. 22-23; Cornelis L., *Traité de droit des obligations*, Bruxelles 2000, p. 678-680.

Nu intră în obligația instanțelor a dispune că o clauză este nescrisă pentru că respectiva clauză este eliminată prin forța legii. Cel mult instanțele, în caz de contestație, pot să constate că, prin efectul unui ficțiuni ale legii, clauza este considerată că nu a intrat în câmpul contractual.

Scurgerea unui timp nu produce nici un efect în sensul devenirii valabile a clauze nescrise pentru că, prin voința legii, este considerată că niciodată nu a intrat în câmpul contractual, astfel că, persoanele pe cale legiuitorului le-a protejat prin această tehnică legislativă pot să invoce oricând caracterul nescris al clauzei.

Sub acest aspect, dreptul de a cere constatarea caracterului nescris al clauzei nescrisă se deosebește de dreptul de a cere nulitatea relativă, care este prescriptibilă.

Regimul juridic al clauzei nescrise se deosebește și de regimul nulității relative, prin aceea că o clauză nescrisă nu poate fi confirmată, pentru că nu se poate confirma ceea ce nu există, ceea ce este considerat un neant.

Sanțiune de a considera nescrisă o clauză se întâlnește cu sancțiunea nulității absolute doar într-un singur punct, acela al efectelor retroactivității, pentru că prin efectul ficțiunii legale convenția se găsește amputată de clauza considerată nescrisă din chiar momentul încheierii sale, deci *ab initio*.

Operațiunea de a distinge între clauzele „considerate nescrise” și clauzele sancționate cu nulitate constă în tehnică legislativă, respectiv în considerarea nescrierii clauzelor, precum toate ficțiunile legale, care sunt de strictă interpretare. În acest fel sancțiunea de a considera nescrisă o clauză este o sancțiune originală.

3. Argumente pentru susținerea tezei, potrivit cu care expresia „considerat nescris” este sinonimă cu noțiunea de „nulitate”

Doctrina civilă franceză dominantă, «consideră că expresia „réputé non écrit” (considerat nescris) este sinonimă cu nulitatea, dispusă pe cale judiciară și că și expresia „réputé inexistant” primește, adesea, același înțeles³».

Doctrina civilă română⁴ consideră clauzele nescrise ca putând fi privite ca nulități absolute sau parțiale, dar care operează de drept. Mai tranșant, pare că se dorește a se spune că, de fapt, expresia „considerare nescrisă” a clauzelor este sinonimă cu nulitatea de plin drept, de unde ar rezulta sinonimia dintre cele două expresii.

³ Wéry P, Les nullité des contrats, Ed. De Boeck et Larcier, Bruxelles, 2006, p. 21.

⁴ Boroi G., Stănculescu L., Instituții de Drept civil, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 203-205: „În schimb, exceptând ipoteza clauzelor considerate nescrise și eventualele norme speciale ce ar institui cazuri de nulitate care să opereze de drept, distincția între nulitatea de drept și nulitatea judiciară nu poate fi primită (...) prin excepție, așa cum am menționat deja, clauzele considerate nescrise pot fi privite ca nulități absolute și parțiale care, însă, operează de drept”; Boroi G., Angheliescu C.A., Curs de Drept civil, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 247-248.

Identificarea expresiei „considerat nescris” cu nulitățile de plin drept, repune în discuție problema regimului de nulitate de plin drept.

Astfel, într-o opinie, exprimată despre nulitățile de plin drept s-a susținut că, ceea ce este specific acesteia este faptul că o asemenea nulitate produce toate efectele „fără că actul să fie declarat nul de justiție⁵”.

Această opinie își are izvorul în dreptul roman, în expresia „*de jure*” unde expresia „nulă de plin drept” era echivalentă inexistenței juridice a actelor.

Dimitrie Alexandresco a susținut că „actele juridice nule se împart în acte nule de plin drept, pe care le consideră și nule absolut, și acte anulabile”.⁶ Alexandresco afirmă că, unii autori au susținut că justiția poate doar să constate nulitatea de plin drept, la fel ca la actele juridice inexistente, alții autori, dimpotrivă, au susțin că nulitatea de plin drept trebuie pronunțată de instanțe, pentru că, atâta timp cât instanța nu s-a pronunțat asupra acestei nulități, actul nul continuă să-și producă efectele.

Argumentul pentru care instanța trebuie să pronunțe nulitatea, constă în adagiul „*iudex in popria causa nemo esse potest*” (nimeni nu poate fi judecător în propria-i cauză).

Un punct de vedere asemănător a fost susținut de către C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu și Al. Băicoianu, potrivit cu care „în toate cazurile de nulitate judecătorul constată (...) cauza ineficacității actului; și odată constatată cauza el proclamă nulitatea actului”. Altfel spus, odată constatată cauza de ineficacitate, judecătorul se manifestă împotriva cauzei (a clama = a se manifesta împotriva nelegiuii) în mod oficial (a proclama = a se manifesta împotriva cauzei în mod oficial și solemn), ceea ce semnifică, de fapt, exprimarea de către judecător a voinței legiuitorului împotriva cauzei, în mod oficial și solemn.

Expresia „nulitate de plin drept, folosită în doctrina civilă actuală, credem că trebuie înțeleasă în sensul de nulitatea absolută pentru a cărei proclamare (pronunțare) este necesar să fie urmată calea justiției.

Expresia „considerat nescris” în considerarea ei ca sinonimă nulității absolute, urmează a i se aplică regimul juridic al nulității absolute.

4. Reglementarea clauzelor considerate nescrise în Codul European al Contractelor

Codul European al Contractelor reglementează clauzele considerate nescrise și regimul lor juridic în dispozițiile art. 139⁷ cu trimitere la dispozițiile art. 138.

⁵ Planiol M., Ripert G., *Traité Pratique de Droit civil français*, Tome VI, Ed. L.J.D.J. Paris, 1930, p. 387: „La premier de ces idées est celle d'après laquelle à côté des nullités de plein droit, produisant tout leur effet sans que l'acte ait été déclaré nul par justice”

⁶ Alexandresco D., *Principiile Dreptului Civil*, Ed. Socec, București, 1926, Vol. I, p. 83.

⁷ Code Européen des Contrats, art.139 „Les disposition figurant aux al.1 et 2 de l'art.138 s'appliquent également lorsqu'un règle dispose qu'une clause ou une expression du contrat sont

Potrivit art. 138 alin.1 „Inexistența determină absența totală a oricărui efect pe plan contractual, abstracție făcând obligațiile de restituire conținute în art. 160 (restituiți) și de responsabilitatea acvili (a răpitoarelor), de asemenea în conformitate cu art.161 (protecția terților)”.

Din acest text rezultă că, în accepțiunea Codului European al Contractelor, clauzele nescrise sunt asimilate inexistenței actelor juridice, în sensul de existență materială fără efecte juridice. Excepție de la lipsa de efectelor juridice este existența răspunderii (obligației) de restituire, în cazul în care s-a procedat la executare. Procedura de realizare de restituire este reglementată în art.160 din Codul European al Contractelor, procedură ca se declanșează printr-o declarație (notificare) făcută de partea interesată, prin care sunt aduse la cunoștință subiectului cocontractant clauzele considerate nescrise și dispozițiile legale care sancționează aceste clauze, precum și obligația de restituire, în cazul în care a existat o executare. După scurgerea unui termen, între 3 și 6, în caz de nesoluționare amiabilă, partea interesată se poate adresa justiției pentru constatarea caracterului nescris al clauzelor.

Clauzele considerate nescrise nu pot fi confirmate și nici regularizate.

Invocarea cauzei nescrise prin intermediul declarației și prin cererea de chemare în judecată, implicit solicitarea îndeplinirii obligației de restituire a prestației, este imprescriptibilă. Există doar obligația de a urma procedura prealabilă.

Dacă există diferite situații care implică urgență se poate cere instanței luarea unor măsuri conservatorii, reglementate în art. 172 din Codul European al Contractelor.

5. Reglementarea în Codul civil român a clauzelor nescrise

Reglementarea pentru prima dată a clauzelor nescrise s-a făcut în art. 900 al Codului Napoleon, text pe care Codul civil român 1864 nu l-a preluat.

Codul civil român 2009, în schimb, a reglementat numeroase ipoteze pentru care a considerat nescrise clauzele care încorporează asemenea ipoteze. Codul civil român 2009 nu conține o dispoziție expresă prin care să consacre dacă expresia „considerat nescris” este o sancțiune autonomă sau dacă clauza nescrisă este sancționată cu nulitatea absolută ori dacă clauza nescrisă este asimilată inexistenței actelor juridice.

În plus, nu este reglementată o procedură prealabilă amiabilă generală de soluționare a clauzelor considerate nescrise. În majoritatea cazurilor în care s-au reglementat clauzele, considerate nescrise, nu este reglementată o procedură prealabilă.

réputées non écrites.” Dispozițiile prevăzute de alin.1 și 2 ale art.138 se aplică, în egală măsură, atunci când regula dispune că o clauză sau o expresie din contract sunt considerate nescrise”.

Există în Codul civil român 2009 mai multe texte, care s-ar putea aplica, cu valoare de principiu, pentru înlăturarea deficiențelor din actele juridice, cum ar fi: art. 1255⁸ art. 1259⁹, art. 1261¹⁰ respectiv dispozițiile din art. 1932¹¹ și art. 1933¹².

Totuși, din analiza acestor texte, rezultă că legiuitorul nu a fost consecvent în ceea ce privește sancțiunea aplicabilă clauzelor considerate nescrise, sugerând parcă, inexistența juridică.

Astfel, în art. 1255 se face o distincție între clauzele considerate nescrise și clauzele sancționate cu nulitatea contractului.

La fel, în dispozițiile art.1932 alin. 2 se arată expres că este o clauză nescrisă orice clauză care este contrară unei dispoziții imperative care nu este sancționată cu nulitate.

Din aceste reglementări se naște întrebarea: care este sancțiunea aplicabilă clauzelor înserate în contracte care sunt contrare dispozițiilor imperative și care nu sunt sancționate cu nulitatea? La aceasta întrebare se poate răspunde, fie cu teza, potrivit cu care expresia „considerată nescrisă ” este o sancțiune autonomă fie că expresia „considerată nescrisă” este sinonimă cu inexistența juridică a clauzei.

Pe de altă parte, atunci când se sugerează parcurgerea unei proceduri prealabile și amiabile, înainte de constatarea sau declararea nulității actului, legiuitorul se referă, fie la nulități absolute, fie la nulități relative.

⁸ Cod civil român 2009, art. 1255 (1) Clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat. (2) În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile. (3) Dispozițiile alin.2 se aplică în mod corespunzător și clauzelor care contravin unor dispoziții legale imperative și sunt considerate nescrise.

⁹ Cod civil român 2009, art. 1259 (1) Contractul nul poate fi refăcut, în tot sau în parte, cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege la data refacerii lui. În toate cazurile, contractul refăcut nu va produce efecte decât pentru viitor, iar nu și pentru trecut.

¹⁰ Cod civil român 2009, art.1261 Contractul afectat de o cauză de nulitate este validat atunci când nulitatea este acoperită. (2) Nulitatea poate fi acoperită prin confirmare sau prin alte moduri, anume prevăzute de lege.

¹¹ Cod civil român, 2009, art.1932 (1) Nulitatea societății poate rezulta exclusiv din încălcarea dispozițiilor imperative ale prezentului capitol, stipulate sub sancțiunea nulității, sau din nesocotirea condițiilor generale de validitate a contractelor, dacă legea specială nu prevede altfel. (2) Este considerată nescrisă orice clauză contractuală contrară unei dispoziții imperative din prezentul capitol a cărei încălcare nu este sancționată cu nulitatea societății.

¹² Cod civil român 2009, art.1933 (1) Nulitatea se acoperă și nu va fi constatată sau declarată în cazul în care cauza nulității a fost înlăturată înainte de a se pune concluzii în fond în fața instanței de judecată (2) Instanța, sesizată cu o cerere în constatare sau declararea nulității, este obligată să pună în discuția părților posibilitatea de remediere a cauzelor de nulitate care afectează contractul de societate și să fixeze un termen util pentru acoperirea nulității, chiar dacă părțile se împotrivesc.(3) Dreptul la acțiunea, cu excepția nulității pentru obiectul ilicit al societății, se prescrie în termen de 3 ani de la data încheierii actului.

Credem că legiuitorul a făcut distincție între clauzele considerate nescrise și clauzele sancționate cu nulitatea. Această distincție rezultă expres din cele două texte de lege citate, și anume: din art. 1255 alin. 3 și din art. 1932 alin. 2, care reglementează expres că sunt considerate nescrise acele clauze contrare normelor imperative care nu sunt sancționate cu nulitate.

Dacă excludem pretinsa lipsă de consecvență în reglementare, din cele două texte de lege rezultă că legiuitorul român a aderat la teza sancțiunii autonome.

În plus, credem că legiuitorul Codul civil român 2009 a avut în vedere la reglementarea clauzelor nescrise și proiectul Codului European al Contractelor, situație în care, regimul juridic al inexistenței, reglementat în art. 137 și 138 din Codul European al Contractelor urmează a fi atribuit și clauzelor nescrise.

6. Forme simplificate de eliminare a clauzele nescrise și a clauzelor nule

În raport de subiectul abordat, reținem o formă simplificată de eliminare a clauzele nescrise și două forme simplificate de eliminare a sancțiunii nulității actelor juridice.

6.1. Forma simplificată de eliminare a clauzelor nescrise

În cazul clauzelor nescrise forma simplificată de eliminare a acestor cauze cuprinde două faze. Prima faza constă în parcurgerea procedurii amiabile, numită de regularizare ori corectare, reglementată în art.138 alin. 2 și art. 160 din Codul European al Contractelor.

Conținutul acestei proceduri amiabile constă în notificarea (formularea unei declarații) de către partea interesată subiectul cocontractant cu clauza considerate nescrisă și textul de lege care reglementează natura acestei clauze pentru ca, înăuntrul unui termen între 3 și 6 luni, stabilit de persoana interesată, să se soluționeze amiabil clauza considerată nescrisă și eventual restituirea prestațiilor. Procedura prealabilă are caracter obligatoriu astfel că, o cerere adresată direct justiției va fi respinsă ca inadmisibilă, cât timp nu s-a parcurs procedura prealabilă.

În ipoteza în care prin procedura amiabilă nu se ajunge la eliminarea clauzei nescrise, persoana interesată se poate adresa instanței de judecată competente pentru constatarea clauzei nescrise.

Atât notificarea cât și acțiunea în justiție de constatare a clauzei nescrise sunt imprescriptibile.

6.2. Forme simplificate de eliminare a sancțiunii nulității

O primă formă simplificată de eliminare a sancțiunii nulității contractului este reglementată în art. 1246 alin. 3, potrivit cu care constatarea și declararea nulității contractului se poate face prin acordul părților.

Textul nu reglementează o procedură expresă și nici nu face distincția dintre nulitatea absolută și nulitatea relativă.

Pentru a se ajunge la acordul părților este necesară formularea unei propuneri urmată de acceptare iar în conținutul propunerii să se arate cauza de nulitate care determină sancțiunea nulității, absolute sau relative.

A două formă de eliminarea a sancțiunii nulității este reglementată în art. 1259 din Codul civil 2009. Potrivit acestui text de lege contractul poate fi refăcut, fie în tot, fie în parte. Și în acest caz nu este reglementată expres o procedură de refacere a contractului.

Or, pentru refacerea contractului este necesară să existe mai întâi o propunere făcută de una din părți și acceptată de cealaltă parte. În ce privește conținutul propunerii, față de conținutul textului credem că trebuie arătat cauza de nulitate și condițiile în care se dorește refacerea actului. Acceptarea propunerii duce astfel la refacerea actului dacă nu este ceruta vreo formă solemnă. În condițiile în care este ceruta o forma solemnă refacerea actului este considerată realizata numai după respectarea condiției formei solemne a actului.

Potrivit art.1259, Cod civil 2009 contractul refăcut produce efecte numai pentru viitor. În raport de acest conținut al textului de lege, un contract refăcut în întregime apare ca un contract nou.

În această a două formă de eliminarea a sancțiunii nulității, credem că face parte și reglementarea din art.1933 alin. 2, care dispune obligarea instanței de a pune în discuție părților posibilitatea de remediere a cauzelor de nulitate și să fixeze un termen util, chiar dacă părțile se împotrivesc.

În acest caz este la latitudinea părților să procedeze la remedierea prin refacerea totală sau parțială a actului sancționat cu nulitate.

CLAUZELE ABUZIVE, FUNDAMENT AL LIMITĂRII PRINCIPIULUI FORȚEI OBLIGATORII A CONTRACTULUI

Victor MARCUSOHN*

Abstract:

The abusive clauses in the contracts signed by a consumer and a professional are mainly, but not entirely, found in the consumer protection law. Therefore, consumer protection law is a very rich field of law, with many normative acts which often offer contradictory solutions. The most important of them is Law no. 193/2000 regarding the abusive clauses in the contracts signed between consumers and professionals, which transpose Directive 93/13/EEC.

According to the law and doctrine in the field of consumer protection the most important elements for a clause to be considered as abusive are the lack of direct contractual negotiation between the professional, the lack of contractual equilibrium and the total ignorance of the good faith obligation.

Keywords: *abusive clauses, contractual negotiation, contractual equilibrium, good faith*

1. Domeniul de aplicare al teoriei clauzelor abuzive

Problematica clauzelor abuzive și-a făcut loc în dreptul pozitiv, cu preponderență, în cadrul contractelor de consum. Astfel, în domeniul raporturilor contractuale dintre un profesionist și un consumator, se aplică normele speciale ale legislației privind protecția consumatorilor, legislație extrem de bogată și adeseori contradictorie, materializată într-un număr foarte mare de acte normative, cu un conținut divers.

Principalele acte normative care reglementează domeniul protecției consumatorilor sunt Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului¹, Ordonanța de Guvern nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor² și Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea Ecologică din București.

¹ Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului, publicată în M. Of. nr. 296 din 28 iunie 2004, republicată în M. Of. nr. 224 din 24 martie 2008, cu modificările și completările ulterioare. Existența acestui act normativ este intens criticată în doctrină, în contextul în care conține dispoziții identice cu alte acte normative, precum cele de la art. 78-81, unde reia pur și simplu, prevederi din Legea nr. 193/2000 legate de definiția clauzelor abuzive, de semnificația negocierii sau de transparența contractuală. A se vedea în acest sens, L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 161

² Republicată în M. Of. nr. 208 din data de 28 martie 2007, cu modificările și completările ulterioare.

consumatori³, care a transpus Directiva 93/13/CEE din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii⁴. Această directivă reprezintă cea mai importantă măsură de uniformizare și armonizare a dreptului contractelor în Europa⁵, fiind transpusă de legislația tuturor statelor membre ale Uniunii Europene, chiar dacă nu fără anumite deficiențe constatate de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene⁶.

Pe de altă parte, prevederi privind clauzele abuzive se regăsesc și în alte directive europene dedicate altor domenii ale dreptului protecției consumatorului⁷, ceea ce face ca o cunoaștere unitară a domeniului să fie destul de dificilă.

Premisa adoptării unei legislații specifice protecției consumatorilor a constat din situația de triplă inferioritate în care se găsește consumatorul față de profesionist: *tehnică*, deoarece profesioniștii cunosc mai bine decât consumatorii produsele sau serviciile pe care le comercializează; *economică*, deoarece profesioniștii dispun de o forță economică superioară consumatorilor;

³ Publicată în M. Of. nr. 560 din 10 noiembrie 2000 și republicată în M. Of. nr. 305 din 18 aprilie 2008 cu modificările și completările ulterioare.

⁴ În acest domeniu mai au incidență, în mod indirect, și alte acte normative, dintre care unele sunt în prezent abrogate, precum: Legea nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, publicată în M. Of. nr. 611 din 14.12.1999; Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice, în prezent abrogată; Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, publicată în M. Of. nr. 899/28.12.2007; O.G. nr. 85/2004 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță privind serviciile financiare, republicată în M. Of. nr. 365/13.05.2008; O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, publicată în M. Of. nr. 389/11.06.2012; O.G. nr. 107/1999 privind activitatea de comercializare a pachetelor de servicii turistice, republicată în M. Of. nr. 448/16.06.2008; O.G. nr. 130/2000 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță, în prezent abrogată; Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, republicată în M. Of. nr. 347/06.05.2008 etc.

⁵ A se vedea, de exemplu, E. Hondius, *La Directive sur les clauses abusives et les Etats membres de L'Union Europeenne*, în J. Ghestin, M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, p. 591 și urm.; R. Zimmermann, *Le droit comparé et l'europenisation du droit privé*, în RTDCiv. 2007, p. 451 și urm. cit. de L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, op. cit., loc. cit.

⁶ A se vedea, de exemplu, Cauza C-70/03, *Comisia Comunităților Europene c. Regatul Spaniei*, decizia primei camere din 9 septembrie 2004; Cauza C-372/99 *Comisia Europeană c. Republica Italiană*, decizia celei de-a cincea camere din 24 ianuarie 2002 etc.

⁷ De exemplu, Directiva 90/314/CEE privind pachetele de servicii pentru călătorii, vacanțe și circuite din 13 iunie 1990; Directiva nr. 97/7/CE privind protecția consumatorilor în cazul contractelor la distanță din 20 mai 1997 etc. Totuși, o directivă unitară în materia protecției consumatorului a fost în cele din urmă adoptată: este vorba despre Directiva 2011/83/EU a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorului, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

juridică, deoarece consumatorii sunt privați de orice posibilitate de negociere, fiind constrânși să adere la propunerile din partea profesioniștilor⁸.

Tocmai pentru a compensa această inferioritate, legiuitorul a prevăzut că orice contract încheiat între profesioniști și consumatori pentru vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii va cuprinde clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înțelegerea cărora nu sunt necesare cunoștințe de specialitate, iar în caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului⁹. Practic, prin intermediul acestor prevederi legale, legiuitorul a consacrat o *obligație de transparență contractuală*, conexasă exigențelor de publicitate și informare specifice dreptului consumului, care presupune garantarea dreptului consumatorului de a înțelege cu exactitate prevederile contractului pe care îl încheie¹⁰.

Totodată trebuie spus că orice utilizare a legislației speciale din domeniul protecției consumatorului în afara raporturilor de consum, în condițiile în care avem de a face cu norme imperative în materie, nu este permisă, sens în care avem de-a face cu o limitare a utilizării tehnicilor speciale de eliminare a clauzelor abuzive, strict la sfera persoanelor fizice care au calitatea de consumatori, precum și cu imposibilitatea aplicării acestor norme în cazul raporturilor juridice dintre doi profesioniști, indiferent cât de mare ar fi dezechilibrul contractual dintre aceștia.

2. Condițiile constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale

Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori stabilește în mod expres, la art. 1 alin. (3), obligația profesioniștilor de a nu stipula clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii¹¹. În cazul încălcării acestei obligații, la art. 13 din același act normativ se prevede că instanța, în cazul în care constată existența clauzelor abuzive în contract, obligă profesionistul să modifice toate contractele de

⁸ Gh. Stancu, *Particularitățile raporturilor contractuale, în cadrul dreptului consumului*, Dreptul nr. 2/2009, p. 28.

⁹ Art. 1 alin. (1) și (2) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, republicată. Aceleași prevederi se regăsesc și la art. 75 și 77 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului.

¹⁰ Pentru amănunte în acest sens, a se vedea L. Popa, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, op. cit., p. 164-166. Autorii consideră că încălcarea acestei obligații specifice ar avea trei efecte principale, respectiv: va genera o interpretare *contra proferentem* adică va fi interpretată împotriva profesionismului care a propus-o consumatorului; lipsa transparenței reprezintă o circumstanță importantă în evaluarea globală a caracterului abuziv al unei clauze; lipsa de transparență cu privire la clauzele care definesc *obiectul principal al contractului*, respectiv cu privire la *raportul calitate/preț*, va avea drept consecință înlăturarea „imunității” acestor termeni de la controlul caracterului abuziv al unei clauze.

¹¹ Această interdicție este reluată și la art. 78 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului.

adeziune în curs de executare, precum și să elimine clauzele abuzive din contractele preformulate, destinate a fi utilizate în cadrul activității profesionale.

În ceea ce privește criteriile de evaluare a naturii abuzive a unei clauze contractuale, art. 4 alin. (5) din Legea nr. 193/2000 prevede că natura abuzivă a unei clauze contractuale se evaluează în funcție de natura produselor sau a serviciilor care fac obiectul contractului la momentul încheierii acestuia, toți factorii care au determinat încheierea contractului, precum și orice alte clauze ale contractului sau ale altor contracte de care acesta depinde. Evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil.

Conform art. 6 și 7 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori clauzele abuzive cuprinse în contract și constatate fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege nu vor produce efecte asupra consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua. În măsura în care contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară rezilierea contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese.

Mai mult, în temeiul art. 13-14 din aceeași Lege nr. 193/2000, consumatorii prejudiciați pot solicita instanțelor judecătorești să intervină în contract, iar acestea, în cazul în care constată existența unor clauze abuzive, pot obliga profesionistul să modifice toate contractele de adeziune în curs de executare, precum și să elimine clauzele abuzive din contractele preformulate, destinate a fi utilizate în cadrul activității profesionale.

După 1 ianuarie 2007, instanțele judecătorești din România trebuie să aplice dreptul Uniunii Europene, conform interpretării dată acestuia de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, conform căreia judecătorul național poate să aprecieze din oficiu caracterul abuziv al unei clauze dintr-un contract atunci când decide asupra admisibilității unei cereri¹². În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a considerat că obiectivul stabilit prin art. 6 al Directivei 93/13/CEE, care impune statelor membre să prevadă că aceste clauze abuzive nu îi leagă pe consumatori, nu ar putea fi atins dacă aceștia din urmă ar trebui să invoce ei înșiși caracterul abuziv al acestor clauze. Sistemul de protecție instituit de directivă pornește tocmai de la ideea că dezechilibrul dintre consumator și

¹² A se vedea CJCE, Hotărârea Curții din data de 27 iunie 2000, *Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero* (C-240/98) și *Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) și *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98).

profesionist poate fi corectat numai printr-o intervenție pozitivă, independentă de părțile din contract. De aceea, art. 7 par. 1 din directivă impune statelor membre să implementeze măsuri adecvate și eficiente de prevenire a folosirii de clauze abuzive, măsuri care să includă dreptul asociațiilor pentru protecția consumatorilor de a introduce acțiuni în instanță în scopul de stabili dacă anumite clauze contractuale preredactate reprezintă clauze abuzive și la nevoie, de a le interzice, chiar dacă acestea nu au fost efectiv folosite în anumite contracte determinate. Atributul instanței de judecată de a determina, *din oficiu*, dacă o clauză este abuzivă sau nu, trebuie considerat ca fiind o măsură adecvată, atât pentru atingerea rezultatului urmărit de art. 6 din directivă de a preveni consumatorul individual de la a fi legat de o anumită clauză abuzivă, cât și pentru îndeplinirea obiectivului prevăzut la art. 7 din același act normativ, din moment ce instanța însăși procedează la o asemenea analiză, care ar putea avea efect disuasiv, putând contribui la prevenirea introducerii de clauze abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori.

Din punct de vedere practic, problema care se pune este aceea de a stabili modalitatea concretă în care consumatorul poate face opozabilă profesionistului constatarea sa personală sau constatarea autorităților prin care una sau mai multe clauze din contract au caracter abuziv, având în vedere că profesionistul are la dispoziție mijloace contractuale sau legale de a ignora aceasta constatare sau chiar de a-l determina pe consumator să renunțe la a mai invoca ineficiența clauzelor abuzive ori să reînceapă să execute clauza considerată abuzivă¹³.

Conform art. 4 alin. (1) din Legea nr. 193/2000, art. 79 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului, respectiv art. 2 pct. 16 din O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea

¹³ În doctrină se consideră că astfel de mijloace aflate la dispoziția creditorului profesionist, care și le-a introdus în contractul de adeziune pentru a se asigura contra unor riscuri de neexecutare a contractului, au efect intimidant față de consumator, acesta nefiind în măsură să își realizeze dreptul pus la dispoziția sa de art. 6 din Legea nr. 193/2000. De exemplu, dacă într-un contract de credit bancar, o clauză abuzivă vizează modul de calcul al costurilor creditorului (dobândă și comisioane), considerând clauza respectivă fără efect, consumatorul ar putea, în baza art. 6 din Legea nr. 193/2000, fie să refuze să achite costul, fie să achite numai acea parte din cost pe care o consideră corect calculată. Dar contractul, care constituie potrivit legislației bancare titlu executoriu, prevede nenumărate modalități de sancționare a debitorului pentru neexecutarea unei obligații. De exemplu, neplata unui cost al creditului poate conduce la penalități de întârziere, cu declararea scadenței anticipate a creditului. Prin efectul unei astfel de clauze, un contract cu executare succesivă se transformă prin voința exclusivă a băncii, într-un contract cu executare instantanee. În mod cert, astfel de mijloace aflate la dispoziția creditorului profesionist, care și le-a introdus în contractul de adeziune pentru a se asigura contra unor riscuri de neexecutare a contractului, au efect intimidant față de consumator, acesta nefiind în măsură să își realizeze dreptul pus la dispoziția sa de art. 6 din Legea nr. 193/2000. Pentru amănunte, a se vedea, Gh. Piperea, *Teoria clauzelor abuzive. Relația cu ordinea publică și abuzul de drept*, <http://www.piperea.ro/articol/despre-clauzele-abuzive-din-contractele-de-credit-bancar/>.

însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților.

Raportat la această definiție, în doctrină se consideră drept condiții principale pentru ca o clauză să fie considerată drept abuzivă: *lipsa negocierii contractuale* directe dintre profesionist și consumator, crearea unui *dezechilibru contractual semnificativ* în defavoarea consumatorului, *încălcarea exigenței de bună-credință*. Pe lângă aceste cerințe care reies în mod implicit din textul de lege, unii autori mai au în vedere două criterii suplimentare, de evaluare a unei clauze ca fiind sau nu abuzivă, respectiv criteriul listei cuprinzând clauzele considerate ca fiind abuzive prevăzută în anexa la Legea nr.192/2000 și criteriul celorlalte circumstanțe relevante prevăzute la art. 4 pct. 5 din același act normativ.

2.1. Lipsa negocierii contractuale directe dintre profesionist și consumator

Conform art. 4 alin. (2) și alin. (3) teza I din Legea nr. 193/2000 „o clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitate consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de comercianți pe piața produsului sau serviciului respectiv. Faptul că anumite aspecte ale clauzelor contractuale sau numai una dintre clauze a fost negociată direct cu consumatorul nu exclude aplicarea prevederilor prezentei legi pentru restul contractului, în cazul în care o evaluare globală a contractului evidențiază că acesta a fost prestabilit unilateral de profesionist”. Prin urmare, legea consacră criteriul imposibilității consumatorului de a influența conținutul clauzei contractuale, criteriu al identificării abuzului contractual¹⁴. Așadar, putem vorbi în cazul acestui gen de contracte și de o *prezumție de abuz de putere economică*, prezumție care poate fi răsturnată de profesionist prin proba unei negocierii efective¹⁵, adică a posibilității reale din partea ambelor părți de a stabili în comun conținutul contractului care urmează să se încheie, și nu simplele discuții de principiu în legătură cu anumite clauze¹⁶. În acest sens, conform art. 4 alin. (3) teza a II-a din Legea nr. 193/2000, „dacă un profesionist pretinde că o clauză standard

¹⁴ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, op. cit., p. 163-164.

¹⁵ F. Prip, *Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor contractelor de consum, în Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, coordonator P. Vasilescu, Ed. Sfera Juridica, Cluj-Napoca, 2006, p. 129.

¹⁶ Gh. Piperea, *Teoria clauzelor abuzive. Relația cu ordinea publică și abuzul de drept*, <http://www.piperea.ro/articol/despre-clauzele-abuzive-din-contractele-de-credit-bancar/>, op. cit.

preformulată a fost negociată direct cu consumatorul, este de datoria lui să prezinte probe în acest sens”.

Conform art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000, evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil. Raportat la aceste prevederi, doctrina a desprins patru consecințe principale, respectiv: sarcina probei caracterului negociat al contractului aparține comerciantului profesionist; clauzele negociate nu vor face obiectul controlului caracterului lor abuziv, chiar dacă acestea se dovedesc în cele din urmă ca fiind abuzive; dacă unele clauze au făcut obiectul negocierii, controlul clauzelor abuzive se extinde și asupra celorlalți termen contractuali nenegociați; clauzele care definesc obiectul principal al contractului sunt excluse de la controlul clauzei abuzive¹⁷.

2.2. Dezechilibrul contractual semnificativ în defavoarea consumatorului

Așa cum am arătat, cea de-a doua condiție principală pentru ca o clauză să fie considerată drept abuzivă o constituie crearea unui dezechilibru contractual semnificativ în defavoarea consumatorului. Întrucât noțiunea de „dezechilibru semnificativ” nu este definită în cuprinsul Legii nr. 193/2000, în doctrină există numeroase controverse legate de criteriile după care putem determina un asemenea dezechilibru, precum și de caracterele acestuia. Astfel, în determinarea dezechilibrului semnificativ se apreciază că, fie poate ține cont de un simplu *raport matematic*, fie de criteriul *dezechilibrului economic*, fie de criteriul *dezechilibrului juridic*, considerat ca fiind adevăratul criteriu legal de determinare a unei clauze ca fiind abuzivă¹⁸.

Pe de altă parte, dezechilibrul semnificativ poate avea caracter subiectiv sau obiectiv¹⁹. Prin urmare, dacă vorbim despre dezechilibrul economic, deși se consideră că acesta are caracter obiectiv²⁰, în realitate, în cuantificarea echilibrului dintre prestațiile părților trebuie avute în vedere toate circumstanțele încheierii contractului, fie că sunt obiective, fie că sunt subiective²¹, acestea urmând a fi apreciate *in concreto* de către judecător, prin raportare la un echilibru ideal.

¹⁷ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, op. cit., p. 164.

¹⁸ *Ibidem*, p. 166.

¹⁹ I. Fl. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în *Pandectele Române* nr. 2/2004, p. 208-209.

²⁰ Gh. Piperea, *Teoria clauzelor abuzive. Relația cu ordinea publică și abuzul de drept*, <http://www.piperea.ro/articol/despre-clauzele-abuzive-din-contractele-de-credit-bancar/>, op. cit.

²¹ A se vedea E. Poillot, *Droit europeen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, prefată de P. de Vareilles-Sommieres, LGDJ, Paris, 2006, nr. 2006, nr. 273 și urm., p. 138 și urm.

Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat, la rândul său, că în vederea constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale, trebuie stabilit un rezultat obiectiv al clauzei, acela de a crea un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților în detrimentul consumatorului, iar subiectiv trebuie încălcată buna credință²².

2.3. Încălcarea exigenței de bună-credință

O altă condiție esențială pentru ca o clauză contractuală să poată fi considerată drept abuzivă este aceea a încălcării exigențelor bunei-credințe. După cum s-a arătat în doctrină, la baza soluției referitoare la buna-credință din Directiva 93/13/CEE a stat modelul oferit de dreptul german, în special de Legea privind condițiile generale de afaceri din 9 decembrie 1976²³, cristalizându-se ideea interpretării „autonome” a conceptului de bună-credință, aceasta urmând a fi identificată și aplicată în concordanță cu spiritul legii și nu în concordanță cu perspectiva pe care sistemele naționale de fapt i-o atribuie²⁴. Astfel, din preambulul Directivei 93/13/CEE rezultă că în conformitate cu criteriile generale selectate, aprecierea caracterului abuziv al clauzelor, în special în cadrul activităților publice de vânzare sau furnizare, prin care se asigură servicii colective care iau în considerare solidaritatea dintre utilizatori, trebuie completată cu mijloace pentru efectuarea unei aprecieri globale a diferitelor interese implicate, ceea ce constituie o cerință de bună credință. Mai mult, la aprecierea bunei credințe, trebuie acordată o atenție deosebită forței pozițiilor de negociere ale părților, faptului de a ști dacă consumatorul a fost încurajat să-și dea acordul pentru clauza în cauză și dacă bunurile sau serviciile au fost vândute sau furnizate la cererea expresă a consumatorului. Condiția de bună credință poate fi îndeplinită de vânzător sau furnizor atunci când acesta acționează în mod corect și echitabil față de cealaltă parte de ale cărei interese legitime trebuie să țină seama. Așadar, simpla stipulare de clauze abuzive în contractele de consum poate fi asociată ideii de rea-credință, care poate fi calificată, la rândul său, drept cauza ilicită²⁵, sancționată cu nulitatea absolută²⁶.

²² ÎCCJ, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 833/23.02.2008. Pe de altă parte, în altă cauză, ÎCCJ a reținut în sens contrar că „acele clauze invocate de reclamantă nu pot fi considerate abuzive întrucât din punct de vedere obiectiv nu s-a creat un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților în detrimentul consumatorului, acest dezechilibru s-ar crea însă, în detrimentul asigurătorului prin anularea clauzelor, iar din punct de vedere subiectiv asigurătorul nu a procedat cu rea credință, dimpotrivă asiguratul își invocă propria culpă prin nerespectarea unei reguli prudențiale îndeobște admisă și pe care echitatea și obiceiul o adaugă legii”. A se vedea ÎCCJ, Secția a II-a civilă, dec. civ. nr. 3440 din 1.11.2007.

²³ A se vedea, în acest sens, B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Paris 2001, p. 41 și urm., cit. de L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, op. cit., p. 167.

²⁴ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, op. cit., loc. cit.

²⁵ I. Fl. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în *Pandectele Române* nr. 2/2004, op. cit., loc. cit.

De menționat că, pe lângă cele trei criterii cuprinse în definiția clauzelor abuzive de la art. 4 alin. (1) din Legea nr. 193/2000, doctrina de specialitate²⁷ identifică un al patrulea criteriu, respectiv o listă orientativă și neexhaustivă cuprinsă în anexa la lege și care redă, cu titlu de exemplu, clauzele ce pot fi considerate ca fiind abuzive²⁸.

3. Scurte considerații privind efectul clauzelor abuzive

Din punct de vedere al regimului sancționatoriu aplicabil clauzelor considerate drept abuzive, cadrul legal aplicabil este ușor neclar. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Directiva 93/13CEE, statele membre stabilesc că clauzele abuzive utilizate într-un contract încheiat cu un consumator de către un vânzător sau un furnizor, în conformitate cu legislația internă, nu creează obligații pentru consumator, iar contractul continuă să angajeze părțile prin aceste clauze, în cazul în care poate continua să existe fără clauzele abuzive. se rezumă să prevadă ca statele membre vor adopta măsurile legislative necesare pentru ca o clauză abuzivă să nu îl lege pe consumator, în timp ce restul contractului, dacă acesta poate subzista după eliminarea clauzei abuzive, să rămână obligatoriu pentru părți.

Nici textul care transpune aceste prevederi nu oferă indicii suficiente cu privire la sancțiunea aplicabilă clauzelor abuzive. Astfel, conform art. 6 din Legea nr. 193/2000, „clauzele abuzive cuprinse în contract și constatate fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege *nu vor produce efecte asupra consumatorului*, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua”.

Deși în doctrina românească s-a susținut atât teza nulității absolute a clauzelor abuzive²⁹, cât și aceea a considerării clauzei ca nescrise³⁰, ca urmare

²⁶ Conform art. 1238 alin. (2) C. civ.: „Cauza ilicită sau imorală atrage nulitatea absolute a contractului dacă este comună ori, în caz contrar, dacă cealaltă parte a cunoscut-o sau, după împrejurări, trebuia s-o cunoască”.

²⁷ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, op. cit.*, p. 167.

²⁸ Problema care se pune, raportat la acest criteriu este dacă, odată inclusă în lista clauzelor abuzive, o clauză trebuie automat declarată ca fiind abuzivă sau nu? Astfel, din punct de vedere al transpunerii directivei, majoritatea statelor membre au adoptat lista ca pe o anexă exemplificativă, dar neimperativă (the gray letter rule), astfel încât orice clauză se încadrează în această anexă, va fi prezumată abuzivă, fără a fi considerată automat abuzivă (de exemplu, Franța, Marea Britanie, Irlanda, Polonia), alte state membre au preferat varianta listei imperative (the black letter rule), astfel încât simpla încadrare a unei clauze în listă implică și caracterul abuziv al acesteia (de exemplu, Austria, Belgia, Grecia, Luxemburg), pe când unele state (Germania, Italia, Portugalia, Ungaria), au optat pentru un sistem nuanțat de transpunere care presupune atât liste negre, cât și liste gri. În acest sens, a se vedea L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, op. cit.*, p. 167.

²⁹ Pentru amănunte, a se vedea C. Toader, A. Ciobanu, *Un pas important spre integrarea europeană: Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, O.G. nr. 87/2000 privind răspunderea producătorilor și O.U.G. nr. 130/2000 privind contractele la distanță*, Revista de Drept Comercial

jurisprudenței constante din ultimii ani în materie de clauzelor abuzive a Curții de Justiție a Uniunii Europene, apreciem că unica sancțiune aplicabilă clauzelor constatate drept abuzive, este nulitatea absolută a acestora.

Deși în principiu avem de-a face cu o nulitate absolută parțială, întrucât constatarea nulității absolute a clauzelor abuzive nu duce, neapărat, la nulitatea întregului contract, dacă în urma înlăturării din contract a clauzei/clauzelor abuzive, contractul nu își mai poate produce efectele, atunci nulitatea se va extinde la întregul contract. În orice caz, clauzele abuzive fie pot fi înlăturate în totalitate din contract, fie pot fi înlocuite cu alte clauze compatibile cu legislația din domeniul protecției consumatorilor. Această soluție se desprinde implicit din dispozițiile din dispozițiile art. 13 și art. 14 din Legea nr. 193/2000³¹.

Pe de altă parte, legiuitorul a prevăzut, la art. 7 din Legea nr. 193/2000, că în măsura în care contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară rezilierea contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese. Acest text de lege a fost intens criticat în doctrina de specialitate pe considerentul că soluția propusă ar fi una aberantă, deoarece ar reprezenta o transpunere aproape nejuridică a textului similar din directivă³². În realitate, sancțiunea aplicabilă trebuie să fie nulitatea și nu rezilierea ori rezoluțiunea, întrucât introducerea unei clauze abuzive într-un contract nu reprezintă o neexecutare a unei obligații contractuale, ci o încălcare a unei norme prohibitive³³.

nr. 3/2001, *op. cit.*, p. 78; I. Fl. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în *Pandectele Române* nr. 2/2004, *op. cit.*, p. 231.

³⁰ A se vedea, J. Goicovici, *Dreptul consumației*, Ed. Sfera Juridică, 2008, p. 79 și urm.

³¹ Curtea Constituțională a României, sesizată cu o excepție de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 13 alin. (1) și (2) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, a respins excepția prin Decizia nr. 1.535/17.11.2009, arătând că: „fie că este sesizată direct de către consumator, fie prin intermediul procesului-verbal de constatare a faptelor contrare legii întocmit de reprezentanții împuterniciți ai Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor sau de specialiștii autorizați ai organelor administrației publice, instanța este unica autoritate care se va pronunța asupra existenței sau inexistenței clauzelor abuzive dintr-un contract. Curtea reține că, în prima ipoteză, răspunderea comerciantului are natură civilă delictuală, întemeiată pe dispozițiile Codului civil, în vreme ce, în cea de-a doua ipoteză, potrivit dispozițiilor art. 13 coroborate cu cele ale art. 16 din Legea nr. 193/2000, răspunderea are natură contravențională, fapta fiind sancționată cu amendă contravențională. Însă împrejurarea că actul de sesizare al instanței, care circumscrie cadrul procesual al controlului efectuat de către aceasta, este diferit în funcție de calea aleasă de persoana care are calitatea de consumator nu impiedică cu nimic asupra dreptului la apărare al comerciantului. În fața instanței de judecată, părțile au în egală măsură posibilitatea de a-și exercita garanțiile prevăzute de legea procesual civilă, formulând apărările pe care le consideră pertinente și utile cauzei”.

³² I. Fl. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în *Pandectele Române* nr. 2/2004, *op. cit.*, p. 214.

³³ C. Toader, A. Ciobanu, *Un pas important spre integrarea europeană: Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, O.G. nr. 87/2000 privind răspunderea producătorilor și O.U.G. nr. 130/2000 privind contractele la distanță*, *op. cit.*, p. 74-78.

În orice caz, în sprijinul ideii că sancțiunea aplicabilă clauzelor abuzive este nulitatea absolută, vine însuși caracterul general, de protecție a unui interes public al legislației privind protecția consumatorilor, dublat de faptul că reprezentanții împuterniciți ai Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor, precum și de specialiști autorizați ai altor organe ale administrației publice pot constata din oficiu existența unor clauze abuzive în contractele încheiate de profesioniști cu anumiți consumatori, sens în care pot solicita instanței de judecată obligarea profesionistului să modifice contractele aflate în curs de executare, prin eliminarea clauzelor abuzive ori pot aplica acestuia sancțiuni contravenționale³⁴.

³⁴ În conformitate cu prevederile art. 16 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori

DESPRE MODURILE DE CONSTITUIRE A CONTRACTULUI DE RENTĂ VIAGERĂ ÎN ACTUALUL COD CIVIL

*Mihaela Gabriela BERINDEI**

Résumé:

Le contrat de constitution de rente viagère a une nature juridique différente selon que la rente est constituée a titre gratuit ou onéreux. La rente viagère peut encore être temporaire, ce qui peut surprendre: en réalité, la date fixée est une limite, mais la rente s'éteint en cas de décès antérieur, ce qui lui conserve un caractère aléatoire.

Mots-cléf: *la constitution de rente viagère, le nouveau Cod civil*

Art. 2243 NCC prevede la alin. (1) că: „Renta viageră poate fi constituită cu titlu oneros, în schimbul unui capital de orice natură, sau cu titlu gratuit și este supusă, sub rezerva dispozițiilor capitolului de față, regulilor proprii ale actului juridic de constituiere”. Ca și în Codul civil de la 1864 (art. 1639-1640), observăm că legiuitorul prevede constituirea rentei viagere atât *cu titlu oneros*, cât și *cu titlu gratuit*. Cât privește beneficiarii rentei, aceștia pot fi: una dintre părțile contractante, anume credentierul sau terțul beneficiar. Legiuitorul a prevăzut că această creanță urmează regimul juridic specific actului prin care a fost constituită. Prin urmare, dacă renta a fost constituită printr-un contract de donație, atunci vor trebui respectate condițiile de fond și de formă ale acestui contract. Credem că merită subliniată diferența de semnificație a noțiunii de rentă viageră; pe de o parte, aceea de contract numit, iar pe de altă parte, de prestație din partea debirentierului. Este de reflectat dacă, formând obiectul unui alt contract, de pildă de donație, al cărui regim juridic diferă de cel al contractului de rentă viageră, denumirea prestației va mai fi aceeași, fără ca răspunsul să fie influențat de natura specifică a actului în care este stipulată. Este, de asemenea, de subliniat că, în situația în care beneficiarul rentei este un terț, și când aceasta s-a constituit cu titlu gratuit, forma contractului nu necesită îndeplinirea condiției de validitate cerută pentru liberalitățile între vii, care sunt donațiile, de regulă cea a înscrisului autentic.

Obiectul prestației creditorului îl constituie transmiterea proprietății unui bun mobil sau imobil ori a unui capital (sumă de bani). Creditorul nu devine în mod obligatoriu credentier. Dacă renta viageră se constituie în favoarea unui terț, nu a celui care a înstrăinat bunul sau a plătit capitalul, terțul beneficiar are calitatea de credentier. Creditorul contractează cu intenția de a-l gratifica pe

* Cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e_mail: mihaela.berindei@yahoo.com.

beneficiar astfel încât în raporturile dintre ei renta este supusă regulilor de fond prevăzute pentru donații; în raporturile dintre creditor și debirentier, contractul este cu titlu oneros și are caracter aleatoriu. Obiectul prestației debitorului îl constituie renta, care poate consta într-o sumă de bani sau alte bunuri fungibile.

1. Contract cu titlu oneros sau cu titlu gratuit

În cazul în care, corelativ obligației debirentierului de plată a rentei, din contract se naște în beneficiul acestuia dreptul de a primi în schimb un capital de orice natură¹, atunci contractul de rentă viageră este un contract *cu titlu oneros*. Contraprestația în considerarea căreia debirentierul se obligă poate să îmbrace cele mai diferite forme și trebuie să fie asumată de către cocontractantul său. *Caracterul oneros* al contractului de rentă viageră face ca acesta să fie și unul *sinalagmatic*, cu toate consecințele juridice ce decurg din această calificare².

Dacă debirentierul se obligă să plătească ratele de rentă cu intenția gratificării, fără a urmări să obțină, în schimb, vreun folos patrimonial, atunci contractul de rentă viageră este un contract *cu titlu gratuit, o liberalitate*. Vom fi, în realitate, în prezența unei *donații*, căci aceasta constituie liberalitatea *inter vivos* reprezentativă. Când renta viageră este constituită cu titlu gratuit printr-un act juridic *mortis causa*³, este vorba de un *legat cu titlu particular* cuprins, desigur, într-un *testament*.

2. Renta viageră stipulată în favoarea unui terț

Art. 2243 alin. (2) NCC prevede că: „*Atunci când renta viageră este stipulată în favoarea unui terț, chiar dacă acesta o primește cu titlu gratuit, contractul nu este supus formei prevăzute pentru donație*”. Există posibilitatea ca, printr-un contract intervenit între două părți, una dintre ele (*stipulant*) să stabilească în sarcina celeilalte (*promitent*) obligația de a efectua în favoarea unui terț (beneficiar) o prestație periodică ce are ca obiect o sumă de bani sau alte bunuri fungibile. În această ipoteză, care este cea clasică, a stipulației pentru altul, *terțul beneficiar* reprezintă un creditor al creanței de rentă, putând solicita obligarea promitentului să execute prestația de care este ținut. Acest act reprezintă o

¹ Legiuitorul român nu prevede exact ce înseamnă un „capital de orice natură”, în schimb legiuitorul francez reliefează faptul că renta viageră se poate constitui cu titlu oneros în schimbul unei sume de bani sau pentru un bun mobilier apreciabil ca valoare materială, ori pentru un imobil (art. 1968 C. civ. fr.: „La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble”).

² Pentru amănunte cu privire la clasificarea contractelor în unilaterale și sinalagmatice, a se vedea și B. Pătrașcu, I. Genoiu, *Diferite categorii de contracte*, în M. Uliescu (coord.), „*Noul Cod civil. Studii și Comentarii, volumul III, Partea I, Cartea a V-a, Despre obligații (art. 1164-1649)*”, p. 53-92.

³ Codul civil francez la art. 1969 prevede faptul că renta viageră poate fi constituită cu titlu gratuit prin donații între vii sau prin testament: „La rente viagère peut être aussi constituée, à titre purement gratuit, par donation entre vifs ou par testament”.

donatie indirectă, supusă condițiilor de fond ale donației, dar exceptată de la condițiile de formă ale acesteia.

Codul civil de la 1864 prevedea, de altfel, o dispoziție similară, invocată constant de doctrină pentru exceptarea donațiilor indirecte de la condiția formei autentice stabilită *ad validitatem* în materia donațiilor directe. Dar, spre deosebire de Codul civil de la 1864, actualul Cod civil stabilește obligația terțului beneficiar să opteze pentru a accepta sau nu stipulația. Dacă nu acceptă renta, dreptul său se consideră că nu a existat niciodată. De asemenea, creditorul poate să revoce renta, atâta timp cât acceptarea terțului nu a ajuns la el. Față de acest aspect, o simplă acceptare tacită nu este suficientă. Contractul de rentă viageră trebuie să îmbrace forma autentică, obligatorie pentru înscrierea în cartea funciară a drepturilor tabulare; donația sau testamentul necesită forma solemnă, indiferent de obiectul lor⁴.

3. Constituirea pe durata vieții mai multor persoane

„Renta viageră poate fi constituită pe durata vieții mai multor persoane, urmând ca, în acest caz, în lipsă de stipulație contrară, obligația de plată a rentei să înceteze la data la care decedează ultima dintre aceste persoane”, prevede art. 2244 C. civ. actual. Acest mod de constituire nu era prevăzut în Codul civil de la 1864. Observăm, astfel, cum legiuitorul permite părților să stabilească durata obligației de plată a rentei în funcție de viața mai multor persoane determinate, părți sau terți, în funcție de actul juridic prin care se constituie renta. În acest caz, obligația de plată a rentei viagere va subzista până la data la care intervine decesul ultimei persoane dintre acestea.

Totuși, având în vedere *principiul libertății contractuale*, părțile pot stabili ca obligația de plată a rentei constituită pe durata vieții mai multor persoane să înceteze la un alt moment decât cel indicat de art. 2244 NCC. Este însă nevoie ca voința părților să rezulte în mod *expres* din dispozițiile actului constitutiv al creanței de rentă viageră; în caz contrar se va ține cont de regula generală enunțată de articolul amintit. Dacă nu este stipulat în mod expres contrariul, decesul unui credentier nu duce, în principal, la stingerea parțială a rentei care urmează să fie plătită supraviețuitorului. Spre exemplu, în cazul decesului unuia dintre credentieri, cel rămas în viață poate beneficia de întreaga rentă, dacă nu s-a stabilit prin contract că, în această situație, obligația debirentierului se reduce la jumătate.

4. Constituirea în favoarea mai multor persoane

Codul civil, la art. 2245, prevede încă un mod de constituire a rentei viagere, și anume *constituirea în favoarea mai multor persoane*, unde obligația de plată a

⁴ A se vedea *Codul civil al României, Îndrumar notarial*, volumul II, Uniunea Națională a Notarilor Publici din România, Editor: R.A. „Monitorul Oficial”, București, 2011, p. 172.

rentei este indivizibilă în privința credentierilor, dacă nu s-a convenit altfel în contract. Această reglementare este preluată din Codul civil de la 1864 (art. 1643). Legiuitorul prezumă caracterul indivizibil al creanței de rentă viageră, lăsând posibilitatea părților de a înlătura acest caracter prin acordul lor de voință. Oricare dintre credentieri poate cere debirentierului executarea integrală a obligației de rentă viageră, iar plata făcută unuia dintre creditorii rentei îl eliberează pe debirentier față de toți credentierii. Aceștia nu sunt însă prezumați a-și fi încredințat reciproc puterea de a acționa pentru ceilalți în privința creanței de rentă. Dacă există mai mulți debirentieri, oricare dintre ei poate fi obligat la executarea integrală a obligației, plata făcută de unul dintre aceștia fiind liberatorie pentru toți. Dacă debirentierul decedează și are mai mulți moștenitori, credentierul poate cere oricăruia dintre moștenitori să execute în mod integral obligația de plată.

Cazuri de nulitate absolută a contractului de rentă viageră

5. Constituirea pe durata vieții unui terț deja decedat

Art. 2246 NCC prevede că: *„Este lovit de nulitate absolută contractul care stipulează o rentă constituită pe durata vieții unui terț care era decedat în ziua încheierii contractului”*. Actuala reglementare este asemănătoare cu cea din Codul civil de la 1864, care sancționa cu nulitatea absolută contractul de *„rendită pe viață”* înființat în favoarea unei persoane care era deja decedată *„în momentul facerii contractului”* (art. 1644), cu singura deosebire că vechiul text de lege făcea referire la *„momentul”* încheierii contractului și nu la *„ziua”* încheierii acestuia.

În actualul Cod civil, întrucât legiuitorul vorbește despre un terț care era decedat în *ziua încheierii contractului*⁵, ne întrebăm dacă sancțiunea nulității absolute se aplică și în ipoteza în care ziua încheierii contractului coincide cu ziua încetării din viață a terțului? În acest caz, credem că se poate stabili, prin orice mijloc de probă, că la *momentul încheierii contractului* terțul era în viață, decesul survenind ulterior, după încheierea contractului. Din acest motiv, considerăm că există o diferență semnificativă între termenii *„ziua”* și *„momentul”* încheierii contractului. În opinia noastră, era de preferat soluția adoptată de legiuitor în Codul civil de la 1864, iar nu cea din actuala reglementare.

S-ar putea oare considera și că, în măsura survenirii morții terțului în aceeași zi cu aceea a încheierii contractului, nulitatea absolută va interveni indiferent de succesiunea acestora? Fie că faptul morții s-a produs anterior acordului de voințe, fie că decesul a fost ulterior, dar în aceeași zi, soarta

⁵ Credem că legiuitorul român s-a inspirat din Codul civil francez, care prevede la art. 1974 că orice contract de rentă viageră constituit în favoarea unei persoane care era decedată în ziua contractului nu produce nici un efect: *„Tout contrat de rente viagère créé sur la tête d’une personne qui était morte au jour du contrat ne produit aucun effet”*.

contractului este aceeași? Din faptul că art. 2246 C. civ. este redactat la trecut, înseamnă că, pentru a interveni nulitatea de drept, moartea terțului trebuie să fi avut loc deja. Dacă este așa, înseamnă că, în adevăr, semnificațiile diferite ale *momentului*, respectiv ale *zilei* încheierii contractului, pot avea efecte specifice în ordinea de idei care ne preocupă.

6. Constituirea pe durata vieții unei persoane afectate de o boală letală

Art. 2247 NCC prevede că: „*Nu produce, de asemenea, niciun efect contractul prin care s-a constituit cu titlu oneros o rentă pe durata vieții unei persoane care, la data încheierii contractului, suferea de o boală din cauza căreia a murit în interval de cel mult 30 de zile de la această dată*”. Această reglementare constituie încă un caz special de nulitate absolută a contractului de rentă viageră, nulitate atrasă de împrejurarea că renta a fost constituită pe durata vieții unei persoane afectată de o boală letală care a constituit cauza morții acesteia în interval de 30 de zile de la data încheierii contractului. Față de *caracterul imperativ* al noii reglementări, părțile nu pot înlătura, prin acordul lor de voință, aplicabilitatea art. 2247 C. civ.

Astfel, este necesar să fie îndeplinite, cumulativ, următoarele *condiții*:

1) renta să se constituie cu titlu oneros; în caz contrar, apreciem că textul art. 2247 nu se aplică;

2) la data încheierii contractului, persoana pe durata vieții căreia a fost stabilită renta viageră (credirentierul, debirentierul sau o altă persoană) să fi suferit de o boală; credem că nu are importanță momentul manifestării acesteia, cauza sau natura bolii, ori șansele de însănătoșire;

3) boala de care suferea respectiva persoană să fi constituit cauza morții acesteia; considerăm că, dacă motivul decesului nu îl constituie acea boală, sau dacă decesul este cauzat de o boală care a apărut după momentul încheierii contractului, textul art. 2247 nu este aplicabil;

4) decesul să intervină într-un interval de cel mult treizeci de zile de la data încheierii contractului; în Codul civil de la 1864, intervalul de timp în care putea surveni decesul era mai mic (și anume, de douăzeci de zile de la data încheierii contractului);

5) durata rentei să fi fost stabilită *exclusiv* în funcție de durata vieții persoanei care a decedat din cauza bolii de care suferea la momentul încheierii contractului și în intervalul de timp indicat. Menționăm că, dacă renta a fost constituită pe durata vieții mai multor persoane și numai una sau unele dintre acestea decedează în condițiile arătate, credem că acest contract poate rămâne valabil.

SIMPLIFICAREA DREPTULUI PRIVAT. ASPECTE DE DREPT EUROPEAN

Andrei DUȚU-BUZURA*

Abstract:

This paper offers a brief analysis of the process of simplification of law, in relation to the efforts of creating and imposing an efficient system of European private law. By taking into consideration the theoretical aspects of soft law (droit souple or mou in French doctrine), the author exposes an original perspective on the official approach of regulation in the field of private law, at the level of the EU regulatory bodies.

Given the recent efforts of unification and simplification of European private law, and also the difficulties faced both by scientists and the afferent regulatory bodies, it is necessary to adopt a new standing in evaluating the importance of a new jus commune europaeum, as a proper element of unity and integration at a continental level. Sharing a long legal and juridical tradition, now differentiated amongst the member states of the EU, private law still preserves its fundamental principles and concepts that remain unchanged throughout the national and political specificities of the individual legal systems.

Taking into account the fertile ground upon which a new legal system can be freely built, creating and gaining acceptance for a European private law, a modern, a simplified and adaptive corpus of regulations, becomes more of a creative activity, rather than a formalist act of regulation. It is to the recipient of the norm the burden of proving the utility and practicality of the new legal dispositions, as they may or may not pass the test of time.

Keywords: *European law, private law, simplification of law, soft law, legal culture.*

Introducere

Influența integrării europene asupra sistemelor juridice naționale ale statele membre ale structurilor fost-comunitare, actual unional-europene, s-a dovedit a fi determinantă asupra evoluției firești a sistemelor de drept, atât la nivel intern, cât și la nivelul Uniunii Europene. Depășind cu mult obiectivele inițiale ale Comunităților, devenite o singură Comunitate care, la rândul său, a fost transformată într-o Uniune, dreptul european a constituit atât un factor esențial de coeziune, cât și cauza celor mai multe chestiuni problematice de natură politică, administrativă și, nu în ultimul rând, culturală.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea Ecologică din București; contact@andreidutu.net

Impunerea unui sistem juridic unic, ale cărui incidente s-au extins treptat, de la domenii bine determinate, la o portanță cvasi-exhaustivă, a impus adaptări și transformări rapide, uneori necesare, alteleori cu caracter de inovație, care au dus la o formă atipică de reglementare trans-națională, uniformă și totuși diferențiată, purtătoare a multiple valențe și interpretări.

Fără a rămâne indiferentă la asemenea manifestări ale juridicului pe plan european, doctrina a încercat să teoretizeze tendințele și posibilele evoluții ale unui asemenea *corpus* de reglementări inovator, precum este dreptul Uniunii Europene, formulând în același timp propuneri *de lege ferenda* care să constituie următorul pas în procesul continuu de integrare europeană cu care se confruntă și la care contribuie sistemele de drept ale statelor naționale.

În acest context, dreptul privat ocupă o poziție în același timp delicată, cât și de pionierat. Constituind un element esențial al oricărui sistem juridic național, raporturile de drept privat au făcut obiectul celor mai reprezentative opere de reglementare și codificare ale continentului; plecând de la Codul civil francez (napoleonian) din 1804, „constituțiile civile” ale statelor europene au avut la bază aceleași principii, aceleași concepte și instituții și, mai mult decât atât, au promovat aceleași valori sociale și culturale, tributare atât originilor de drept roman ale acestora, cât și contextului geopolitic european. Dacă, din perspectivă istorică, odată cu căderea regimurilor totalitare din Europa de Est, statele fost-socialiste au avut oportunitatea de a adera la spațiul comunitar/unional, această integrare a fost facilitată inclusiv de apropierea sistemelor de drept și convergența acestora la nivel de principii și instituții fundamentale.

Astfel, accelerarea unificării regimurilor juridice europene și consolidarea structurii ce poate deveni cu ușurință un nou *jus commune europaeum* nu a rămas deci străină dreptului privat. Însă dincolo de numeroasele puncte comune dintre sistemele de drept ale statelor membre ale Uniunii Europene, există totuși o serie de divergențe, mai degrabă socio-politice decât juridico-teoretice, care constituie încă piedici în calea constituirii unui drept privat european.

Alăturând trend-ului unificator de conceptul de simplificare a dreptului, constatăm existența unui construct teoretic inovator, a cărui convergență poate contura pe viitor evoluțiile dreptului european, atât la nivel teoretic, cât mai ales la nivelul concret al aplicabilității sale.

1. Cadrul conceptual al simplificării dreptului

Într-un studiu publicat de Consiliului de Stat francez pe anul 2013, instanța supremă administrativă a Franței introduce un nou concept în cadrul teoriei dreptului, anume cel de *drept suplu*¹. Astfel, această nouă abordare ar avea ca

¹ Mircea Duțu, „*Dreptul suplu*”, între concept și practică, în rev. Pandectele Române, nr. 6/2014, p. 11;

scop, principal și declarat, simplificarea reglementării și sporirea calității textelor legale. Contextul în care a impus conceptualizarea acestei abordări a fost determinat în primul rând inflația legislativă în domenii din cele mai diverse, atât la nivel general, dar mai ales sectorial și sub-sectorial. Pentru ca o normă să reprezinte drept suplu, Consiliul de Stat francez propune ca aceasta să îndeplinească trei condiții cumulative: să modifice sau să orienteze comportamentele destinatarilor săi, determinând pe această cale adeziunea lor; să nu creeze drepturi și obligații noi pentru acești destinatari; și, în fine, să prezinte un grad de formalizare și de structurare asemănătoare regulilor de drept.

Înalta instanță franceză surprinde în cuprinsul documentului domeniile în care dreptul suplu s-a manifestat cel mai pregnant, anume codurile de bună conduită, recomandările de bune practici, noua guvernanță economică a Uniunii Europene ș.a. Se concluzionează, în cadrul aceluiași raport, că printr-o utilizare rațională, dreptul suplu va contribui semnificativ la politica de simplificare a normelor și la sporirea calității reglementării, oferind actorilor publici un spațiu de expresie juridică în afara instrumentelor pur prescriptive. Pe această cale s-ar multiplica mijloacele de acțiune ale autorităților publice, dar și ale actorilor privați. Există un risc, se subliniază în raport, în acest context, în sensul unei dezvoltări anarhice a unor asemenea dispoziții, care să afecteze în mod negativ principiul legalității. În fine, dreptul suplu constituie un semnal al adaptabilității juridicului și contribuie la o veritabilă regenerare a sistemului juridic.

În această logică a „inițiativei private” în procesul de reglementare se înscrie și demersul unui număr de structuri academice *ad hoc* constituite la nivelul Uniunii Europene, de a conceptualiza un drept privat european, care să reunească o tradiție juridică comună a statelor membre UE sub același cadru reglementativ: un Cod civil european.

2. Dreptul privat în noua ordine juridică europeană

În contextul proceselor accelerate de integrare și unificare europeană, dreptul privat este supus, în prezent, unor transformări majore, ca parte a schimbării radicale suferite de cultura juridică europeană în ansamblul său. Printre cauze, se remarcă în doctrină, s-ar număra abordarea „instrumentalistă și impresionistă” a directivelor, stilul pragmatic al jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, rolul subversiv pe care îl are dreptul comparat prin metoda sa funcțională, aspectele de ordin economic, perspectivele culturale și politice date de comunitatea științifică, succesul instrumentelor cvasi-juridice ce se bazează pe autoritatea substanțială mai degrabă decât pe adoptarea formală a normei (ceea ce poate fi calificat ca „drept suplu”) și, nu în ultimul rând, de-pozitivarea educației juridice ca urmare a implementării Declarației de la

Bologna² din 1999. Prin urmare, avem de-a face cu o cultură juridică mai puțin formală, mai puțin dogmatică și mai puțin pozitivistă decât culturile juridice naționale (tradiționale) din spațiul european.

Într-un atare context, lipsit de un cadru formal și oficial adecvat, dreptul privat european constituie, totuși, produsul unei lungi tradiții, o expresie modernă a unui sistem juridic suficient de matur pentru a-și dezvolta propriile principii. Elaborate și publicate de Comisiei privind Dreptul european al Contractului, sub conducerea prof. Ole Lando (din cadrul „Copenhagen Business School”), acestea fac disponibil destinatarilor lor un set de reguli detașate de particularitățile oricărui sistem juridic național, o formulare modernă a unei *lex mercatoria* la care se pot raporta inclusiv instanțele de judecată în soluționarea litigiilor³. Dar finalitatea enunțării unor asemenea principii o constituie, bine înțeles, redactarea unui veritabil Cod civil european, fără a se exclude însă și valoarea acestora ca inspirație pentru adoptarea legislațiilor naționale, cum a fost cazul Codului civil român intrat în vigoare la 1 octombrie 2011.

Însă acest demers, chiar dacă mai mult sau mai puțin teoretic, urmărește ca scop ultim unificarea și simplificarea dreptului privat european, mai întâi printr-o asimilare organică a principiilor sus-menționate, pentru ca mai apoi, acest proces să fie încununat de adoptarea unui Cod civil european. Din această perspectivă, atât „unificarea” cât și „simplificarea” dreptului privat dobândesc valențe distincte, compatibile atât cu formele intermediare ale procesului, cât și cu potențiala formă finală a acestuia.

2.1. În primul rând, unificarea dreptului privat se poate realiza, cum am arătat, prin asimilarea treptată sau organică a dreptului european în cadrul reglementărilor naționale din domeniu. Dacă, în alte ramuri ale dreptului, o atare influență este semnificativă, cum ar fi în dreptul comercial, al afacerilor sau dreptul mediului, dreptul civil s-a dovedit până în prezent mult mai reticent față de atari influențe europene. Și aceasta tocmai datorită specificului regimurilor juridice și politice ale statelor membre UE, unde reglementarea în domeniul privat reprezintă, încă, o manifestare a specificului național, a suveranității, a tradițiilor juridice interne și a continuității statale. Această concluzie, deși confirmată de practică, este totuși imperfectă, tocmai datorită faptului că, în Europa, codificarea dreptului civil s-a realizat având la bază, pe de o parte, tradiția comună a dreptului romano-german, iar pe de altă parte, influența atât formală, cât și materială, a Codului civil francez de la 1804. Astfel, în ciuda diferențelor evidente, dreptul privat european constituie un bloc unitar cel puțin la nivel principal și conceptual, diferențele dintre sistemele naționale,

² Martijn W. Hesselink, *Noua cultură juridică europeană*, în vol. „Studii de drept privat comparat”, Ed. Themis Cart, București, 2008, p. 63;

³ Rainhard Zimmermann, *Dreptul comparat și europenizarea dreptului privat*, Ed. Themis Cart, București, 2009, p. 48;

deși uneori semnificative sub aspect numeric, nefiind un factor de discordanță față de trunchiul comun de origine.

În al doilea rând, unificarea ar implica și aspectul formal, respectiv adoptarea unui Cod civil european propriu-zis. Un atare demers s-ar confrunta, însă, cu mai multe provocări, manifestate în special în domeniul tehnicii legislative, al procesului european specific de reglementare, al raportului unui asemenea document cu Tratatul s.a.m.d. Dacă luăm în considerare și aspectele de ordin politic ce pot fi puse în discuție în acest context, putem vorbi de un efort, dacă nu imposibil, atunci cel puțin foarte ambițios, în ciuda entuziasmului comisiilor academice de specialitate în realizarea proiectului de Cod civil european.

2.2. În ceea ce privește aspectul simplificării dreptului privat, observăm, în primul rând, faptul că, la nivel european, avem de-a face cu un veritabil drept suplu, atât sub aspect formal, cât și sub aspect material. Astfel, în primul rând, toate documentele realizate în acest sens de grupuri de cercetare academică în domeniu, sub conducerea unor mari personalități ale învățământului juridic european (Ole Lando, Ugo Mattei, Christian von Barr ș.a.) nu constituie, în ultimă instanță, decât demersuri private, fără caracter normativ, care pot servi cel mult, cum am arătat în cadrul discuției privind principiile dreptului privat european, ca o exegeză a normelor juridice și un sprijin în redactarea unor acte normative. Or, revenind la teoria dreptului suplu, o atare abordare se articulează perfect pe noile deziderate teoretice în materie, pe „deschiderea” dreptului spre contribuții străine organelor legislative propriu-zise, în speță spre autoritățile academice din domeniul juridic, în vederea propunerii unor instrumente care să servească atât practicii, cât și organelor legislative. Crearea de drept suplu poate implica, deci, și simplificarea procesului legislativ, atât la nivel unional-european, cât și la nivelul reglementărilor național care, cum am arătat, pot integra concluziile cercetărilor respective în actele normative interne.

În al doilea rând, simplificarea poate implica, la nivel tehnic, recurgerea la un act normativ unic, cu portanță europeană, care să reglementeze un număr mare de aspecte privind dreptul privat. Astfel, cel puțin sub aspect al economiei reglementărilor, s-ar elimina o serie de acte normative, atât unional-europene, cât și ale statelor membre, eficientizându-se pe această cale două niveluri ale sistemului juridic. Cum am arătat și mai sus, o atare abordare s-ar confrunta, în practică, cu numeroase piedici de ordin formal și material, foarte dificil de surmontat la momentul actual.

2.3. Sub aspectul conținutului reglementărilor de drept privat, observăm că, în cazul documentelor invocate mai sus – „Principiile”, „Cadrul comun de referință privind dreptul contractelor”, „Nucleul comun al dreptului privat

europăean” – nu propun o simplificare propriu-zisă a dispozițiilor normative; din această cauză, putem afirma că, la acest nivel, simplificarea operează mai puțin decât la cel formal și/sau de legiferare. Astfel, în domeniul privat-european, simplificarea ține mai degrabă de momentul anterior adoptării normei și posterior, de aplicare, a acesteia, și mai puțin de conținutul efectiv al dispoziției legale.

3. Formalism și simplificare în dreptul privat

Acest nou drept privat european și, la o scară mai largă, noua cultură juridică europeană, sunt caracterizate în principal de un formalism mult mai redus decât culturile juridice tradiționale ale Europei. O atare perspectivă este adoptată și de către actorii judiciari, care, în opinia unui autor, „par să împărtășească o încredere mai moderată în capacitatea de abstractizare și în forța conceptelor”⁴. Se abandonează, deci, abordarea dogmatică și sistemică specifică domeniului, în favoarea instrumentalizării juridicului, ca element util în urmărirea unor obiective de natură economică, socială, culturală sau politică, într-un cuvânt, se are în vedere o perspectivă (aproape) exclusiv funcțională a dreptului. Și aceasta în condițiile în care, în ansamblul său, sistemul juridic european devine extrem de mai pragmatic, acordându-se din ce în ce mai multă atenție consecințelor regulilor și deciziilor juridice; prin urmare, scade gradul de încredere în răspunsurile corecte și în integritatea, obligativitatea și raționalitatea unui sistem juridic dat, care ajunge mai degrabă să fie considerat drept contingent, depinzând de liniile impuse de factorii de decizie politică și devenind, practic, un sistem incert.

Se poate vorbi, în același timp, despre o diminuare a caracterului pozitivist și de o intensificare a pluralismului, ce determină o relativizare a dreptului pozitiv național. Ca o manifestare a fenomenului de „drept suplu”, importanța textelor juridice, în special a codurilor, este în scădere, accentul fiind pus pe actorii juridici și strategiile lor, atât publici cât și privați. În fine, sub impactul unor domenii de reglementare orizontale (precum dreptul mediului), se constată o dizolvare a „granițelor” dintre ramurile de drept tradiționale, domeniul juridic devenind, în mare parte, trans-disciplinar⁵.

3.1. Ca un argument în favoarea acestor tendințe, se reproșează lipsa de transparență a culturii juridice tradiționale, datorată în principal unui formalism exacerbat, atât la nivelul elaborării normei, cât și la cel al percepției și aplicării acesteia de către destinatarii săi. În acest context, constatăm că, în ceea ce privește dreptul privat european, acțiunea în vederea eliminării pe cât posibil a unui atare formalism a progresat semnificativ. Astfel, așa cum am arătat și mai

⁴ Martijn W. Hesselink, op. cit., p. 63;

⁵ Martijn W. Hesselink, op. cit., p. 64;

sus, pentru moment, în ceea ce privește redactarea și impunerea normei, este preferată tehnica dreptului suplu, mult mai ușor de adaptat și de conformat necesităților sociale, de o amplitudine semnificativă, dat fiind spațiul geografic de reglementare; „grefarea” unor principii și concepte comune pe cadrul deja existent al reglementărilor naționale în domeniul dreptului civil impune, deci, o accesibilizare a acestuia față de particularii europeni, destinatari ai normelor, simplificând în același timp și percepția acestora asupra normei de drept.

În același timp, sub aspectul conținutului normei, simplificarea și accesibilizarea acesteia se manifestă mult mai accentuat, mai ales în ceea ce privește materia contractelor. Ca exemplu, arătăm că, sub influența evidentă a sistemului de *common law*, datorată atât necesității de integrare a Marii Britanii în sistemul european de drept privat, cât și influențelor globalizării economice promovate în principal de Statele Unite ale Americii, formalismul specific dreptului contractelor, astfel cum este prezent într-un mare număr de sisteme naționale de drept privat, este înlocuit cu o dinamică originală, tributară în principal nevoii de adaptare la noile imperative economico-sociale. Astfel, în cazul contractelor ce impun forma scrisă atât *ad validitatem*, cât și *ad probationem*, noul drept privat european propune eliminarea parțială a acestora, prin conferirea unei valori sporite înscrisului în formă electronică sau prin consacrarea unor mijloace de probă atipice din perspectiva dreptului privat „tradițional” pentru anumite contracte. Se favorizează, pe această cale, dinamica raporturilor comerciale, se elimină piedici ce ar fi întârziat îndeplinirea obligațiilor și satisfacerea drepturilor părților contractate și se facilitează tranzacționarea fără limitări de ordin spațial și/sau temporal.

În plus, datorită faptului că dreptul privat european se adresează tuturor statelor membre ale Uniunii Europene, s-a pus problema alegerii unei limbi de circulație internațională, pentru redactarea uniformă a contractelor într-un anumit domeniu; astfel, în cazul asigurărilor, de exemplu, s-a propus prin proiectul unui cadru de referință comun în domeniu, ca limba redactării tuturor contractelor de asigurare la nivel european să fie limba engleză, ca o condiție cerută *ad validitatem*, iar traducerile în limbile naționale ale părților să nu aibă caracter oficial, constituind numai un început de dovadă scrisă! Acest exemplu, deși extrem, subliniază caracterul delicat al unei perspective holistice asupra dreptului privat european, în condițiile în care factorul politic joacă, încă, un rol esențial în raporturile de putere la nivelul Uniunii Europene.

Considerăm că o atare abordare necesită, în același timp, mijloace sporite de securitate a raporturilor și a circuitului civil, dat fiind că o transparență sporită atrage după sine și vulnerabilități multiple, dificil de identificat la momentul actual, și care nu pot fi determinate decât după o experiență practică îndelungată.

4. Concluzii

Deși se află încă la un nivel incipient sub aspectul conceptualizării, dreptul privat european constituie un exemplu util în sprijinul curentului actual de simplificare a dreptului, de modernizare și de adaptare la noile necesități socio-economice ale globalizării. Beneficiind de instrumente teoretice flexibile, comune într-o foarte mare parte sistemelor de drept național, dreptul privat european, în forma sa actuală, nu constituie decât o fază embrionară a unui potențial *jus commune europaeum*, o evoluție și în același timp o recunoaștere a principiilor și valorilor comune ce guvernează dreptul civil la nivel continental, având ca scop final comun eficientizarea raporturilor și circuitului civil.

Găsirea unui numitor comun între tradiție și modernitate, armonizarea necesităților concrete cu *corpus*-ul de reglementare existent la nivelul sistemelor naționale de drept și, nu în ultimul rând, flexibilizarea normei spre o mai bună receptare și conformare constituie obiectivele imediate ale dreptului privat european, atât în sens de drept propriu-zis al Uniunii Europene, cât și ca drept al unui stat membru al marii familii a culturii juridice continentale. Având la dispoziție instrumente adecvate, în ciuda dificultăților inerente, dreptul privat european poate constitui o ramură de pionierat în crearea dreptului european post-modern.

INFLUENȚA CONVENȚIEI DE LA HAGA DIN 2005 ASUPRA REGLEMENTĂRII ACORDULUI DE ALEGERE A FORULUI ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT ROMÂNESC

**The impact of Hague Convention of 2005 on the regulation of choice of
court agreements in romanian private international law**

Cosmin DĂRIESCU*

Abstract:

On December 4, 2014, European Union ratified the Hague Convention of 2005 on Choice of Court Agreement.

This paper analyses the new choice of court rules introduced in the Romanian Private International Law by the treaty and compares them with the provisions of Articles 1066 and 1067 Code of Civil Procedure.

By article 2, the treaty fills the gap created by the vague provisions of Articles 1066 and 1067 Code of Civil Procedure on the domain of civil international litigations where parties can conclude valid agreements. In the interest of simplification of Romanian regulation of Private International Law and for the harmonization of these rules with the European Union Law it is mandatory to modify articles 1066 paragraph 3 and 1067 paragraph 3, because these articles of law are inconsistent with Article 5 paragraph 2 of the Convention.

The choice of court should observe the international exclusive jurisdiction of the Romanian courts as well as of foreign courts.

The formal requirements of the choice-of-court agreements are governed by the material rule of Article 3 letter c of the treaty. The substantial requirements are subjected to the law of the State where the chosen court is situated (Article 5 of the treaty) with the exception of the legal capacity of the parties. This capacity is governed both by the law of the State of the chosen court and by the law of the State of the derogated court (Article 6).

A convenient and efficient solution for the Romanian legislator would be the repeal of Articles 1066 and 1067 Code of Civil procedure replacing them with an article of law which would refer to the Hague Convention of 2005.

Keywords: *choice-of-court, Hague Convention, Romania, Civil Procedure Code, international jurisdiction*

În data de 4 decembrie 2014, prin Decizia Consiliului nr. 2014/887/EU¹, Uniunea Europeană a ratificat Convenția de la Haga asupra acordurilor de

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Al.I. Cuza” din Iași.

alegere a forului², încheiată pe 30 iunie 2005, sub auspiciile Conferinței de Drept Internațional Privat. Instrumentul de ratificare, împreună cu declarația din Anexa nr. I privind excluderea unor contracte de asigurare din domeniul de reglementare al convenției, vor fi depuse, potrivit art. 2 al deciziei, în termen de o lună de la data de 5 iunie 2015. Deoarece, Convenția de la Haga din 2005 a fost ratificată pe 26 septembrie 2007 de către Statele Unite Mexicane (Mexic), tratatul internațional va intra în vigoare între UE și Mexic cel mai târziu pe 1 noiembrie 2015, conform art. 31 al tratatului³. Tratatul a fost semnat și de Statele Unite ale Americii, dar nu a fost încă ratificat de Senatul american, așadar nu va lega juridic și S.U.A..

În literatura de specialitate, se arată că acest tratat reprezintă un reper în procesul de integrare europeană, fiind primul tratat încheiat de Uniunea Europeană, fără ca statele-membre componente să figureze ca părți⁴.

Modul în care prevederile convenției în materia competenței internaționale se articulează cu cele ale Regulamentului nr. 1215/2012 (Brussels I reformulat) este clarificat în art. 26 alin. (6) din convenție, articol explicat și în expunerea de motive ce însoțește Propunerea de decizie a Consiliului, COM (2014) 46 final⁵. Astfel, dispozițiile convenției prevalează asupra normelor de competență neexclusive cuprinse în Regulamentul nr. 1215/2012, atunci când cel puțin una dintre părți își are reședința într-un stat contractant al convenției (deocamdată doar Mexicul). Regulamentul nr. 1215/2012 va avea preferință asupra reglementărilor convenției în situația în care ambele părți își au reședința într-un stat –membru al Uniunii Europene sau într-un stat din afara uniunii care nu este nici parte la convenție. În materia recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești întemeiate pe un acord exclusiv de alegere a forului, Regulamentul Brussels I reformulat se va aplica dacă și instanța de origine și cea solicitată sunt din Uniunea Europeană.

Din ianuarie 2007, România este membră a Uniunii Europene. În curând, pe 1 noiembrie acest an, tratatul va fi în vigoare pentru relațiile dintre România și

¹ Publicată în Jurnalul Oficial L353/5 din 10 decembrie 2014.

² Textul autentic poate fi consultat la următoarea adresă web: <http://ec.europa.eu/world/agreements/downloadFile.do?fullText=yes&treatyTransId=13223> (accesată pe 4 februarie 2015). Versiunea în limba română poate fi consultată la următoarea adresă web: <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/files/download/082dbcc54314a3a30143e2b6d0352942.do> (accesată pe 5 februarie 2015).

³ Rafael Arenas, *La aprobación por la UE del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos*, p. 2 – articol disponibil la următoarea adresă web: https://www.academia.edu/10368527/La_aprobaci%C3%B3n_por_la_UE_del_Convenio_de_La_Haya_sobre_acuerdos_de_elecci%C3%B3n_de_foro_un_cruce_de_caminos (accesat pe 4 februarie 2015) și publicat în revista *La Ley-Unión Europea* no. 22 din ianuarie 2015.

⁴ Pentru detalii, a se vedea Rafael Arenas, *op. cit.*, p. 12.

⁵ Disponibil la următoarea adresă web: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com%282014%290046_/com_com%282014%290046_en.pdf (accesată pe 4 februarie 2015).

Statele Unite ale Mexicului. S-ar putea ca, în decursul timpului, tratatul să intre în vigoare și în relațiile țării noastre cu Statele Unite ale Americii. În acest context, este de dorit, ca juriștii români să studieze noul set de norme de privind alegerea forului și să-l integreze în reglementarea și așa prea complicată a Dreptului internațional privat românesc. Lucrarea de față își propune să ușureze truda specialiștilor în atingerea acestor două obiective.

Conform art. 1, convenția are ca obiect acordurile de alegere exclusivă a forului încheiate în litigii cu element de extraneitate, în materie civilă și comercială. Prin urmare, tratatul internațional reglementează o instituție asemănătoare celei descrise în art. 1066 alin. (1) și art. 1067 C. pr. civ. În doctrină, s-a exprimat opinia că cele două articole se referă la două instituții diferite, respectiv la convenția de prorogare de competență internațională a instanțelor române și convenția de derogare voluntară de competență⁶. Această diviziune ni se pare mult prea sofisticată și lipsită de utilitate practică. Așa cum însăși doctrina recunoaște, convențiile de derogare și de prorogare sunt îngemănate, prorogarea competenței unei instanțe însemnând derogarea de la competența alteia⁷. O lectură atentă a art. 1067 C. pr. civ., relevă faptul că legiuitorul a avut în vedere și ipoteza descrisă în alin. (1) al art. 1066 C. pr. civ., când instanțele române sau o instanță românească devin competente să judece litigiul, prin voința părților. Existența alin. (1) al art. 1066 C. pr. civ. pare mai degrabă un vestigiu al unei redactări anterioare a Codului, decât rodul unei intenții exprese a legiuitorului. În opinia noastră, cele două texte de lege se referă la o instituție unică: convenția exclusivă de alegere a forului.

Sfera noțiunii de „materie civilă și comercială” utilizată de art. 1 al convenției este extrem de cuprinzătoare, chiar vagă, ca și sfera noțiunilor de „materii având ca obiect drepturi de care ele dispun liber” [art. 1066 alin. (1) C. pr. civ.] sau „în materie patrimonială” (art. 1067). De aceea, precizările art. 2 ale tratatului internațional, unde sunt enumerate litigiile cu element de extraneitate excluse din domeniul de reglementare al tratatului, sunt binevenite. În cazul convenției de prorogare a competenței instanței române, doctrina românească a încercat să explice textul legal atât de laconic, făcând apel la prevederile art. 126 C. pr. civ.⁸ Comparând cazurile enumerate în art. 2 al tratatului cu cele din art. 126 C. pr. civ., constatăm că tratatul internațional exclude din domeniul său de reglementare, convențiile de alegere a forului în materia raporturilor juridice cu element de extraneitate stabilite cu consumatorii [art. 2 alin. (1) lit. a)], convenții supuse unei restricții în dreptul intern românesc prin art. 126 alin. (2) C. pr. civ. (convențiile în această materie se consideră nescrise dacă dreptul la despăgubire nu era născut în momentul în care au fost încheiate). Tratatul

⁶ Flavius George Păncescu, *Drept procesual civil internațional*, Ed. Hamangiu, București 2014, p. 118-124.

⁷ Flavius George Păncescu, *op. cit.*, p. 118 și 124.

⁸ Flavius George Păncescu, *op. cit.*, p. 126.

internațional exclude din domeniul său de reglementare convențiile de alegere exclusivă a forului în raporturi internaționale de dreptul muncii [art. 2 alin. (1) lit. b)]. Cu alte cuvinte, tratatul acceptă că și în aceste litigii cu element de extraneitate se poate încheia o astfel de convenție dar nu o reglementează. În alin. (2) al art. 2 al tratatului sunt descrise materiile în care nu este posibilă încheierea unei convenții de alegere exclusivă a forului (aici intră atât litigii civile cu element de extraneitate privind drepturi neevaluabile în bani, dar și cauze cu un obiect evaluabil în bani: succesiunile, insolvența și concordatul, transportul de pasageri, îngrădirea concurenței, încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală etc.). Coroborând dispozițiile art. 2 din tratat cu cele ale art. 126 C. pr. civ. și cu formulările vagi ale art. 1066 și 1067 C. pr. civ., concluzionăm că art. 126 C. pr. civ. este destinat mai ales litigiilor civile interne, în vreme ce sfera litigiilor cu element de extraneitate în care este posibilă încheierea unor acorduri de alegere exclusivă a forului trebuie conturată prin apelul la art. 2 al Convenției de la Haga din 2005. Nu putem accepta ca România să permită încheierea unor convenții de alegere a forului în litigii în care, pe plan european, nu se acceptă astfel de acorduri. Art. 126 C. pr. civ. ar putea avea doar două aplicări internaționale, în lipsa unei prevederi speciale: contractele încheiate cu consumatorii și contractele individuale de muncă cu element de extraneitate. În concluzie, art. 2 al Convenției de la Haga din 2005 complinesce o lacună a legislației românești de drept internațional privat, căreia nici doctrina nu-i oferise o soluție atotcuprinzătoare. Legiuitorul român ar trebui să introducă un articol separat în Codul de procedură civilă prin care să transpună art. 2 al Convenției de la Haga din 2005 în dreptul internațional privat comun.

Art. 3 al convenției conține o definiție a acordului de alegere exclusivă a forului. Comparând textul acestui articol cu dispozițiile din art. 1066 alin. (1) și art. 1067 alin. (1) C. pr. civ., constăm că și în textul tratatului și în legea română de procedură, instituția juridică are aceleași trăsături: un acord încheiat în formă scrisă sau prin alte mijloace de comunicare care permit accesarea ulterioară a informațiilor (telex, E-mail, telegramă, telecopiator, Whatsapp⁹ etc.), acordul privește stabilirea competenței jurisdicționale a instanțelor unui stat sau a unei instanțe determinate dintr-un stat asupra litigiilor actuale (deși articolele românești de lege includ și acordurile privind litigiile eventuale¹⁰), acordul reprezintă un temei de competență jurisdicțională exclusivă, cu excepția unei stipulații contrare. Textul art. 3 al convenției mai precizează, spre

⁹ Rafael Arenas, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰ Includerea în cuprinsul art. 1066 alin. (1) și art. 1067 C. pr. civ. a acordurilor privind alegerea forului în cazul litigiilor eventuale nu prezintă o mare importantă practică, deoarece aceste acorduri pot fi înlocuite cu altele atunci când apar litigiile actuale. De abia în acel moment, acordul părților prezintă o adevărată semnificație de angajare. Până în momentul izbucnirii conflictului este posibil ca părțile să încheie acordul doar ca pe o formalitate, sperând că acesta nu-și va produce efectele, deoarece nu vor apărea neînțelegeri între ele.

deosebire de Codul de procedură civilă românesc, independența validității clauzei de alegere a forului de validitatea contractului din care face parte.

Conform art. 5 al tratatului internațional, instanțele sau instanța desemnată prin acordul de alegere a forului dobândește competența de a soluționa litigiul respectiv (reamintim că este vorba de o competență internațională exclusivă) cu excepția cazului în care acordul respectiv este nul potrivit legislației forului ales. Alin. (2) precizează că forul ales în baza acordului nu poate respinge soluționarea litigiului pe motiv că acesta este de competența instanțelor dintr-un alt stat parte. Alin. (3) prevede că dispozițiile din alineatele precedente nu pot afecta (a se citi „nu pot contraveni”) normele privind competența în funcție de tipul litigiului și valoarea cererii (aici intrând în opinia mea și dispozițiile de competență internațională exclusivă¹¹) sau cele privind repartizarea internă a competențelor între instanțele unui stat contractant. Utilizarea atributului „internă” este o dovadă a faptului că normele de competență în funcție de tipul litigiului sau valoarea cererii au, în intenția redactorilor, sensul de norme de competență internațională exclusivă. Numai competența internațională exclusivă nu este negociabilă din punctul de vedere al statelor, cea preferențială dând posibilitatea părților litigiului să aleagă forul unde își vor tranșa neînțelegerea cu element de extraneitate. Coroborând dispozițiile alin. (2) și (3), concluzionăm că forul ales poate respinge cererea de soluționare a litigiului civil internațional doar dacă prin acordul de desemnare a forului s-a încălcat competența internațională exclusivă a altui stat sau dacă acordul încalcă normele de competență internă materială și teritorială ale statului de care aparține. Comparând situațiile în care forul ales poate refuza competența jurisdicțională internațională exclusivă conform art. 5 al Convenției de la Haga din 2005 cu cele prevăzute în alin. (3) al art. 1066 și în alin. (3) al art. 1067 C. pr. civ., constatăm că instanța română aleasă de către părți prin acord se poate declara incompetentă și poate respinge cererea dacă din ansamblul circumstanțelor rezultă că litigiul nu prezintă nicio legătură semnificativă cu România. Inexistența vreunei legături semnificative a cauzei cu statul român este detaliată în alin. (3) al art. 1067 C. pr. civ.: niciuna dintre părți să nu aibă domiciliul sau reședința sau un sediu secundar în România (dacă acordul desemnează instanțele române, în mod generic) sau în circumscripția acelei instanțe (dacă s-a desemnat o anumită instanță din România) sau dacă, conform dreptului internațional privat românesc, litigiului trebuie să i se aplice alt sistem de drept decât cel românesc. Așadar, instanțele române se bucură, conform Codului de procedură civilă, de o mult mai mare libertate de a refuza competența internațională exclusivă conferită lor de către părți, decât potrivit

¹¹ Traducerea românească „competență materială” poate fi înșelătoare, ducându-l cu gândul pe jurist doar la normele de competență materială internă, ignorându-le pe cele de competență internațională exclusivă.

Convenției de la Haga din 2005 (care trebuie aplicată în temeiul art. 1064 C. pr. civ.). Prin urmare, actuala reglementare a acordului de alegere a forului în Dreptul internațional privat românesc creează o discriminare între părțile unui litigiu civil internațional care aleg instanțele românești, după cum părțile își au reședința obișnuită sau sediul principal în state ce au ratificat Convenția de la Haga din 2005 sau nu. Șansa părților de li se respecta manifestarea de voință în favoarea instanțelor române crește dacă acordul lor intră sub incidența Convenției de la Haga din 2005.

În dreptul Uniunii Europene, mai precis în art. 25 al Regulamentului nr. 1215/2012, instanța sau instanțele alese nu pot refuza competența exclusivă conferită de părți decât dacă din punctul de vedere al condițiilor de fond, acordul de alegere a forului este nul după legea forului ales [art. 25 alin. (1)] sau dacă acordul de alegere a forului lezează competența exclusivă internațională din art. 24 al regulamentulului sau art. 15, 19 și 23 ale regulamentulului privind condițiile în care se poate deroga de la normele privind competența în materie de asigurări, contracte încheiate de consumatori sau în materie de contracte individuale de muncă. Se observă că și regulamentul nu îngăduie forului ales să refuze competența exclusivă conferită de părți decât în anumite cazuri bine-precizate ce nu au de-a face cu cele prevăzute de alineatele trei ale art. 1066 și 1067 C. pr. civ.

În interesul simplificării reglementărilor românești de drept internațional privat (judecătorul român fiind nevoit în curând să opereze cu două seturi de norme privind acordul de alegere exclusivă a forului), pentru armonizarea acestora cu normele din dreptul UE (atât cu Convenția de la Haga din 2005 cât și cu Regulamentul nr. 1215/2012) și pentru înlăturarea discriminării menționate mai sus se impune modificarea alin. (3) al art. 1066 [în sensul eliminării trimiterii către alin. (1) al aceluiași articol], cât și abrogarea alin. (3) al art. 1067, ambele din Codul de procedura civilă, deoarece aceste alineate, în actuala formă, sunt în contradicție cu prevederile art. 5 alin. (2) al Convenției.

Art. 6 al tratatului reglementează obligațiile instanțelor nealese. O instanța a unui stat contractant care nu a fost desemnată este obligată să suspende judecata sau să respingă cererea, dând astfel efect acordului de alegere a forului. Acest acord nu trebuie respectat de către o instanță ce nu a fost aleasă în următoarele cazuri:

- a) acordul este nul potrivit legii statului forului ales [este o condiție menționată și în alin. (1) al art. 5 al tratatului];
- b) una dintre părți nu a avut capacitatea de a încheia un astfel de acord potrivit legii statului instanței sesizate dar nealese;
- c) aplicarea acordului creează o nedreptate evidentă sau contravine flagrant ordinii publice a statului instanței sesizate;
- d) din motive excepționale, independente de părți, acordul nu poate fi executat sau
- e) dacă instanța aleasă a refuzat judecarea cauzei.

Dintre cazurile enumerate, se observă că cele de la punctele c și b asigură respectarea normelor de competență internațională exclusivă ale statului instanței sesizate dar nedesemnate de către părți. Motivul de la punctul b a fost inclus, deoarece se poate afirma că părțile nu au capacitatea juridică de a încheia convenții ce lezează ordinea publică a statului instanței nealese, prin încălcarea normelor de competență exclusivă ale acestuia.

Dintre motivele de ineficiență ale acordului de alegere a forului, enumerate de tratat în art. 6, doar cele de la lit. c) se regăsesc în Codul de procedură civilă în art. 1067 alin. (2) și în art. 1081. Este vorba despre cazul în care alegerea instanței conduce la lipsirea în mod abuziv a uneia dintre părți de protecția pe care i-o asigură o instanță prevăzută de legea română și de cazul în care sunt încălcate fie normele de competență internațională exclusivă românești prin alegerea unui for străin, fie cele de competență internațională exclusivă străine prin desemnarea unei instanțe române. Art. 1081 lipsește de efecte juridice convențiile de alegere a forului care desemnează o instanță străină pentru a soluționa litigiile aflate în competența personală sau patrimonială exclusivă a instanțelor române.

Din cele de mai sus, putem afirma că alegerea forului de către părți trebuie să respecte atât competența internațională exclusivă a instanțelor române dar și competența internațională exclusivă a instanțelor străine [potrivit art. 5 și art. 6 lit. b) și c) din convenție și potrivit art. 1067 și 1081 C. pr. civ.].

O contribuție majoră a Convenției de la Haga din 2005 la dezvoltarea dreptului internațional privat constă în aceea că oferă soluții uniforme conflictelor de legi privind condițiile de validitate ale înțelegerii de alegere a forului. Condițiile de formă ale convenției de alegere a forului sunt supuse normei materiale din art. 3 lit. c) din tratat și au fost descrise mai sus. Condițiile de fond sunt guvernate de legea statului forului ales (art. 5), cu excepția capacității părților de încheia acordul. În doctrina spaniolă, s-a afirmat opinia potrivit căreia capacitatea juridică ar fi singura condiție de fond a acordului de alegere a forului care ar fi guvernată nu de legea forului ales, ci de legea forului derogat, în temeiul art. 6 lit. b) din tratat¹². Aceasta opinie este doar parțial adevărată. Capacitatea juridică este guvernată atât de legea forului ales, cât și de legea statului forului derogat, deoarece pe de-o parte capacitatea juridică este una dintre condițiile de fond ale înțelegerii de alegere a forului, deci va fi supusă legii statului forului ales și pe de altă parte, legea statului instanței derogate trebuie să confirme capacitatea părților de a desemna o instanță străină [art. 6 lit. a) și b) din tratat]. O aplicare cumulativă asemănătoare a două sisteme de drept capacității juridice de a încheia un act juridic se întâlnește în dreptul internațional privat român în materia condițiilor de fond ale adopției (art. 2607 C. civ.). Convenția de la Haga nu conține vreo prevedere care să excludă

¹² Rafael Arenas, *op. cit.*, p. 9.

retrimiterea, de aceea legea forului ales sau cea a forului sesizat vor cuprinde și normele lor conflictuale [art. 2559 alin. (3) C. civ. nu se aplică în acest caz]¹³.

Dreptul internațional privat român nu are reglementări asemănătoare privind legea ce guvernează condițiile de fond ale convenției de alegere a forului. Această chestiune este soluționată de doctrină prin declararea lui *lex causae* drept competentă, cu luarea în considerare a restricțiilor din *lex fori prorogati* (pentru convențiile de prorogare de competență) sau prin supunerea validității de fond a convențiilor de derogare lui *lex fori derogati*. În cazul în care prin aceeași înțelegere are loc atât o derogare cât și o prorogare, doctrina recomandă respectarea condițiilor de validitate pentru ambele convenții¹⁴. Prin urmare, o normă conflictuală care să sintetizeze dispozițiile art. 5 alin. (1) și art. 6 lit. a) și b) din tratat ar trebui introdusă în art. 1067 C. pr. civ., devenind un text juridic extrem de util care ar conferi mai multă siguranță juriștilor români decât soluțiile doctrinare propuse până acum.

În locul abrogărilor și introducerilor de texte în Codul de procedură civilă, în art. 1066 și 1067, sau în preajma lor, o soluție mult mai comodă și mai eficientă pentru legiuitorul român ar putea fi abrogarea art. 1066 și 1067 C. pr. civ. și înlocuirea lor cu un articol de trimitere la Convenția de la Haga din 2005. O tehnică legislativă asemănătoare a fost utilizată în dreptul internațional privat românesc pentru reglementarea legii aplicabile autorității părintești și protecției copiilor (art. 2611 C. civ.), obligației de întreținere (art. 2612 C. civ.) sau obligațiilor contractuale (art. 2640 C. civ.) ori necontractuale (art. 2641 C. civ.).

¹³ Rafael Arenas, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴ F.G. Păncescu, *op. cit.*, p. 118, 119, 123-124.

SIMPLIFICAREA PROCEDURILOR DE RECUNOAȘTERE ȘI PUNERE ÎN EXECUTARE A HOTĂRĂRIILOR JUDECĂTOREȘTI PRONUNȚATE ÎN STRĂINĂTATE ÎN MATERIA DREPTULUI FAMILIEI

*Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU**

Abstract:

The free movement of people in the world determines, in matters of family law in particular, numerous judgments which must be recognised and put into execution in other countries than those in which they were handed down.

The difficulties that this stage of the implementation of the law causes them are mitigated by the impact of European regulations which provide, in certain cases, a simplification of the procedures for recognition and enforcement of judgments handed down in another State.

In this sense, one can speak of recognition and enforcement of judgments implementation of divorce, those concerning the situation of children whose parents split up, and those relating to maintenance payments through European Regulations governing these matters.

Proper use of these tools is subject to the European judicial cooperation in civil matters, which aims to streamline justice in cases in which foreign elements are involved in European States and unify specific regulations at European level.

Keywords: *judicial cooperation, court order, divorce, parental authority, pension maintenance*

1. Cadrul general

Aplicarea dispozițiilor dreptului internațional privat român dobândește, în condițiile aderării României la Uniunea Europeană, o nouă abordare. Aplicarea reglementărilor europene este prioritară în raporturile judiciare ale cetățenilor români cu cetățeni ai celorlalte state membre, sau chiar din afara spațiului european, astfel cum prevede art. 148 alin. (2) din Constituția României¹, dreptul internațional privat român rămânând aplicabil doar în cauzele cărora acestea nu le sunt aplicabile.

* Judecător dr., Școala Națională de Grefieri; cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

¹ Art. 148 alin. (2) din Constituția României prevede 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.”

Reglementările europene, în special regulamentele, cuprind dispoziții privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și punerea în executare a hotărârilor judecătorești pronunțate în cauzele cu element de extraneitate. Atingerea finalității aplicării dreptului în cadrul soluționării unor astfel de cauze pe cale judiciară o constituie punerea în executare a hotărârilor judecătorești, ceea ce conferă o importanță deosebită acestei etape procesuale. Pe de altă parte, celeritatea este esențială în acest domeniu, lipsa acesteia putând avea consecința imposibilității obținerii efectelor dorite ale hotărârii judecătorești, printr-o executare tardivă.

Această etapă a producerii efectelor hotărârilor judecătorești a fost caracterizată ca având mai multe dimensiuni:

- Forța executorie a hotărârii judecătorești, care presupune instituirea prin aceasta a unor obligații în sarcina uneia dintre părți, care creează posibilitatea executării silit.

- Autoritatea de lucru judecat, a unei hotărâri judecătorești, atât sub aspectul drepturilor, cât și al obligațiilor pe care le generează.

- Puterea constitutivă a unei hotărâri, atunci când aceasta a operat o schimbare juridică ce trebuie să capete eficiență pe teritoriul altui stat, legând în acest sens indivizii și puterea publică².

Punerea în executare a hotărârilor judecătorești pronunțate în alt stat generează mari dificultăți pentru cetățeni.

Este rațiunea pentru care, la nivel european, constatăm o permanentă încercare de uniformizare și chiar de unificare a dispozițiilor privind recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în alte state.

În cazul în care, fie statul în care a fost emis titlul executoriu fie cel în care se solicită recunoașterea și punerea în executare a acestuia, nu fac parte din Uniunea Europeană, rămân aplicabile convențiile internaționale la care acestea sunt parte.

În cazurile în care aceste reglementări europene sau convențiile internaționale nu sunt aplicabile, devin aplicabile dispozițiile dreptului internațional privat al țării instanței sesizate, în baza cărora se vor determina modalitățile de recunoaștere și punere în aplicare a hotărârilor judecătorești pronunțate în alt stat.

2. Recunoașterea și punerea în executare a hotărârilor de divorț

În materia divorțului și a separării de drept, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în alte state membre ale Uniunii Europene (sau celelalte titluri executorii emise în aceste state) sunt reglementate în

² Fernanado Gascón-Inchausti, *La reconnaissance et l'exécution des décisions dans le Règlement Bruxelles II bis*, în lucrarea Emmanuel Guinchard (sous la direction de), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2014, ISBN: 978-2-8027-4232-6, p. 205.

Capitolul III din Regulamentul nr. 2201/2003, numit în continuare Bruxelles II bis.

Pentru titlurile executorii provenind din state din afara Uniunii Europene, cu care România are convenții încheiate în acest domeniu, sunt aplicabile dispozițiile acestor convenții.

Doar în măsura în care, recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești sau celorlalte titluri executorii provenind din alte state nu le sunt aplicabile dispozițiile cuprinse în tratatele sau convențiile internaționale la care România este parte sau în dreptul Uniunii Europene, acestea sunt guvernate de dispozițiile Titlului III – Eficacitatea hotărârilor străine din Cartea a VII-a Procesul civil internațional, din Codul de procedură civilă³.

Dispozițiile Regulamentului Bruxelles II bis sunt aplicabile tuturor statelor europene, cu excepția Danemarcei, care, în conformitate cu art. 1 și 2 din Protocolul privind poziția Danemarcei anexat la Tratatul privind Uniunea Europeană și Tratatul de instituire a Uniunii Europene, nu participă la adoptarea acestui regulament și acesta nu i se aplică⁴. Mai pot exista unele excepții de aplicare cu privire la care există dispoziții speciale în Capitolul V al Regulamentului, care însă nu pot afecta principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie între cetățenii Uniunii Europene.

Potrivit dispozițiilor art. 21 din acest Regulament, în principiu, recunoașterea hotărârilor judecătorești pronunțate într-un stat membru, în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, are loc de drept, fără să necesite vreo procedură. Este eliminată, așadar, procedura de exequatur, care era aplicabilă anterior intrării în vigoare a Regulamentului Bruxelles II bis în aceste materii.

Din punct de vedere temporal, regulamentul Bruxelles II bis este aplicabil începând de la 1 martie 2005, astfel că toate hotărârile pronunțate după această dată pot fi recunoscute și puse în executare potrivit dispozițiilor lui⁵.

S-a apreciat că dispozițiile Regulamentului Bruxelles II bis privind recunoașterea și executarea nu sunt aplicabile însă hotărârilor judecătorești privind măsurile provizorii și asigurătorii pronunțate în baza art. 20 din Regulament⁶, întrucât acestea nu sunt susceptibile să producă efecte extrateritoriale⁷.

³ Art. 1064 C. pr. civ., adoptat prin Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată în M. Of. nr. 545 din 3 august 2012, cu modificările și completările ulterioare.

⁴ A se vedea pct. (31) din Preambulul Regulamentului Bruxelles II bis.

⁵ Anterior a fost în vigoare Regulamentul nr. 1347/2000, aplicabil și recunoașterii și punerii în executare a hotărârilor judecătorești în materie matrimonială între 1 martie 2001 și 1 martie 2005. A se vedea și: Loïc Cadiet (sous la direction de), Emmanuel Jeuland, Soraya Amrani-Mekki, *Droit processuel civil de l'Union Européenne*, Ed. LexisNexis, Paris, 2011, ISBN 978-2-7110-1523-8, p. 84-85.

⁶ Art. 20 din Regulamentul Bruxelles II bis se referă la măsurile provizorii și asigurătorii ce pot fi luate, în caz de urgență, de către instanțele judecătorești dintr-un stat membru, cu privire la

În principiu, potrivit art. 21 alin. (1) din Regulament, hotărârile judecătorești pronunțate într-un stat membru se recunosc în celelalte state membre de drept, fără a fi necesar să se recurgă la vreo procedură. În acest sens, alin. (2) al aceluiași articol aduce precizarea că pentru actualizarea actelor de stare civilă ale unui stat membru pe baza unei hotărâri judecătorești pronunțate în alt stat membru în materie de divorț, separare de drept sau anulare a căsătoriei, care nu mai poate fi supusă niciunei căi de atac în conformitate cu dreptul statului membru de origine, nu este necesară nicio procedură. În acest scop, este suficientă eliberarea certificatului prevăzut de art. 39 din Regulamentul Bruxelles II bis, care conține toate informațiile necesare privind hotărârea judecătorească, inclusiv căile de atac și dacă aceasta este executorie în statul de origine.

Cu toate acestea, în art. 21 alin. (3) al Regulamentului Bruxelles II bis, oricărei persoane interesate îi este oferită posibilitatea de a solicita pronunțarea unei hotărâri de recunoaștere sau de refuz al recunoașterii hotărârii, în fața instanței indicate în lista comunicată Comisiei de fiecare stat membru, cu condiția ca hotărârea judecătorească respectivă să fie executorie în statul de origine. Dacă aceasta face obiectul unei căi de atac ordinare, procedura de recunoaștere din alt stat membru poate fi suspendată, în baza art. 27 din Regulament.

Există, de asemenea, posibilitatea invocării pe cale incidentală a recunoașterii unei hotărâri judecătorești dintr-un alt stat membru, în cadrul altui proces, situație în care se poate pronunța o hotărâre în acest sens⁸.

În toate cazurile, recunoașterea nu poate fi refuzată decât pentru motivele expres prevăzute de art. 22 din Regulamentul Bruxelles II bis.

Aprecierea gravității încălcării ordinii publice a statului în care se solicită recunoașterea unei hotărâri este un concept național și aparține instanței sesizate, însă limitele în care judecătorul național poate interpreta acest concept pentru a refuza această recunoaștere pot fi controlate de Curtea Europeană de Justiție⁹. În orice caz, aceasta trebuie să fie „evidentă” pentru a putea împiedica recunoașterea unei hotărâri judecătorești străine.

Singurele motive de refuz al recunoașterii unei hotărâri judecătorești pronunțate într-un alt stat membru vizează ordinea publică, respectarea

persoanele sau bunurile prezente în acest stat, chiar dacă o instanță din alt stat membru este competentă să soluționeze cauza pe fond, măsuri care încetează să producă efecte atunci când instanța din statul membru competentă în temeiul regulamentului să soluționeze cauza pe fond a luat măsurile pe care le consideră corespunzătoare.

⁷ Loïc Cadiet (sous la direction de), Emmanuel Jeuland, Soraya Amrani-Mekki, *Droit processuel civil de l'Union Européenne*, Ed. LexisNexis, Paris, 2011, ISBN 978-2-7110-1523-8, p. 85.

⁸ Art. 21 alin. (4) din Regulamentul nr. 2201/2003 (Bruxelles II bis).

⁹ CJCE, 11 mai 2000, hot. C-38/98, *Renault c. Maxicar*.

principiului contradictorialității (cu asigurarea dreptului la apărare a pârâtului) și existența unei alte hotărâri cu care aceasta este ireconciliabilă.

Întrucât aplicarea principiului încrederii reciproce este caracteristic cooperării judiciare europene, instanța sesizată nu poate controla competența instanței de origine, legea aplicată de aceasta la soluționarea cauzei și nici nu poate revizui hotărârea pe fond.

În cazul hotărârilor prin care instanța s-a pronunțat cu privire la mai multe capete de cerere, potrivit art. 36 din Regulamentul Bruxelles II bis, există și posibilitatea executării parțiale, pentru unul sau mai multe dintre acestea.

În privința recunoașterii și a punerii în executare a hotărârilor judecătorești pronunțate în state din afara Uniunii Europene, cu care statul membru de origine nu are convenții care să reglementeze raporturile juridice privind recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești, instanța va face aplicarea dreptului internațional privat al statului sesizat. În cazul României, dispozițiile aplicabile se regăsesc în art. 1093-1109 C. pr. civ.

Și dreptul românesc prevede recunoașterea de plin drept a hotărârilor judecătorești străine dacă sunt îndeplinite, cumulativ, următoarele trei condiții:

- dacă se referă la statutul personal al cetățenilor statului unde au fost pronunțate, sau dacă, fiind pronunțate într-un stat terț, au fost recunoscute mai întâi în statul de cetățenie al fiecărei părți, ori, în lipsă de recunoaștere, au fost pronunțate în baza legii determinate ca aplicabilă conform dreptului internațional privat român,

- nu sunt contrare ordinii publice de drept internațional privat român și
- a fost respectat dreptul la apărare.

Așadar, pentru divorț și anularea căsătoriei, hotărârile judecătorești sunt recunoscute de plin drept, în condiții destul de asemănătoare celor prevăzute de Regulamentul Bruxelles II bis.

Motivele de refuz al recunoașterii hotărârilor judecătorești străine sunt prevăzute de art. 1096 C. pr. civ. și se referă la: încălcarea manifestă a ordinii publice de drept internațional privat român; obținerea hotărârii în scopul exclusiv de a sustrage cauza incidenței legii aplicabile conform dreptului internațional privat român (într-o materie în care persoanele nu dispun liber de drepturile lor); soluționarea procesului între aceleași părți printr-o hotărâre, chiar nedefinitivă, a instanțelor române sau existența unui astfel de proces în curs de soluționare în fața instanțelor române la data sesizării instanței străine; există o altă hotărâre cu care cea a cărei recunoaștere se cere este ireconciliabilă; competența exclusivă a instanțelor române pentru judecarea cauzei, încălcarea dreptului la apărare, existența unei căi de atac în curs de soluționare în statul în care hotărârea a fost pronunțată. Nici Codul român de procedură civilă nu permite examinarea pe fond a hotărârii străine și nici modificarea ei.

Încuviințarea executării unei hotărâri judecătorești care este executorie în statul de origine are loc în România cu respectarea condițiilor prevăzute de art. 1103 coroborat cu art. 1095-1097 C. pr. civ.

3. Recunoașterea și punerea în executare a hotărârilor privind situația copiilor

Recunoașterea și punerea în executare a hotărârilor judecătorești privind răspunderea părintească este reglementată tot de Regulamentul Bruxelles II bis. Pentru unele hotărâri judecătorești privind dreptul de vizită sau înapoierea copilului, această reglementare constituie o inovație a legiitorului european în domeniul eficientizării obținerii efectelor imediate ale hotărârilor judecătorești.

Potrivit art. 28 din Regulament, pentru executarea într-un stat membru a hotărârilor judecătorești pronunțate într-un alt stat membru cu privire la exercitarea răspunderii părintești față de un copil, executorii în statul de proveniență și care au fost notificate sau comunicate, este necesară încuviințarea prealabilă a executării, acordată la cererea oricărei părți interesate¹⁰.

Diferite sunt și motivele de refuz al recunoașterii hotărârilor judecătorești în materia răspunderii părintești, cuprinzând, pe lângă cele prevăzute în cazul refuzului recunoașterii și executării hotărârilor de divorț, unele motive care privesc respectarea interesului superior al copilului în cadrul acestor cauze. Motivele de refuz sunt prevăzute în art. 23 din Regulamentul Bruxelles II bis și se referă, pe lângă cele referitoare la încălcarea evidentă a ordinii publice a statului în care se solicită recunoașterea, respectarea principiului contradictorialității și a dreptului la apărare și existența unei alte hotărâri cu care hotărârea a cărei recunoaștere se cere este ireconciliabilă, precum și la omisiunea de a i se da copilului posibilitatea de a fi ascultat, încălcându-se astfel normele fundamentale de procedură din statul membru în care se face solicitarea, la cererea persoanei care nu a avut posibilitatea de a fi ascultată și hotărârea se opune exercitării drepturilor sale părintești, precum și în cazul în care hotărârea a fost pronunțată cu încălcarea dispozițiilor art. 56 din Regulament, privitoare la plasarea copilului într-un alt stat membru.

Importanța pe care reglementarea din Regulamentul Bruxelles II bis o acordă respectării dreptului copilului de a fi ascultat în orice procedură care îl privește este în acord cu toate convențiile internaționale privind drepturile copilului, care prevăd cu prioritate acest beneficiu procedural pentru toți copiii care au suficient discernământ pentru a-și putea exprima opinia. Vârsta de la care ascultarea copilului este obligatorie în procedurile judiciare care îl privesc

¹⁰ În Regatul Unit aceste hotărâri se execută numai după ce au fost înregistrate în vederea executării, în condițiile prevăzute de art. 28 alin. (2) din Regulamentul Bruxelles II bis.

este diferită de la stat la stat, în România ascultarea sa fiind obligatorie de la vârsta de 10 ani și facultativă înainte de împlinirea acestei vârste.

Procedura sesizării instanței în vederea executării integrale sau parțiale a unei hotărâri judecătorești străine este cea reglementată de statul membru în care va avea loc executarea. Instanța se va pronunța cu celeritate, în această etapă neexistând posibilitatea ca persoana împotriva căreia se solicită executarea sau copilul să prezinte observații. S-a apreciat¹¹ că această dispoziție a art. 31 alin. (1) din Regulamentul Bruxelles II bis nu se aplică unei proceduri de refuz al recunoașterii unei hotărâri judecătorești, formulată fără să fi fost introdusă, în prealabil, o cerere de recunoaștere cu privire la aceeași hotărâre. Sunt reglementate, de asemenea, căi de atac de care persoanele interesate să se poată folosi dacă este cazul, chiar cu posibilitatea obținerii suspendării procedurii de executare.

Există însă o reglementare derogatorie foarte importantă cu privire la forța executorie a anumitor hotărâri judecătorești privind dreptul al vizită și a celor prin care se dispune înapoierea copilului (pronunțată în condițiile art. 11 alin. (8) din Regulament), reglementate în Secțiunea 4 a Regulamentului Bruxelles II bis (art. 40-45), care accelerează și simplifică recunoașterea și punerea în executare a acestor hotărâri judecătorești, contribuind semnificativ la respectarea interesului superior al copilului privind viața sa de familie.

Astfel, potrivit art. 41 din Regulamentul Bruxelles II bis, dreptul de vizită acordat printr-o hotărâre judecătorească declarată executorie în statul membru în care a fost pronunțată (indiferent dacă mai este sau nu supusă unor căi de atac) este recunoscut și are forță executorie într-un alt stat membru fără să fie necesară încuviințarea executării și fără să fie posibilă opunerea cu privire la recunoașterea acesteia. Pentru aceasta este necesar ca instanța din statul de origine să elibereze un certificat, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de alin. (2) al art. 41 din Regulament, referitoare la asigurarea respectării principiului contradictorialității și a dreptului la apărare și la posibilitatea tuturor părților interesate, inclusiv a copilului, de a fi ascultate. Posibilitatea certificării caracterului executoriu al hotărârii judecătorești cu element de extraneitate de către instanța care o pronunță, menționând elementele esențiale ale respectivei hotărâri constituie o expresie a principiului încrederii reciproce în raporturile dintre instanțele judecătorești ale statelor membre. Rolul instanței care emite certificatul, după ce a făcut verificările impuse de Regulament, inclusiv cu privire la respectarea exigențelor Convenției de la Haga din 1980, este central în suprimarea procedurii de exequatur pentru aceste hotărâri judecătorești¹².

¹¹ Dan Lupașcu, Diana Ungureanu, *Drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 396.

¹² Loïc Cadiet (sous la direction de), Emmanuel Jeuland, Soraya Amrani-Mekki, *Droit processuel civil de l'Union Européenne*, Ed. LexisNexis, Paris, 2011, ISBN 978-2-7110-1523-8, p. 91.

În ceea ce privește hotărârea judecătorească executorie prin care s-a dispus înapoierea copilului, pronunțată și certificată într-un stat membru, în condițiile alin. (2) al art. 42 din Regulament, este recunoscută și executorie de drept într-un alt stat membru, eliminându-se astfel procedura încuviințării executării, precum și posibilitatea opunerii la recunoașterea acesteia. Eliberarea de către instanța de origine a certificatului care conferă această forță executorie hotărârii judecătorești este condiționată de o serie de aspecte privind: posibilitatea copilului de a fi ascultat, cu excepția cazului în care vârsta și gradul său de maturitate fac necorespunzătoare aceasta, posibilitatea părților de a fi ascultate, precum și pronunțarea hotărârii judecătorești în baza motivelor și a mijloacelor de probă în conformitate cu art. 13 din Convenția de la Haga din 1980.

O astfel de procedură simplificată este impusă de necesitatea înapoierii de îndată a copilului în statul membru în care își avea reședința obișnuită înaintea deplasării sau reținerii sale ilicite în alt stat. S-a apreciat¹³ că, în lipsa unei astfel de simplificări procedurale ar exista riscul ca regulamentul să fie privat de efectul său util, deoarece obiectivul înapoierii imediate a copilului ar rămâne condiționat de epuizarea căilor procedurale admise de dreptul intern al statului membru în care este reținut ilicit copilul, risc important mai ales în cazul copiilor de vârste mai mici, datorită structurii lor intelectuale și psihologice și rapidității evoluției acesteia.

În cazurile în care există conflict de hotărâri judecătorești, criteriul cronologic este cel hotărâtor, ultima hotărâre fiind cea care va produce efecte¹⁴.

Pentru recunoașterea și executarea hotărârilor pronunțate în alte state, care nu sunt membre ale Uniunii Europene și cu care România a încheiat convenții internaționale privind cooperarea judiciară în această materie se aplică dispozițiile acestor convenții.

În lipsa unor astfel de convenții, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în România se realizează potrivit dispozițiilor dreptului internațional privat român. Dispozițiile procedurale relevante cu privire la executarea hotărârilor străine sunt reglementate de art. 1102-1107 C. pr. civ. rom.

4. Unele aspecte privind executarea pensiei de întreținere obținute într-un stat străin

În viața unei familii, obligațiile de întreținere prezintă o deosebită importanță în special pentru creșterea și educarea copiilor, care au nevoi imediate ce trebuie acoperite în timp util, chiar dacă părinții sunt despărțiți și se

¹³ Dan Lupașcu, Diana Ungureanu, *Drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 399.

¹⁴ Art. 47 alin. (2) din Regulamentul Bruxelles II bis.

află în state diferite. Aceasta impune ca atât obținerea pensiei de întreținere dintr-un alt stat, cât și recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești prin care aceasta a fost stabilită să beneficieze de o procedură clară, simplă și rapidă. Această procedură a fost inspirată, după unii autori, de cea privind titlul executoriu european în materie civilă și comercială¹⁵.

Recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești privind obligațiile de întreținere sunt reglementate de Regulamentul (CE) nr. 4/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere.

Acest regulament este aplicabil statelor membre ale Uniunii Europene. Prin excepție, Regulamentul nr. 4/2009 se aplică relației dintre alte state membre și Danemarca cu excepția dispozițiilor Capitolului III (Legea aplicabilă) și VII (Cooperarea între autoritățile centrale). De asemenea, Regatul Unit și Danemarca nu vor avea obligații în temeiul Protocolului de la Haga din 2007, motiv care va determina un regim diferit pentru recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în aceste state¹⁶.

Potrivit acestui regulament, recunoașterea, forța executorie și executarea hotărârilor privind obligațiile de întreținere sunt reglementate diferit, după cum statul în care a fost pronunțată hotărârea are sau nu obligații în temeiul Protocolului de la Haga din 2007¹⁷.

Pentru hotărârile judecătorești pronunțate în statele membre care au obligații în temeiul protocolului de la Haga din 2007, Regulamentul nr. 4/2009 prevede recunoașterea și executarea de drept, fără nicio procedură și fără posibilitatea contestării recunoașterii, eliminându-se procedura de exequatur. Dacă o hotărâre judecătorească este executorie în statul membru în care a fost pronunțată, ea este executorie de drept și în alt stat membru, fără a fi necesară nicio altă procedură și fără a fi posibilă contestarea recunoașterii sale¹⁸.

Totodată, Regulamentul prevede că o hotărâre judecătorească cu forță executorie presupune de drept și competența de a adopta orice măsuri asigurătorii prevăzute de legea statului de executare.

¹⁵ Loïc Cadet (sous la direction de), Emmanuel Jeuland, Soraya Amrani-Mekki, *Droit processuel civil de l'Union Européenne*, Ed. LexisNexis, Paris, 2011, ISBN 978-2-7110-1523-8, p. 115.

¹⁶ A se vedea și: Philippe Lortie, Maja Groff, *Manual pentru uzul autorităților competente: Convenția de la Haga din 2007 privind obținerea pensiei de întreținere în străinătate pentru copii și Regulamentul din 2009 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere*, ISBN 978-606-622-092-7, p. 73, disponibil la: <http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=llGIG0aD1Yk%3d&tabid=2699>.

¹⁷ Art. 16 din Regulamentul nr. 4/2009. Protocolul de la Haga a fost încheiat prin Decizia Consiliului Uniunii Europene din 30 noiembrie 2009, privind încheierea de către Comunitatea Europeană a Protocolului de la Haga din 23 noiembrie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor de întreținere.

¹⁸ Dan Lupașcu, Diana Ungureanu, *Drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, ISBN:978-973-127-815-5, p. 407.

Dreptul de a formula o cale de atac împotriva hotărârii judecătorești este prevăzut doar pentru pârâțul care nu s-a înfățișat în instanța din statul membru de origine, dacă nu a introdus o acțiune împotriva respectivei hotărâri atunci când a avut posibilitatea să o facă, în condiții deosebit de restrictive. Acesta poate declanșa o cale de atac doar dacă nu i-a fost comunicat actul de sesizare a instanței sau un act echivalent în timp util sau astfel încât să se fi putut apăra sau dacă a fost împiedicat să conteste creanța de întreținere din motive de forță majoră sau din cauza unor circumstanțe extraordinare, fără ca pârâțul să fi avut vreo vină în acest sens¹⁹.

Recunoașterea hotărârilor judecătorești pronunțate într-un stat membru care nu are obligații în temeiul Protocolului de la Haga din 2007 nu necesită să se recurgă la o procedură specială²⁰. Aceasta poate fi solicitată atât pe cale principală cât și pe cale incidentală. O astfel de cerere poate fi refuzată doar pentru motivele prevăzute de art. 24 din Regulamentul nr. 4/2009, referitoare la încălcarea ordinii publice a statului membru în care se solicită recunoașterea, nerespectarea principiului contradictorialității și a dreptului la apărare sau existența unei alte hotărâri cu care cea a cărei recunoaștere se solicită este ireconciliabilă²¹. În cazul în care forța executorie a hotărârii este suspendată în statul de origine care nu are obligații în temeiul Protocolului de la Haga din 2007 ca urmare a unei căi de atac, instanța din statul membru în care este solicitată recunoașterea acestei hotărâri suspendă acțiunea.

De asemenea, executarea unei hotărâri judecătorești privind obligații de întreținere executorie în statul de origine, pronunțată într-un stat membru care nu are obligații în temeiul Protocolului de la Haga din 2007, este încuviințată în alt stat membru la cererea oricăreia dintre părțile interesate. Competența teritorială este determinată de reședința obișnuită a părții împotriva căreia se solicită executarea sau de locul de executare. Procedura aplicabilă este reglementată detaliat în art. 28-43 din Regulamentul 4/2009.

Foarte importante sunt prevederile art. 44-47 din Regulamentului 4/2009, prin care se reglementează accesul la justiție al părților litigiilor care fac obiectul acestui regulament. Astfel, este reglementată obligația generală a statului solicitat de a asigura accesul efectiv la proceduri, inclusiv asigurarea asistenței juridice/judiciare gratuite în anumite situații și posibilitatea de recuperare a cheltuielilor de la partea care cade în pretenții în anumite situații²².

¹⁹ Art. 19 alin. (1) din Regulamentul nr. 4/2009.

²⁰ Dan Lupașcu, Diana Ungureanu, *op. cit.*, p. 409.

²¹ În art. 24 din regulament se precizează că o hotărâre prin care se modifică, datorită schimbării circumstanțelor, o altă hotărâre anterioară cu privire la obligații de întreținere nu este considerată ireconciliabilă în sensul motivelor de refuz al recunoașterii menționate.

²² Philippe Lortie, Maja Groff, *Manual pentru uzul autorităților competente: Convenția de la Haga din 2007 privind obținerea pensiei de întreținere în străinătate pentru copii și Regulamentul din 2009 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea*

Potrivit dispozițiilor art. 44 alin. (1) din regulament, acest efectiv este asigurat de către statul membru solicitat pentru orice solicitant care își are reședința în statul membru solicitant. De asemenea, statul membru solicitat acordă asistență judiciară gratuită în cazul tuturor cererilor cu privire la obligații de întreținere care decurg dintr-o relație părinte-copil a unei persoane care nu a împlinit încă 21 de ani formulate de un creditor în temeiul art. 56 din Regulamentul nr. 4/2009²³, prin intermediul autorității sale centrale.

Pentru recunoașterea și executarea hotărârilor pronunțate în alte state, care nu sunt membre ale Uniunii Europene și cu care România a încheiat convenții internaționale privind cooperarea judiciară în această materie se aplică dispozițiile acestor convenții.

În lipsa unor astfel de convenții, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în state exterioare Uniunii Europene în România se realizează potrivit dispozițiilor dreptului internațional privat român. Dispozițiile procedurale relevante cu privire la recunoașterea și executarea hotărârilor străine din acest domeniu sunt reglementate de art. 1093-1107 C. pr. civ. rom., care nu cuprinde reglementări speciale pentru hotărârile judecătorești străine referitoare la obligații de întreținere.

5. Concluzii

Cu certitudine, evoluția reglementărilor europene cu privire la recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în alt stat membru cunoaște o tendință accentuată de simplificare și accelerare, care vine în sprijinul cetățenilor. Obținerea efectelor hotărârilor judecătorești într-un termen rezonabil considerăm că ar trebui să constituie și o prioritate a legiuitorului român, pentru ca acest deziderat să fie atins și în raporturile de drept internațional privat cu alte state din afara Uniunii Europene, cu care țara noastră nu are convenții încheiate în acest domeniu.

în materie de obligații de întreținere, ISBN 978-606-622-092-7, p. 88, disponibil la: <http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=llIG0aD1Yk%3d&tabid=2699>.

²³ Art. 56 din Regulamentul nr. 4/2009 precizează cererile pe care un creditor care urmărește recuperarea unor creanțe de întreținere le poate formula: recunoașterea sau recunoașterea și încuviințarea executării unei hotărâri; executarea unei hotărâri pronunțate sau recunoscute în statul membru solicitat; pronunțarea unei hotărâri în statul membru solicitat atunci când nu există o hotărâre, inclusiv, atunci când este necesar, stabilirea filiației; pronunțarea unei hotărâri în statul membru solicitat atunci când nu este posibilă recunoașterea și încuviințarea executării unei hotărâri pronunțate într-un stat diferit de statul membru solicitat; modificarea unei hotărâri pronunțate în statul membru solicitat; modificarea unei hotărâri pronunțate într-un stat diferit de statul membru solicitat. De asemenea, acest articol precizează cererile pe care le poate formula un debitor împotriva căruia există o hotărâre judecătorească în materie de obligații de întreținere, respectiv: recunoașterea unei hotărâri care a dus la suspendarea sau limitarea executării unei hotărâri anterioare în statul membru solicitat; modificarea unei hotărâri pronunțate în statul membru solicitat; modificarea unei hotărâri pronunțate într-un stat diferit de statul membru solicitat.

De asemenea, aplicarea principiului respectării interesului superior al copilului în toate procedurile care îl privesc apreciem că ar trebui să constituie o altă prioritate a evoluției dreptului internațional privat român cu privire la recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești străine.

Si, nu în ultimul rând, dezvoltarea cooperării judiciare internaționale, nu doar în interiorul Uniunii Europene, ci și în afara acesteia, rămâne mijlocul cel mai eficient de obținere a beneficiilor normale și dorite ale oricăror hotărâri judecătorești pronunțate în străinătate.

ELEMENTE DE ANALIZĂ COMPARATIVĂ PRIVIND INSTITUȚIA CĂSĂTORIEI ȘI EVOLUȚIA ACESTEIA ÎNTRE NORMA VECHIULUI TESTAMENT ȘI CODUL CIVIL ÎN VIGOARE

*Liviu-Bogdan CIUCĂ**

Abstract:

Marriage, an institution with profound social implications, with diverse and complex influences on fundamental concepts, such as "family", "property", "heritage", "inheritance" is as conservative as it is dynamic.

An analysis of the rule governing this institution, starting with the Old Testament, continuing with the New Testament, through "The Correction of the Law 1652" and ending with the Old and New Civil Code it can show to us that the contradiction between conservatism and modernism can coexist within a norm with such a social as well as emotional impact as "marriage".

In our approach, we've chosen some benchmarks, considered by us representative in terms of analysis. From the Old and New Testament period and continuing with the "The Correction of the Law 1652" period where unwritten law and religious law is confused with the civil law and continuing with the old and then the new civil code in which we find the civil rule on marriage treated separately to the religious provisions, the institution of marriage was in constant change and determined profound social changes.

Keywords: *marriage, code, civil, family, norms*

Este consacrat conceptul de familie ca celulă de bază a societății. Plecând de la această teză putem spune că originea „familiei” este „căsătoria” indiferent de modul de formalizare a acesteia. Practic, încercând să dezvoltăm acest raționament putem concluziona că instituția căsătoriei stă la baza societății, importanța instituției fiind necontestată. Preocuparea noastră față de normele ce guvernează „căsătoria” este deplin justificată și din perspectiva constatărilor ce descriu dezvoltarea normei în paralel cu dezvoltarea economică, culturală, socială și religioasă a unei societăți într-un interval istoric determinat.

Având o bază mixtă, atât teologică, cât și socio-emoțională, „căsătoria” răspunde impulsului natural, înclinației spontane care se află în om. Ea îl eliberează pe individ din starea de solitudine, izolare și separare egocentrică, îl

* Conf. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Universitatea „Dunărea de Jos” din Galați; email: eurom2000@yahoo.com.

predispune la a-și depăși propriile limite, abandonându-se pe sine pentru a-și putea deplasa centru de greutate spre celălalt, pentru a i se putea dărui”¹.

În Vechiul Testament, căsătoria a apărut odată cu apariția Evei creată ca „ajutor potrivit” pentru Adam: „Nu este bine să fie omul singur, să-i facem ajutor potrivit pentru el...”, din coasta luată din Adam a făcut Dumnezeu femeie și a dus-o lui Adam” (Facere 2, 18; 2, 22), plinindu-i prin aceasta un gol ființial cu o persoană de un chip cu el. Crearea Evei este esențialul consubstanțialității conjugale.

Practic, astfel apare prima căsătorie atestată de Vechiul Testament, o căsătorie a primilor oameni, oficiată de însuși Dumnezeu.

Analizând scrierile Vechiului Testament constatăm că mărturiile succesive cu privire la căsătorie ne relevă un context mai amplu al poporului iudeu, context dominat de fundamentul socio-cultural, influențele popoarelor vecine din Orientul Mijlociu Antic dar mai ales de conceptele creștine și experiențele cu Dumnezeu ale acestui popor: „De aici prezența unui discurs progresiv despre căsătorie...cercetătorii ajungând la un acord asupra discursului biblic vetero-testamentar despre căsătorie articulându-l în diferite capitole corespunzând etapelor succesive ale istoriei Poporului lui Dumnezeu”².

În vechime, instituția căsătoriei a marcat profund dezvoltarea societății iudaice, aceasta având o importanță deosebită atât din punct de vedere al sistemului religios, cât și al celui civil. În acest context persoanele celibatate erau foarte rar întâlnite, acestea fiind în general, așa numiții esenieni, adică persoanele ce alegeau celibatul din motive religioase. Nazireii practicau celibatul, dar nu permanent, ci doar pentru o perioadă de timp³.

Pentru poporul evreu, din punct de vedere civil, căsătoria era compusă din două momente: logodna (Eres) și cununia (Chatuna). „Actul logodnei consta într-un contract încheiat între părinți sau fratele mai mare al logodnicei și părintele logodnicului în prezența martorilor, uneori se întărea prin legământ” (Iezechiel 16, 8; Maleahi 2, 14)⁴.

După ce logodna era considerată încheiată, logodnicii, în calitate de viitori soți, purtau numele de mire și mireasă, iar mireasa avea obligația să nu părăsească casa părintească până la căsătorie și era datoare să-și păstreze castitatea. „Deși era numai logodită era socotită drept soția logodnicului și în caz că încălca contractul încheiat era ucisă cu pietre. (Deuteronom 22, 23-24) Logodnicul avea dreptul să desfacă contractul încheiat iar pentru aceasta trebuia să dea carte de despărțire”⁵.

¹ V.D. Fer, *Concepția despre căsătorie și familie în cărțile Vechiului și ale Noului Testament*, – www.teoradea.ro.

² P. Grelot, *La evoluzione del matrimonio come istituzione nell'Antico Testamento*, Concilium 5 (1970), p. 56-69.

³ C. Mihoc, *Taina căsătoriei și familia creștină*, Ed. Teofania, Sibiu, 2002, p. 18.

⁴ D. Abrudan, E. Cornițescu, *Arheologia Biblică*, Ed. I.B.M.B.O.R., Sibiu, 2002, p. 15.

⁵ V.D. Fer *op. cit.*, p. 6.

Statutul femeii în căsătorie, raportat la statutul bărbatului era cumva disproporționat, rolul bărbatului fiind dominant iar cel al femeii fiind de al servi pe soț și de a fi fidelă acestuia, obligații ce nu erau valabile și cu privire la soț. Cu toate acestea, Legea lui Moise cuprindea unele prescripții care aveau rolul de a proteja soția de abuzurile soțului (Deuteronom 21, 11-17; 22, 13-19). De asemenea, trebuie amintit că întreținerea materială a soției era în sarcina soțului care trebuia să-i asigure locuință, hrană, cât și îmbrăcăminte, după posibilitățile pe care le avea. (Iesire 21, 10). „Familia era pentru evrei celula de bază a societății, membrii unei familii se simțeau într-adevăr același «os» și aceeași «carne» iar a avea același sânge însemna a avea același suflet. Pentru evrei familia nu avea doar un rol social, ci și unul religios. Astfel, unele sărbători se celebrau în familie, ele fiind prilej de comunicare pentru toți membrii familiei iar capul familiei era oficiant al unor ritualuri de sărbătoare (Iesire 12, 3; 13, 8)”⁶.

Practic putem concluziona că în privința căsătoriei, întâlnim în Vechiul Testament prevederi privind instituția „logodnei” ca un act premergător „căsătoriei”, reguli privind obligațiile reciproce ale celor doi soți, precizări cu privire la vârsta matrimonială, interdicții privind căsătoria între rude, precum și excepțiile de la aceste norme, excepții acceptate în anumite condiții.

O dată cu trecerea timpului și cu deteriorarea valorilor religioase s-au alterat și valorile sociale. Printre acestea, căsătoria și mai ales valoarea conceptului de familie a suferit unele modificări, în special o dată cu apariția poligamiei. În aceste condiții, cu toate eforturile depuse pentru păstrarea cu orice preț a unității familiei prin căsătorii solide, legea lui Moise a trebuit să prevadă și să impună norme cu privire la divorț și chiar cu privire la o instituție nouă, și anume „repudierea”. Toate aceste eforturi erau pentru a face posibilă funcționarea familiilor în „scopul ei esențial – nașterea de copii”⁷.

Cu toate acestea, Noul Testament încearcă prin normele în materie ce le găsim în acest izvor al documentării noastre, să restaureze căsătoria și spre deosebire de Legea lui Moise, bărbatului nu-i este îngăduit să-și lase femeia sa, și nici femeii să-și lase bărbatul ei. Amintim în acest context Matei 19,9: „pentru învârtosarea inimii voastre, v-a dat voie Moise să lăsați pe femeile voastre, dar la început nu a fost așa.”

Deoarece instituția familiei a fost rânduită de Dumnezeu ca o valoare fundamentală pentru omenire, învățătura Noului Testament exclude acceptarea divorțului cu o singură excepție determinată de cazul infidelității: „Iar eu zic vouă că oricine va lăsa pe femeia sa, înafară de pricina de desfrânare, săvârșește adulter, și cine s-a înșurat cu cea lăsată, săvârșește adulter.” (Matei 19, 9)

⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁷ D. Radu, *Îndrumări misionare*, Ed. I.B.M.B.O.R., București, 1986, p. 587.

O declarație a Domnului Isus concretizează învățătura biblică cu privire la divorț: „Ceea ce a unit Dumnezeu, omul să nu despartă” (Mat. 19, 6; Marcu 10, 7-9).

Noul Testament introduce și o nouă viziune cu privire la egalitatea de drepturi dintre soți: „Mântuitorul afirmând nu numai indisolubilitatea căsătoriei, ci și egalitatea deplină a celor doi soți”⁸.

Această egalitate între soți, egalitate specifică lumii creștine provenea din conceptul religios al relației celor doi soți cu Dumnezeu: „soții devin egali înaintea lui Dumnezeu”⁹, precum și din conceptul creștin al nediferențierii dintre bărbat și femeie în privința planului universal de mântuire: „nu mai este parte bărbătească nici femeiască, pentru că voi sunteți una în Hristos Iisus.” (Galateni 3, 28)

Pentru a consolida obligația menținerii căsătoriei, Noul Testament stabilește că: „Femeia să nu se despartă de bărbat... tot așa, bărbatul să nu-și lase femeia.” (I Corinteni 7, 10-11). „În cazul nefericit al divorțului, foștii soți au practic doar două posibilități: ori să rămână așa ori să se împace. Legătura căsătoriei dintre cei doi soți rămâne validă pe tot parcursul vieții celor despărțiți, numai moartea dezlegând această legătură”¹⁰. „Femeia este legată prin lege atâta vreme cât trăiește bărbatul ei. Iar dacă bărbatul ei va muri, este liberă să se căsătorească cu cine vrea, numai întru Domnul” (I Corinteni 7,39)

Plecând de la norma creștină cu privire la căsătorie, pe care o regăsim atât în Vechiul, cât și în Noul Testament, vom continua analiza noastră amintind în legislația națională de „Îndreptarea legii nr. 1652” o prăvălie în care preocuparea pentru căsătorie și efectele ei sunt în mod evident un argument privind importanța acordată atât de dreptul canonic, cât și de dreptul civil instituției „căsătoriei”, dar și a efectelor acesteia în cazul „despărțeniei” sau decesului unuia dintre soți. Cu titlu de exemplu: Glava 198 „Pentru că la nunte trebuie să căutăm ce e și cum se cade și de va curvisau de va spurca, neștine pe vreo muiare”¹¹, Glava 179 „Pentru care vini se dăspart oamenii casnici, ce să zice bărbat de fâmeae-și”¹², Glava 214 „Pentru despărțealele nuntelor, și vinelor muerii, de carele o desparte bărbatul și-i dobîndeaste zeastrele ei”¹³, Glava 216

⁸ Sfântul Ioan Gură de Aur, *Omilia despre căsătorie – Comentariu la Epistola către Efeseni*, trad. și note de Marcel Hanceș, în rev. „Altarul Banatului”, nr. 1-3, 2002, p. 75.

⁹ E.S. Romano, *Arhetipuri Juridice în Biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 142.

¹⁰ V.D. Fer, *op. cit.*, p. 12.

¹¹ A. Rădulescu (coord.), colectiv de autori, *Îndreptarea Legii 1652*, Ed. Academiei Republicii Populare Române, București, 1962, p. 195.

¹² *Ibidem*, p. 177.

¹³ *Ibidem*, p. 221.

„Vinile bărbatului de carele-l lasă muiarea lui și-și ia zeastrea ei și darurile carele i le-au dat pentru nunta”¹⁴.

Continuând analiza unor norme ce reglementează raportul dintre soți dar și condițiile încheierii căsătoriei, merită abordat Noul Cod civil din perspectiva unor prevederi noi introduse în materia familiei și a căsătoriei.

Sediul materiei în acest domeniu, în privința Codului Civil în vigoare este Cartea a II-a – DESPRE FAMILIE, începând în sensul mai larg de la Titlul I – Dispoziții generale, art. 158, până la Titlul V – Obligația de întreținere, art. 534.

Încă de la început, chiar din definiția „familiei” (art. 258) și a „căsătoriei” (art. 259) identificăm unele preocupări și precizări pe care le-am întâlnit și în analiza textelor biblice cu privire la căsătorie. În acest sens dăm citire art. 258 alin. (4) „în sensul prezentului cod, prin soți se înțelege bărbatul și femeia uniți prin căsătorie” și a art. 259 alin. (1) „căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie încheiată în condițiile legi” și alin. (2) „bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători în scopul de a întemeia o familie”. Consacrarea acestor texte încă din debutul capitolului dedicat familiei arată clar dorința legiuitorului de delimitare legislativă de posibilitatea încheierii căsătoriilor între persoane de același sex, fapt condamnat și în normele biblice.

În privința Titlului II Căsătoria, Capitolul I – impune o instituție nouă față de Vechiul Cod Civil, dar asemănătoare cu cea reglementată de Legea lui Moise, anume „logodna”.

În cele cinci articole ale capitolului se stabilesc: condițiile de încheiere a logodnei, aspectele privind „ruperea logodnei”, restituirea darurilor, răspunderea pentru ruperea logodnei și termenul de prescripție privind unele drepturi. Interesant este de remarcat faptul că, chiar dacă vechiul Cod civil nu avea reglementată această instituție, în mod tradițional era des întâlnită. De altfel, merită precizat că atât norma biblică, cât și norma privind logodna din Codul Civil în vigoare reglementează în detaliu situația darurilor de logodnă, încheierea acesteia dar și desființarea ei.

Capitolul II – Încheierea căsătoriei începe cu „consimțământul la căsătorie” (art. 271) și continuă apoi cu „vârsta matrimonială” (art. 272). Trebuie menționată viziunea apropiată privind vârsta căsătoriei între toate reperele normative luate în analiză în acest material. Dacă poporul iudeu accepta în general ca vârsta matrimonială minimă pentru un băiat să fie de 18 ani, și doar în anumite cazuri ca această limită să coboare la 16 ani, legislația actuală precizează în art. 272 alin. (1) „căsătoria poate fi încheiată dacă viitorii soți au

¹⁴ *Ibidem*, p. 224.

împlinit vârsta de 18 ani”. Alin. (2) descrie și situația de excepție „Pentru motive temeinice, minorul care a împlinit vârsta de 16 ani se poate căsători...”.

Remarcăm faptul că, spre deosebire de legislația actuală, Legea lui Moise trata diferit vârsta minimă maritală între soț și soție, deoarece fetele puteau să se căsătorească și la 13-14 ani pe când băieții nu puteau să se căsătorească decât după 16-18 ani.

Art. 273 C. civ. interzice bigamia iar art. 274 C. civ. interzice căsătoria între rude.

Prin comparație amintim că Biblia descrie monogamia ca formulă originală a căsătoriei, ulterior urmând să se accepte poligamia, situație la care mai târziu s-a renunțat.

Interzicerea căsătoriei între rude apreciem a fi încă un punct comun cu legea iudaică din vechime, lege care stabilea printre interdicțiile de încheiere a căsătoriei și rudenia între soți. Excepțiile fiind în Biblie descrise prin Legea Leviratului iar în Codul civil în vigoare la art. 275 alin. (2) și (3).

Practic putem concluziona că preocupările ce privesc căsătoria au fost în linia generală aceleași de la apariția instituției până în prezent. Firul comun al perioadelor analizate și al normelor studiate este dat de comuniunea între doi soți, bărbat și femeie, vârsta matrimonială apropiată, logodna ca instituție de sine stătătoare dar premergătoare căsătoriei, ruperea logodnei și obligațiile rezultate, divorțul și efectele acestuia. În același timp trebuie să amintim că modernizarea societății, scoaterea procedurilor de stare civilă de sub autoritatea bisericii, apariția Uniunii Europene, precum și apariția unor realități sociale de ordin practic, au impus rafinarea, dezvoltarea și apariția unor noi proceduri și condiții de încheiere a căsătoriei, precum și stabilirea drepturilor ce rezultă din căsătorie pentru cei doi soți, atât în timpul căsătoriei, cât și după desfacerea acesteia sau a decesului unuia dintre soți în timpul căsătoriei valabil încheiate.

Libera circulație ca drept fundamental european pentru cetățenii UE a obligat legiuitorul să gândească și să consacre mecanisme utile în procedurile cu elemente de extraneitate legate de căsătorie, divorț și moștenire.

În acest sens au fost adoptate Regulamentul (CE) nr. 1259/2010 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidate în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp (Roma III), Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000 (Bruxelles II), Regulamentul (UE) nr. 650/2012 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.

În concluzie, lucrarea de față dorește doar să provoace, prezentând câteva elemente fără a avea pretenția de a le acoperi pe toate câte meritau analizate.

Luând în calcul diferențele culturale, sociale, religioase, precum și diferențele de ordin etimologic, sistemul de traduceri al textelor biblice, putem spune că instituția căsătoriei considerată fundament al familiei a fost, este și va fi o instituție fundamentală în dezvoltarea atât spirituală, cât și socială a omenirii. Putem trage concluzii studiind doar evoluțiile normative privind căsătoria, care să vizeze dezvoltarea unei societăți între două momente istorice date, sau modul de raportare de-a lungul istoriei a unei societăți la concept, precum familia, patrimoniul, filiația, moștenirea.

Prezenta lucrare dorește să arate că merită un studiu detaliat acest periplu normativ al „căsătoriei” cu scopul identificării valorilor comune fiecărui moment istoric analizat și identificării acelor concepte ce merită păstrate sau dezvoltate pentru a putea imagina proceduri de utilizare a acestora.

CONSIDERAȚII PRIVIND CONCEPTUL DE RĂSPUNDERE CIVILĂ PREVENTIVĂ SAU ANTICIPATIVĂ

*Adela Maria CERCHEZ**

Abstract:

In recent decades new doctrinal and jurisprudential guidelines in matters of substantiating the tort liability. Specialized legal literature and case law stated the requirement of remodelling the tort liability institution and contributed to the gradual removal of the idea of subjective substantiation of tort liability, enshrined in the Civil Code two centuries ago.

Tendencies related to the objectification of tort liability substantiation registered an unprecedented extent in modern times, embodied in new legal rules that establish new hypotheses in positive law and that expressly establish the substantiation independent of any breach of the default party, as an exception to the rule of subjective liability established in the old Civil Code.

The objectification of default's content involves putting into concepts certain objective theories, principles or fundamentals as risk, equity, security and precaution.

Keywords: *responsibility, fundament, precaution, prevention, objectification*

Schimbările din viața socială generate de revoluția industrială, tehnico-științifică și informațională survenite, în spațiul european, începând cu sfârșitul secolului al IX-lea, respectiv debutul secolului al XX-lea și până în prezent au influențat și impulsionat evoluția răspunderii juridice civile.

În contextul schimbărilor intervenite în societatea contemporană, respectiv apariția automobilelor, a căilor ferate, apoi a avioanelor, a substanțelor periculoase utilizate în industrie, a aparatelor susceptibile de incendii, explozii, poluarea atmosferei și a apelor, s-a înregistrat o creștere a numărului accidentelor și implicit a prejudiciilor cauzate persoanelor, victimele fiind, în marea majoritate a cazurilor, în imposibilitatea de a dovedi originea prejudiciului și a culpei vreunei persoane¹.

Astfel, la sfârșitul secolului al IX-lea și începutul secolului al XX-lea, doctrina juridică era provocată să tranșeze problema reparării acestor prejudicii, impunându-se, așa cum afirma Profesorul Liviu Pop „evadarea din interpretarea

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret”, București.

¹ Pop L, Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 382.

clasică și tradițională a textelor în materie ale Codului civil și chiar adoptarea de noi reglementări pentru anumite domenii speciale”².

Reformele adoptate în spațiul european, apariția și evoluția diferitelor tipuri de asigurări au avut impact asupra echilibrului intern al sistemului tradițional al răspunderii civile, favorizând consacrarea socializării riscurilor, simultan cu dezvoltarea curentelor solidariste, fiind propuse și instituite mecanisme noi de reparație a prejudiciilor cu consecința declinului funcției atribuite în trecut culpei subiective³. Totodată, repararea unor prejudicii cu caracter excepțional trece în sarcina statului, instituindu-se, prin acte normative, fonduri de garanție sau indemnizare, care variază de la stat la stat, precum: fondul de garanție pentru calamități agricole; fondul de garanție pentru victimele poluării; fondul de garanție pentru accidente de circulație; fondul de garanție pentru accidente de muncă; fondul de garanție pentru victimele terorismului, etc. Crearea unor sisteme paralele de reparare sau indemnizare a victimelor prejudiciilor modifică viziunea asupra răspunderii civile, care încetează astfel să fie exclusiv individuală și fundamentată pe ideea de culpă sau vinovăție, conturându-se ipoteze în care răspunderea civilă este obiectivă, fără vinovăție și fundamentată pe ideea de risc, pe ideea de garanție, prevenție, pe culpa socială etc.⁴

În ultimele decenii s-au conturat noi orientări doctrinare și jurisprudențiale în materia fundamentării răspunderii civile delictuale. Literatura juridică de specialitate și jurisprudența au afirmat exigența remodelării instituției răspunderii civile delictuale și au contribuit la îndepărtarea de ideea fundamentării subiective a răspunderii civile delictuale, consacrată de prevederile Codului civil cu două secole în urmă.

Tendențele relative la obiectivizarea fundamentării răspunderii civile delictuale a înregistrat o amploare fără precedent, în contemporaneitate, concretizată în noi reglementări legale care consacră noi ipoteze în dreptul pozitiv și care instituie expres fundamentarea independentă de orice culpă a celui responsabil, cu titlu de excepție de la regula răspunderii subiective consacrată în Codul civil al lui Cuza.

Obiectivizarea conținutului culpei implică transpunerea în concepte a unor teorii, principii sau fundamente de ordin obiectiv precum riscul, echitatea, garanția și precauția⁵.

În contextul noilor realități juridice, literatura juridică și jurisprudența autohtonă și internațională susțin unanim că ne aflăm „într-un moment de

² Pop L, Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 382.

³ C. Teleagă, Principiul precauției și viitorul răspunderii civile, în RRDM nr. 1(3)/2004, p. 40.

⁴ Pop L, Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 382.

⁵ I. Adam, *Drept civil. Obligațiile*. Faptul juridic, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 161.

răscruce privind stabilirea fundamentelor acestei răspunderi”⁶ iar în doctrina franceză⁷ se discută despre existența unei crize a răspunderii civile delictuale, revoluționarea respectivei instituții juridice afectând armonia sistemului întemeiat exclusiv pe culpa persoanei responsabile.

Evoluția dreptului și implicit a instituției răspunderii civile, a generat reale preocupări și eforturi în sensul conturării unei răspunderi civile preventive, în scopul preîntâmpinării pericolelor viitoare eventuale, având în vedere varietatea și complexitatea pericolelor la care sunt expuși indivizii.

Actualmente, progresul tehnico-științific, care stă la baza unui viitor prosper, deși orientat, cu precădere, spre dezvoltare și bunăstare, poate reprezenta în egală măsură o sursă de pericol pentru natură și, implicit, pentru om. Activitatea tehnică și științifică este chemată astfel să se focalizeze, sub presiunea unor inevitabile evenimente catastrofale, în scopul anticipării și prevenirii acestor pericole cu repercusiuni ireparabile, dar posibile. Acestea sunt premisele conturării răspunderii civile delictuale preventive, întemeiată pe ideea de precauție și prevenție, orientată spre viitor, menită să ofere protecție generației prezente și celor viitoare.

Doctrina juridică admite că răspunderea civilă clasică fundamentată pe sancționarea persoanei responsabile pentru prejudicii deja produse, este lipsită de eficacitate în fața unor potențiale pericole și prejudicii viitoare, previzibile sau imprevizibile, estimabile sau inestimabile.

În acest context, se impune reglementarea unei răspunderi civile anticipative menită să satisfacă nevoile sociale actuale, centrate pe precauție și prevenție, în defavoarea celor axate pe ideea de sancțiune și reparație, care sunt specifice răspunderii pentru evenimentele deja produse, nu potențiale sau virtuale⁸.

Răspunderea juridică civilă întemeiată pe principiul precauției este o răspundere fără prejudiciu. Principiul reparației, element esențial al legislației europene, este greu de adaptat construcției clasice a răspunderii civile, exclusiv reparatorie.

Principiul reparației, definit ca fiind poziționarea unei persoane în raport cu o acțiune cu privire la care se poate presupune că ar genera un pericol grav pentru mediu sau pentru sănătatea celor din jur, consacră astfel obligația juridică de a evita și limita riscurile susceptibile de a pune în pericol viața, sănătatea oamenilor, dar și mediul înconjurător⁹.

⁶ Ch. Radé, *Réflexion sur les fondaments de la responsabilité civile. Le voies de la réforme: la promotion du droit à la sûreté*, Recueil Dalloz, Cahier nr. 31/1999, Chronique p. 323.

⁷ P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 2^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 1996, p. 17.

⁸ I. Adam, *Drept civil. Obligațiile. Faptul juridic*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 173.

⁹ Pop L., Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 381.

Principiul precauției consacrat inițial în domeniul dreptului internațional public, componentă esențială a legislației europene, a generat controverse atât în doctrina din străinătate cât și în doctrina națională, întrucât acceptarea existenței unei răspunderi civile preventive, fără un prejudiciu ferm, impune atât o redefinire, în viitor, a răspunderii civile dar și o reconstrucție a acestei instituții juridice având în vedere trei funcții: prevenție, reparație și sancțiune¹⁰.

În literatura juridică de specialitate, principiul precauției este înfățișat ca „un remediu al dreptului care să sancționeze pe cei care nu adoptă un comportament apropiat acestei noi situații existențiale”¹¹, fiind menit să revoluționeze astfel fundamentarea răspunderii civile delictuale.

Tot în literatura juridică se afirmă că „principiul precauției este atitudinea pe care trebuie să o adopte orice persoană care ia o hotărâre cu privire la o activitate despre care se poate presupune, în mod rezonabil, că prezintă un pericol grav pentru sănătatea generațiilor actuale și viitoare sau pentru mediu. Aceste persoane, în special autoritățile publice, trebuie să dea prioritate imperativelor de sănătate și securitate ... și să reducă riscul la un nivel acceptabil pentru un cost economic suportabil”¹².

În accepțiunea altor autori principiul precauției „a fost consacrat în fundamentarea răspunderii pentru daunele cauzate mediului înconjurător. Treptat, aplicabilitatea lui s-a extins și în alte domenii. Ideea precauției poate fi considerată, în prezent, un principiu general al răspunderii civile, care poate fi invocat în toate ipotezele”¹³.

Originea principiului precauției se găsește în dezbaterile internaționale din ultimele trei decenii, relative la conservarea echilibrului mediului înconjurător și preîntâmpinarea deversărilor ilegale și periculoase care generează poluarea Mării Nordului, fiind ulterior proclamat cu titlu de principiu general al mediului de Organizațiile Națiunilor Unite, fiind consfințit în anul 1992, în mod universal, cu ocazia Conferinței pentru Mediu și Dezvoltare de la Rio de Janeiro.

Afirmarea și recunoașterea universală a principiului precauției conduce la preluarea acestuia de marile sisteme de drept din întreaga lume și, implicit, de dreptul comunitar care statuează în sensul că „Principiul precauției și al acțiunilor preventive, principiul corectării cu prioritate la sursă a prejudiciilor aduse mediului și principiul „poluatorul plătește” constituie temeiul politicii comunitare în domeniul mediului”.

¹⁰ Pop L., Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 381.

¹¹ D. Mazeaud, *Responsabilité civile et precaution*, în *Responsabilité civile et Assurances* nr. 6bis/2001, p. 72.

¹² G. Viney, Ph. Kourilski, *Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre*, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 216.

¹³ L.R. Boilă, *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, Ed. C.H. Beck, București 2008, p. 67-103 și 484-486.

Implementarea principiului precauției, în plan european, s-a realizat pentru prima dată în sistemul de drept german, în domeniul protecției mediului, fiind consacrat prin sintagma generică *Vorsorgeprinzip*. Principiul precauției este consacrat în reglementările europene, respectiv în Tratatul Comunităților Europene dar și în Directiva 93/67/CEE a Comisiei din 20 iulie 1993 de stabilire a principiilor de evaluare a riscurilor pentru om și pentru mediu prezentate de substanțele notificate în conformitate cu Directiva 67/548/CEE a Consiliului.

Potrivit dispozițiilor ar. 191 (ex-art. 174 TCE) al Titlului XX privind mediul din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene consolidat „Politica Uniunii în domeniul mediului contribuie la următoarele obiective: conservarea, protecția și îmbunătățirea calității mediului; ocrotirea sănătății persoanelor; utilizarea prudentă și rațională a resurselor naturale și promovarea pe plan internațional a unor măsuri destinate să contracareze problemele de mediu la scară regională sau mondială și în special lupta împotriva schimbărilor climatice.”

Politica Uniunii în domeniul mediului înconjurător țintește un nivel ridicat de protecție, având în vedere diversitatea situațiilor din regiunile Uniunii, bazându-se pe principiile precauției și acțiunii preventive, pe principiul remedierii, cu prioritate la sursă, a daunelor provocate mediului și pe principiul „poluatorul plătește”. Din această perspectivă, măsurile de armonizare conforme exigențelor din materia protecției mediului implică, în cazurile adecvate, o clauză de salvagardare care autorizează statele membre să adopte măsuri provizorii supuse unei proceduri de control din partea Uniunii, din rațiuni de protecție a mediului.

În dreptul anglo-saxon, sistem de drept axat pe precedent judiciar și jurisprudență, ca izvoare de drept, principiul precauției nu este recunoscut, iar în Statele Unite ale Americii acest principiu, fără a fi consacrat prin convenții internaționale, este acceptat cu titlu de *precautionary approach*, fiind, totuși reglementat printr-o lege specială destinată protejării speciilor pe cale de dispariție Endangered Species Act, cu valoare de principiu.

Răspunderea civilă, din perspectiva acestui nou fundament, este una prospectivă, anticipativă și preventivă, nu reparatorie, de tip clasic. Se conturează astfel ipoteze de angajare a răspunderii civile pentru prejudicii viitoare, grave și ireversibile.

Răspunderea civilă preventivă, fundamentată pe principiul precauției, tinde la ocrotirea unor elemente vitale umanității, comunităților de oameni, biosferei sau unor valori greu de evaluat și ireversibile prin dispariția sau distrugerea lor.

În doctrina juridică franceză se afirmă teoria unei renașteri ori regresioni a răspunderii civile, a unei revoluții sau perversități a acesteia, în contextul în care,

actualmente, răspunderea civilă se află în fața unor realități nebănuite care impun inițiative și măsuri concrete și urgente¹⁴.

Din perspectiva acestui nou principiu se impune o nouă abordare și a elementelor răspunderii civile delictuale. Relativ la culpă, se admite că aceasta este incidentă doar în acele ipoteze în care se constată în sarcina persoanei vinovate sau responsabile a omisiunii de a lua toate măsurile de prevenire când există riscul producerii unui fapt prejudiciabil. Angajarea răspunderii se datorează pasivității persoanei responsabile în fața unor pericole potențiale, atitudine concretizată în lipsa de implicare sau diligență, de natură să prevină producerea lor.

În ceea ce privește subiectivizarea răspunderii, doctrina juridică a formulat, din perspectiva noului principiu, teoria potrivit căreia „este culpabil cel care, într-o situație de incertitudine sau îndoială cu privire la un risc cu consecințe grave asupra colectivității, nu adoptă o atitudine de precauție”¹⁵.

În domeniul protecției mediului și a vieții omenești, culpa vizează „un comportament anormal, în conflict cu normele care definesc o conduită normală, o vătămare a echilibrului social”¹⁶, încetând să fie analizată ca o atitudine subiectivă. Asistăm astfel la o fundamentare obiectivă a culpei.

În această materie, urmarea consacrării principiului precauției ca temei al răspunderii civile delictuale, etica se transformă și ea, fiecare dintre noi având obligația de a ne reevalua atitudinea în fața imprevizibilului, ceea ce determină conturarea unei noi concepții privind culpa.

Prejudiciul, un alt element al răspunderii civile delictuale este revoluționat urmarea incidenței principiului precauției. Principiul precauției, având ca principale caracteristici incertitudinea și ireversibilitatea consecințelor, a generat numeroase controverse relative la identificarea condiției prejudiciului, dat fiind că principiul general de angajare a răspunderii civile vizează prejudiciul cert și actual, nu și prejudiciul eventual, potențial, ipotetic.

Practica judiciară a dezvoltat teoria potrivit căreia putem vorbi de o reparație pentru un prejudiciu ipotetic, potențial sau eventual doar dacă se dovedește raportul de cauzalitate cu fapta ilicită, ca o prelungire certă și directă a unei ipoteze susceptibile de estimare¹⁷. În concluzie, nu se poate repara decât un prejudiciu deja produs. În ipoteza incidenței principiului precauției, prejudiciul este eventual, incert, ipotetic și se impune adoptarea unei atitudini de prevenire și înlăturare a consecințelor prejudiciabile.

¹⁴ D. Mazeaud, *Responsabilité civile et precaution*, în *Responsabilité civile et Assurances* nr. 6bis/2001, p. 76.

¹⁵ *Ibidem*, p. 72.

¹⁶ A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, Paris, 1997, p. 323.

¹⁷ Pop L, Popa F.I., Vidu S.T., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 402.

Răspunderea civilă se angajează când există un raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu. Din perspectiva principiului precauției, legătura de cauzalitate se întemeiază doar pe posibilitatea producerii în viitor a unor prejudicii. Ne aflăm astfel într-o zonă de incertitudine științifică datorită imposibilității de evaluare anticipată a daunelor, imposibilitate care împiedică constituirea raportului de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu, ca element al răspunderii juridice civile. Imposibilitatea științifică de a determina riscul și prejudiciul atrage imposibilitatea constituirii unui raport între acești factori. Din această perspectivă, putem vorbi doar de un raport virtual.

În doctrina juridică¹⁸ s-a afirmat că „apelarea la prezumții pentru identificarea aportului fiecărui factor care să conducă la atragerea răspunderii, în măsura în care cauze, condiții, fapte și împrejurări determină crearea unei stări de pericol grav și ireversibil, necunoscându-se măsura lipsei de precauție a celui care a determinat producerea daunelor, destabilizează întreaga doctrină juridică clasică în ceea ce privește fundamentarea și definirea raportului de cauzalitate”.

În dreptul civil român, relativ la fundamentarea răspunderii civile, atât doctrina juridică cât și jurisprudența au adoptat, multă vreme, concepția subiectivă conform căreia singurul fundament al răspunderii civile este culpa dovedită sau prezumată. Încă din perioada interbelică s-a conturat teoria potrivit căreia răspunderea pentru fapta altuia, pentru lucruri, animale sau ruina edificiului „derivă nu din noțiunea de culpă sau imputabilitate, ci din noțiunea mai largă de garanție”¹⁹. Izolat, în aceeași perioadă s-a avansat și teza întemeierii răspunderii pentru lucruri și animale pe ideea de risc.

În contemporaneitate, sub influența vechiului Cod civil, răspunderea juridică civilă s-a fundamentat, cu precădere, pe culpă. Doctrina juridică și jurisprudența din ultimele șase decenii, au recunoscut, urmarea interpretării dispozițiilor vechiului Cod civil și a dispozițiilor unor legi speciale, existența unor cazuri în care răspunderea juridică civilă este obiectivă, fiind fundamentată pe ideea de garanție: răspunderea comitentului pentru prejudiciile cauzate prin fapta prepușilor [art. 1000 alin. (3) C. civ.], răspunderea pentru prejudiciile cauzate de lucruri în general [art. 1000 alin. (1) parte finală C. civ.], de animale (art. 1001 C. civ.) sau ruina edificiului (art. 1002 C. civ.), răspunderea pentru prejudiciile cauzate printr-un act ilegal al unei autorități publice (Legea nr. 554/2004), răspunderea pentru prejudiciile cauzate de accidente nucleare (Legea nr. 703/2001), răspunderea pentru prejudiciile cauzate prin erori judiciare (Legea nr. 303/2004, art. 504 C. pr. pen.), răspunderea pentru prejudiciile ecologice (O.U.G. nr. 195/2005).

¹⁸ I. Adam, *Drept civil. Obligațiile. Faptul juridic*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 176.

¹⁹ M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, București, 1921, p. 435.

Noul Cod civil tranșează problema fundamentării răspunderii civile, în acord cu teoriile afirmate în literatura de specialitate și adoptate de practica judiciară. Răspunderea civilă se fundamentează, în principiu, pe culpă sau vinovăție. Noul Cod civil reglementează răspunderea pentru prejudiciile cauzate de minori sau interzișii judecătorești (art. 1372), răspunderea comitentului pentru prepuși (art. 1373), răspunderea pentru prejudiciile cauzate de animale, de lucruri sau de ruina edificiului (art. 1375-1380), cazuri în care răspunderea civilă este întemeiată pe ideea de garanție obiectivă, având ca suport riscul de activitate, riscul de autoritate sau ideea de echitate.

Toate celelalte cazurile de răspundere civilă delictuală, consacrate în legislația dezvoltatoare a Codului civil, respectiv răspunderea pentru prejudiciile cauzate printr-un act ilegal al unei autorități publice (Legea nr. 554/2004), răspunderea pentru prejudiciile cauzate de accidente nucleare (Legea nr. 703/2001), răspunderea pentru prejudiciile cauzate prin erori judiciare (Legea nr. 303/2004, art. 504 C. pr. pen.), răspunderea pentru prejudiciile sau daunele ecologice (O.U.G. nr. 195/2005), răspunderea pentru prejudiciile cauzate de defectele produselor (Legea nr. 240/2004), se întemeiază pe ideea de garanție. Totodată, în unele cazuri de răspundere, precum răspunderea pentru prejudiciile sau daunele ecologice, răspunderea pentru prejudiciile cauzate de defectele produselor (Legea nr. 240/2004) ideea de garanție este asociată cu principiul precauțiunii.

Bibliografie:

1. Adam I. Drept civil. Obligațiile. Faptul juridic, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 161.
2. Bénabent A., Droit civil. Les obligations, Montchrestien, Paris, 1997, p. 323.
3. Boilă L.R., Răspunderea civilă delictuală obiectivă, Ed. C.H. Beck, București 2008, p. 67-103 și 484-486.
4. Cantacuzino M.B., Elementele dreptului civil, București, 1921, p. 435.
5. Jourdain P., Les principes de la responsabilité civile, 2^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 1996, p. 17.
6. Mazeaud D., Responsabilité civile et precaution, în Responsabilité civile et Assurances nr. 6bis/2001, p. 72.
7. Pop L., Popa F.I., Vidu S.T., Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 381.
8. Radé Ch., Réflexion sur les fondements de la responsabilité civile. Le voies de la réforme: la promotion du droit à la sûreté, Recueil Dalloz, Cahier nr. 31/1999, Chronique p. 323.
9. Teleagă C., Principiul precauției și viitorul răspunderii civile, în RRDM nr. 1(3)/2004, p. 40.
10. Viney G., Kourilski Ph., Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 216.

NECESITATEA SIMPLIFICĂRII ȘI CLARIFICĂRII LEGISLAȚIEI ÎN MATERIA CAPACITĂȚII SUCCESORALE A COPILULUI CONCEPUT DAR NENASCUT SUB IMPERIUL DEZVOLTĂRII TEHNOLOGICE

Diana Anca ARTENE*

1. Premisele discuției

a) Prevederile art. 957 C. civ.

Art. 957 C. civ. prevede că: "O persoană poate moșteni dacă există la momentul deschiderii moștenirii. Dispozițiile art. 36, 53 și 208 sunt aplicabile". Prin această prevedere se dă posibilitatea copilului conceput înaintea morții autorului său, dar nenăscut la momentul deschiderii succesiunii să-l moștenească. Situația este echitabilă pentru că, în caz contrar ar însemna că în situația în care tatăl a murit înainte de momentul nașterii copilului său, acesta nu l-ar putea moșteni în locul lui urcând la moștenire alte rude mai îndepărtate. Dacă copilul se naște mort această capacitate anticipată nu îi va fi recunoscută, în schimb dacă se naște viu dar moare la scurt timp va putea primi moștenirea și o va transmite mai departe la rândul său.

b) Respectarea demnității și identității specie umane încă de la începutul vieții

În analiza noastră vom pleca de la premise că „demnitatea umană și identitatea speciei umane trebuie respectată de la începutul vieții”. Această premisă o vom corobora cu prevederile Convenției pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei din 1998 – Convenția pentru drepturile omului și biomedica cunoscută sub denumirea de Convenția de la Oviedo. Această Convenție reprezintă cadrul general pentru protecția ființei umane în contextul cercetării biomedicale. Trebuie luat în considerare și faptul că România a ratificat această Convenție care protejează embrionul uman *in vitro* și *in vivo* în egală măsură.

c) Necesitatea adaptării prevederilor legale la evoluția societății din punct de vedere tehnologic

Aplicarea formală a regulilor de drept succesoral este bulversată de viteza cu care știința evoluează, în general, iar în special în ceea ce privește practicile pentru procrearea asistată medical. Nu numai în legislația română s-a simțit

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret” din București; email: d.artene@yahoo.com.

nevoia unor clarificări ale textelor de lege în materie. Aceleași discuții au apărut și în doctrina altor țări.

Problema recunoașterii drepturilor succesoriale ale embrionului ar fi mult simplificată dacă s-ar asimila situația juridică a embrionului cu cea a copilului conceput dar nenăscut. Astfel, s-ar putea realiza recunoașterea unui statut legal al embrionului, similară cu acela al copilului conceput și nenăscut asimilând cele două situații în baza principiului comun al demnității persoanei umane.

1.1. Timpul legal al concepției

Art. 36 C. civ. face trimitere la prevederile art. 412 C. civ. care instituie prezumția timpului legal al concepției ca fiind: „Intervalul de timp cuprins între a trei sute și a o sută optzece zi dinaintea nașterii copilului este timpul legal al concepției. El se calculează zi cu zi.”.

Această prezumție a fost privită inițial în doctrină ca absolută și irefragabilă, iar în doctrina recentă ca o prezumție relativă.

Asta înseamnă că un copil poate fi conceput într-un interval de 121 de zile (diferența dintre durata maximă – 300 de zile și durata minimă – 180 de zile a unei sarcini), data aproximativă a concepției urmând a se calcula de la momentul cert al nașterii și de la stabilirea pe criterii medicale a vârstei fătului (la câte luni s-a născut copilul). În doctrină s-a apreciat că timpul legal al concepției copilului este o prezumție relativă, ceea ce înseamnă că se poate dovedi (pe bază de expertiză medicală) că acesta a fost conceput în anumite zile a acestui interval de timp, cu excluderea celeilalte părți a intervalului.

Actualul legiuitor în alin. (2) al art. 421 arată că această prezumție relativă poate fi răsturnată doar cu mijloace științifice de probă: „Prin mijloace de probă științifice se poate face dovada concepției copilului într-o anumită perioadă din intervalul de timp prevăzut la alin. (1) sau chiar în afara acestui interval.”

Singura situație în care data concepției este clar cunoscută și poate depăși acel interval de 121 de zile (ei îi este aplicată ultima teză din alin. (2) din art. 421 C. civ.) este aceea în care copilul a fost conceput în laborator prin ceea ce actualul Cod civil numește „reproducere umană asistată medical”. În această situație embrionul obținut în laborator este implantat în corpul mamei la un anumit interval de la momentul concepției – obținerii lui. În cazul procreării medicale asistate (indiferent de forma ei: fertilizare *in vitro*, înseminare artificială etc.) se cunoaște cu certitudine care este data concepției, o problemă interesantă ridicându-se aici în situația în care embrionul este creat și păstrat în laborator în vederea unei implantări viitoare. Cu toate că de aici pot apărea situații delicate (poate dobândi calitate succesorală copilul născut la o perioadă mare de ani de la moartea tatălui) din moment ce legea nu distinge înseamnă că și acest caz intră sub incidența ei fiindu-i aplicabile reglementările legale cu privire la capacitatea de folosință anticipată.

1.2. Întrebări actuale

Reproducerea umană asistată medical (RUAM) este o realitate tot mai prezentă și în societatea românească. Această nouă modalitate de dobândire a calității de subiect de drept are implicații majore asupra relațiilor social-juridice actuale, și de aceea trebuie identificate instituțiile juridice care sunt afectate ori se circumscriu acestei probleme. Printre aceste instituții se numără atât filiația, cât și dobândirea capacității de folosință și exercițiu prin nașterea unei noi ființe umane.

2. Situația copilului conceput prin tehnica reproducerii umane asistate medical

2.1. Noțiune

În România, până în prezent, s-au născut copii prin tehnica RUAM, dar cu toate acestea legislația noastră este, apreciem noi, destul de ambiguă. Până relativ recent în România nu exista un cadru juridic corespunzător procreării asistate medical. Acest lucru a început să se modifice, insuficient însă, odată cu apariția legii nr. 95/2006, care, în Titlul VI, are prevederi referitoare la tehnicile de fertilizare *in vitro*. Legislația continuă să fie ambiguă și necuprinzătoare și după apariția Ordinului Ministrului Sănătății 765 din 27 mai 2011 și a intrării în vigoare a noului Cod civil. Acesta din urmă are prevederi lapidare referitoare la acest tip de reproducere umană și a consecințelor ei, cu excepția reproducerii umane asistate medical cu terț donator. Aceasta este reglementată în mod expres prin prevederile art. 441-447 C. civ. actual.

Reproducerea umană asistată medical reprezintă ansamblul tehnicilor¹ și practicilor clinice sau biologice care permit procrearea în afara procesului natural (lipsind actul sexual), prin intervenția și la indicația medicului. Tehnicile de RUAM sunt folosite atunci când tratamentele obișnuite, hormonale, medicamentoase sau chirurgicale nu dau nici un rezultat. În doctrina medicală au fost identificate mai multe metode de reproducere umană asistată medical și practici asociate acestora. Printre acestea enumerăm: înseminarea artificială (IA), fertilizarea *in vitro* (FIV), transferul de embrioni (TE), mama purtătoare sau de substituție (surogat). Diferențele dintre aceste tehnici presupun și apariția unor deosebiri de abordare etico-juridică.

În analiza noastră trebuie să facem distincție între două ipoteze,

- prima ipoteză: concepția a avut loc prin fecundație *in vitro* înainte de moartea lui *de cujus*. Această ipoteză nu ar suscita mari probleme deoarece prevederile art. 412 privind timpul legal al concepțiunii sunt perfect aplicabile în cazul ei. În această situație copilul va fi născut în intervalul acceptat de lege ca

¹ Tehnicile de RUAM sunt acele procedee medicale prin intermediul cărora se realizează recoltarea, prelucrarea și conservarea gameților, fecundarea, realizarea (pre)embrionului, diagnosticarea genetică, transferul și reducțiunea embrionară.

fiind timpul legal în care se poate întâmpla acest fapt fiind oarecum asimilat situației clasice de procreare naturală urmată de decesul tatălui.

- a doua ipoteză: concepția a avut loc prin înseminare post mortem. Asupra acestei a doua ipoteze ne vom apleca cu precădere deoarece aceasta este cea care suscită discuție.

2.2. Reproducerea umană post mortem

Procedură prin care se poate realiza apariția unui copil după ce unul dintre părinții donatori e decedat, folosindu-se gameții crioconservați ai acestuia poartă denumirea de reproducere post-mortem. Dincolo de teorie situațiile ivite în practică pot fi diverse și implică o serie de aspecte colaterale. Printre aceste evidențiem: dreptul de a dispune asupra gameților și (pre)embrionilor aflați în afara corpului uman, filiația post-mortem, dreptul la moștenire al copilului născut după decesul tatălui său ori ipotetic chiar al mamei prin intermediul tehnicilor RUAM, etc. În ceea ce privește ultimele două probleme, rezolvarea se află în prevederile alin. (2) din art. 412 C. civ. potrivit căruia: "prin mijloace de probă științifice se poate face dovada concepțiunii copilului într-o anumită perioadă din intervalul de timp prevăzut la alin. (1) sau chiar în afara acestui interval". Așadar, prin extinderea prevederilor fostului art. 62 C. fam, odată cu transformarea lui în 412 C. civ. actual, s-a creat posibilitatea recunoașterii conceperii copilului dincolo de intervalul de 181 de zile recunoscut până acum. Prin urmare, deoarece legea nu distinge, dacă copilul a fost conceput prin tehnici de reproducere asistată medical, acesta își va stabili filiația față de părinții biologici (excepție făcând situație reproducerii asistate medical cu terț donator) chiar dacă între momentul concepției și cel al nașterii a trecut un interval de timp cu mult mai mare decât cel acceptat prin reproducerea naturală. Stabilindu-și filiația va avea implicit dreptul de a-și moșteni părintele (sau alte rude), considerându-se a avea capacitate succesorală chiar dacă s-a născut la trei ani (sau oricare alt interval) de la deschiderea succesiunii.

Deoarece Codul civil și legislația civilă actuală nu este foarte explicită în această privință ar fi nevoie de o reglementare legală care să clarifice și această problemă referitoare la reproducerea umană asistată medical.

2.3. Teorii privind capacitatea succesorală a copilului născut prin tehnici de procreare asistată medical

Importanța teoriilor cu privire la capacitatea succesorală a celui conceput este pusă la încercare în fața situațiilor de viață, situații care se manifestă cu o putere din ce în ce mai mare în practica juridică din întreaga lume modernă.

În multe țări din Uniunea Europeană ori din afara acesteia s-a ridicat problema modului de abordare a posibilității nașterii unui copil prin tehnici RUAM după decesul unuia dintre părinții donatori. O parte din aceste țări au

reglementat această posibilitate, în moduri diverse, destul de neunitar. Astfel: Belgia, Olanda, Spania și Marea Britanie sunt cele mai permissive țări din punct de vedere al legislației în materia procreerii asistate medical. Prima țară care a adoptat o astfel de legislație este Olanda care, prin legea din 2 martie 1994, privind egalitatea tratamentului, face ca nici starea civilă și nici orientarea sexuală să nu limiteze accesul la aceste tehnici. Legea privind embrionul, din 20 iunie 2002, nu interzice înseminarea și transferul embrionilor post-mortem, sub rezerva acordului expres al persoanei. Prevederi asemănătoare sunt adoptate începând cu anul 2006 și în Spania. Aici legislația în materia tehnicilor de reproducere umană asistată permite accesul la acestea și a femeilor celibatate și cuplurilor de lesbiene. Legea limitează durata conservării gameților masculini pentru perioada când acesta este în viață. Pentru transferul embrionar post-mortem, legea prevede consimțământul bărbatului. Belgia a adoptat în 2007 și ea o lege în acest sens care prevede că nu numai cuplurile căsătorite și heterosexuale pot avea acces la tehnicile RUAM, ci și femeile celibatate și cuplurile homosexuale însă numai cu acordul echipei medicale. Înseminarea și implantarea post-mortem sunt considerate a fi licite, cu condiția de a stipula aceasta dinainte și înseminarea/implantarea să se facă într-un interval de 6 luni, până la 2 ani, de la deces. Legea este însă și aici lapidară nerecunoscând filiația copilului, nici capacitatea succesorală a acestuia. În Marea Britanie, accesul la RUAM este rezervat cuplurilor heterosexuale, căsătorite sau nu, femeilor singure și cuplurilor de lesbiene. Legea din 2008, care se referă la fecundarea și embriologia umană, înlocuind referirea la nevoia copilului care se va naște de a avea un tata prin „nevoia copilului de a beneficia de o educație parentală, care să-l ajute să crească” creează premisele înseminării postmortem. Legea din 1990 din aceasta țară, referitoare la fecundarea și embriologia umană, precum și legea din 2003, care se referă la implantarea embrionului post-mortem, autorizează transferul embrionar și înseminarea post-mortem.

Pe de altă parte există și țări cu prevederi legale mult mai restrictive. De exemplu în Danemarca femeile celibatate și cuplurile de lesbiene au acces la tehnicile RUAM, începând din anul 2006 dar înseminarea și transferul de embrioni post-mortem nu sunt, însă, posibile. Legea privind fecundarea artificială prevede distrugerea spermei unui bărbat decedat când conservarea are drept scop înseminarea partenerei sale, la fel se prevede și în cazul ovulelor fecundate, în cazul decesului unuia dintre parteneri.

În Italia, ca și în Franța, există una dintre cele mai restrictive legislații. Legea nr. 40 din 19 februarie 2004 privind RUAM rezervă acces la aceasta procedura cuplurilor heterosexuale, căsătorite sau nu. Înseminarea și transferul de embrioni post-mortem sunt imposibile, iar accesul la aceste tehnici este rezervat cuplurilor doar în situația în care ambii parteneri sunt în viață. Codul

de deontologie a medicilor interzice practicarea tuturor „formelor de fecundare asistată după decesul partenerului”.

În ceea ce privește ipotezele de lucru lansate de noi, doctrina franceză a recunoscut, în cazul primeia, chematului la succesiune capacitatea succesorală odată ce acesta s-ar fi născut viu, considerându-l conceput înainte de moartea lui de cuius, în timp ce copilul care a fost conceput prin înseminare post mortem a fost exclus de la succesiune.

În dreptul francez problema capacității succesoriale a celui conceput *in vitro* cu implantarea embrionului după deschiderea succesiunii este considerată a depinde și de momentul în care se presupune că ar fi avut loc concepția – la fecundarea ovulului ori la implantarea embrionului. Prima soluție este considerată de către doctrina franceză ca fiind o sursă de incertitudine în ceea ce privește raporturile juridice, deoarece implantarea embrionului ar putea fi făcută și la o distanță de câțiva ani de la moartea lui *de cuius*. Pentru evitarea diferenței de tratament a copiilor aceluiași părinte s-a apreciat ca fiind necesară o modificare a legislației privind capacitatea succesorală în vederea recunoașterii înseminării post mortem.

În acest sens a existat o propunere legislativă (așa-zisa Lege Palmero) care prevedea că pentru a deroga de la conținutul art. 725 C. civ. fr. era necesară o declarație publică de voință a lui *de cuius* prin care accepta ca înseminarea post mortem să nu se facă după cea de a o sutăoptzecea zi de la deschiderea succesiunii.

O situație similară există și în dreptul italian, unde prin art. 5 din Legea nr. 40 din 19 februarie 2004, privind normele în materie de procreare medicală asistată, este cerută existența în viață a ambilor părinți în momentul implantării embrionului. Doctrina italiană a evidențiat ca fiind absolut inadecvată legislația existentă pentru a putea răspunde provocărilor noilor tendințe în domeniul reproducerii asistate la nivel succesoral. Nici jurisprudența italiană nu a acceptat în totalitate prevederile legale, ca exemplu fiind o speță supusă judecării la sfârșitul anilor 90. În acest caz o văduvă a cerut, după moartea soțului ei, implantarea unui embrion conservat prin criogenare. Unul dintre judecătorii dintre complet a adoptat o interpretare evoluată a art. 462 C. civ. în sensul recunoașterii nenăscutului, provenit din acel embrion conservat prin criogenare, a capacității succesoriale și, implicit, a dreptului de succesiune față de părintele defunct.

În doctrina juridică italiană s-a propus să se facă distincția între embrionul congelat și embrionul implantat, recunoscându-l doar pe cel din urmă și asimilându-l cu copilul conceput dar nenăscut. Acest lucru face posibilă asimilarea momentului implantului embrionului cu cel al începutului concepției în sens juridic, fapt care ar determina repercusiuni și în plan succesoral. O altă opinie vehiculată în doctrină este aceea a necesității apariției unei a treia posibilități de împărțire filiației. Până în acest moment, din punct de vedere al

filiație, copii sunt considerați a fi naturali (proveniți din afara căsătoriei) ori legitimi (proveniți din căsătorie). Față de această clasificare există voci care apreciază a fi necesară introducerea unei a treia categorii și anume: "filiație artificială" care ar determina aceeași capacitate succesorală ca aceea a celorlalți copii.

2.4. Reproducerea umană cu un terț donator

În ceea ce privește situația reproducerii umane cu un terț donator, Codul civil este mult mai detaliat. În art. 441-447 C. civ. reglementează situația susmenționată. Potrivit art. 441 C. civ.: „reproducerea umană asistată medical cu terț donator nu determină nicio legătură de filiație între copii și donator”. Spre întărirea acestor dispoziții vine și art. 443 C. civ.: „nimeni nu poate contesta filiația copilului pentru motive ce țin de reproducerea umană asistată medical și nici copilul astfel născut nu poate contesta filiația sa”.

Filiația poate fi contestată de soțul mamei doar dacă acesta nu și-a dat consimțământul, în conformitate cu prevederile art. 442 C. civ.

În ipoteza în care copilul născut prin reproducere umană asistată medical nu este un copil provenit din căsătorie iar tatăl a consimțit, conform art. 442 C. civ., la această tehnică de concepție, acesta din urmă va trebui să îl recunoască. În cazul în care tatăl refuză să o facă se vor aplica prevederile art. 444 C. civ. potrivit căruia: „Cel care după ce a consimțit la reproducerea asistată medical cu terț donator, nu recunoaște copilul astfel născut înafara căsătoriei răspunde față de mamă și față de copil. În acest caz paternitatea copilului este stabilită pe cale judecătorească în condițiile art. 411 și 423”.

Așadar, din punctul de vedere al analizei noastre reproducerea umană cu terț donator nu produce aproape nici un efect. Între donatori și copilul astfel născut nu se creează nici un fel de relație juridică în materia filiației și implicit în cea succesorală. Prin urmare, moartea donatorului înainte ori după însemințarea artificială nu produce nicio consecință deoarece între copil și donator legăturile juridice de rudenie sunt rupte, moartea celor dintâi neafectând în nici un mod copilul.

În ceea ce privește situația morții tatălui copilul născut în această ipoteză ea este reglementată de legiuitor tot prin art. 442 C. civ. care în primul alineat prevede obligativitatea ca părinții care doresc să recurgă la reproducerea umană asistată medical cu terț donator să-și exprime, în fața unui notar public, acordul expres la această procedură. Notarul are obligația de a informa persoana ori cuplul asupra consecințelor cu privire la filiație în alin. (2) al aceluiași articol se prevede că consimțământul rămâne fără efect în cazul morții celui care l-a acordat (și acesta nu poate fi decât tatăl) înainte de momentul concepțiunii realizate în cadrul reproducerii umane asistate medical. Așadar, în ipoteza în care soțul mamei moare după exprimarea acordului dar înainte de

efectuarea implantului embrionar, acesta nu va fi considerat tatăl copilului și în consecință copilul astfel conceput nu va avea vocație la moștenirea acestuia.

3. Concluzii și propuneri de lege ferenda

Situația prezentată nu este suficient de bine clarificată prin normele de drept existente în România în acest moment. Nici alte țări ale Europei nu stau mai bine în această privință și în orice caz modul de abordare al acestei probleme este total neunitar. Sunt țări permissive care creează posibilitatea reproducerii postmortem atât timp cât părintele decedat și-a exprimat acordul în acest sens din timpul vieții. În alte țări, ca de exemplu Franța, problema embrionului crioconservat, cu implantare numai după deschiderea succesiunii, este neacceptată legal chiar dacă este posibilă științific. Dreptul francez, însă, în ciuda existenței interdicției de a implanta un embrion post mortem consideră că dacă acest lucru s-a petrecut, născutul (viu și viabil) în urma implantării post mortem a embrionului crioconservat poate să vină la moștenirea tatălui și asta deoarece este considerat conceput în momentul deschiderii succesiunii. Situația se prezintă în aceeași termeni și în legea italiană. În cazul în care se consideră că embrionul crioconservat, chiar dacă acesta nu este încă implantat în uterul matern, este deja conceput în momentul deschiderii succesiunii, rezolvarea problemei se mută de la primul la al doilea alineat din art. 462 C. civ. it., trebuind să se facă proba concepției dinainte de deschiderea succesiunii, chiar dacă nașterea a avut loc peste limita celor trei sute de zile.

În doctrina italiană s-a apreciat că, în fața unor asemenea situații, singura soluție sigură și care respectă Legea nr. 40 din 19 februarie 2004, este cea mai drastică: interpretarea restrânsă a art. 462 C. civ. în sensul de a fi considerat conceput doar embrionul ce a fost deja implantat în momentul deschiderii succesiunii, cu prejudiciu inevitabil pentru interesele celui născut din embrionul crioconservat și care s-ar vedea lipsit de drepturile succesoriale deși acesta ar putea fi considerat fiu legitim sau natural, în analogie la ceea ce s-a dispus pentru cealaltă ipoteză, de asemenea interzisă de înseminare *in vitro*. Singura soluție alternativă ar putea fi aceea de a recurge prin analogie la mecanismul din art. 641 C. civ. it., considerând conceputul nenăscut din embrionul crioconservat ca fiind din aceeași clasă de moștenitori, instituit, însă, sub condiție suspensivă cu atribute de puteri administrative ale persoanelor indicate în art. 642 C. civ. "coerezi" (împreună moștenitori)².

În concluzie, pentru a putea vorbi despre capacitate succesorală trebuie să răspundem modern la vechea întrebare: cine are capacitatea succesorală sau capacitatea de a moșteni? Legea română prin art. 957 C. civ. dispune că: o persoană poate moșteni dacă există la momentul deschiderii moștenirii. Aceste prevederi trebuie coroborate cu cele ale art. 36 adică: drepturile copilului sunt

² Enrica Moscati, *Studi di diritto successorio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.

recunoscute de la concepție, însă numai dacă el se naște viu. Așadar, au capacitate succesorală toți cei care la momentul concepției existau cu condiția ca, în cazul celui conceput dar nenăscut, acesta să se nască viu. Cea de a doua întrebare derivă din această primă constatare și se referă la momentul concepției. Potrivit art. 412 alin. (1) C. civ. – intervalul de timp cuprins între a treisuta și o sutăoptezecea zi dinaintea nașterii este timpul legal al concepției. Alin. (2) al aceluiași articol modifică prevederile anterioare actualului Cod civil care considerau prezumția de la alin. (1) ca fiind una irefragabilă. Potrivit alin. (2) prin mijloace de probă științifice se poate face dovada concepțiunii copilului într-o anumită perioadă din intervalul de timp prevăzut la alin. (1) sau chiar în afara acestui interval. Aceasta ultimă teză a alin. (2) din art. 412 creează premisele recunoașterii concepției în afara perioadei «clasice», prin metode tehnice moderne, adică tocmai procedeele RUAM. Așadar, putem afirma că, în actualul context legislativ coroborat cu metodele moderne de înseminare artificială, momentul concepției poate fi mult îndepărtat de momentul nașterii. Revenind la întrebarea noastră, și anume: care este momentul concepției, putem evidenția două posibile răspunsuri în funcție de care vom lămuri și problema ridicată inițial. Momentul concepției este fie momentul creării embrionului prin tehnici specifice în laborator or momentul implantării acestuia în uterul mamei. Dacă alegem prima variantă, atunci la momentul decesului tatălui, copilul astfel conceput nu avea capacitate succesorală conform prevederilor actualului Cod civil deoarece nu era considerat a fi conceput. Prin urmare, în această accepțiune, copilul născut dintr-un embrion criogenat, implantat în uterul mamei după moartea tatălui nu poate veni la moștenirea acestuia din urmă deoarece la momentul deschiderii succesiunii nu avea capacitatea de a moșteni nefiind considerat conceput.

Trebuie să acceptăm că România din punct de vedere al prevederilor în materia RUAM este una dintre cele mai liberale din Europa, dar nu este tot atât de deschisă când vine vorba de reproducerea postmortem. Având în vedere însă dreptul copilului de a-și cunoaște originile (art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului, interpretat în jurisprudența CEDO, care recunoaște dreptul fundamental al copilului de a-și cunoaște originile biologice, ca o componentă a dreptului la identitate și dezvoltare personală (Cauza *Odièvre c. Franța*, hotărârea din 13 februarie 2003, par. 29) ar trebui să acceptăm măcar soluția franceză, în sensul că dacă totuși un copil este născut prin tehnici RUAM prin implantarea cu acordul expres al tatălui dar după decesul acestuia copilului ar trebui să i se recunoască filiația față de acesta și implicit drepturile succesoriale. În sprijinul acestei variante vine și importanța recunoscută a „stabilirii detaliilor identității sale, ca ființă umană” și „posibilitatea de a obține informații necesare descoperirii adevărului despre un aspect important al identității sale personale, de exemplu identitatea genitorilor săi (Cauza *Mikulić c. Croația* nr. 53176/99,

hotărârea din 7 februarie 2002, par. 54, 64) sau aspecte referitoare la „nașterea și circumstanțele sale” (Cauza *Odièvre c. Franța*).

În varianta pe care, de altfel, o susținem, în care acceptăm ca moment al concepției pe cel al creării embrionului acesta are capacitate succesorală și va veni la moștenirea tatălui său indiferent de momentul nașterii lui. Bineînțeles, această soluție va crea multiple probleme în materia dreptului succesoral și mai ales a dreptului de proprietate. Aceste probleme nu sunt insurmontabile, ele putând fi depășite, eventual luând ca reper soluția găsită în cazul anulării hotărârii declarative de moarte. O altă posibilitate ar fi aceea de a lua în considerare conceputul nenăscut din embrionul crioconservat ca fiind din aceeași clasă de moștenitori. În această situație, dar numai dacă există acordul expres al tatălui donator, s-ar putea institui o devoluțiune legală, însă, sub condiție suspensivă. Această variantă, chiar dacă este diferită de a altor țări este cea, pe care o apreciam a fi cea mai aproape de prevederile Convenției de la Oviedo și de protecția egală pe care aceasta o instituie asupra embrionilor indiferent de existența lor *in vivo* ori *in vitro*.

Cu toate acestea trebuie să acceptăm că probleme derivate din utilizarea tehnicilor de RUAM produc consecințe juridice asupra drepturilor/libertăților fundamentale ale omului, proclamate și garantate în Constituțiile țărilor democratice și în documentele internaționale în materie și, deopotrivă, asupra instituției filiației în strânsă legătură cu starea civilă, statutul civil al persoanei, care reprezintă chestiuni de ordine publică, motiv pentru care asemenea chestiuni nu pot fi reglementate pe cale jurisprudențială, respectiv în absența procesului de legiferare, atribut al puterii legislative a Statului și Comunității internaționale, după caz. Tocmai din acest motiv apreciem a fi necesar o clarificare a legislației în materia reproducerii postmortem în special din cauza implicațiilor majore pe care le are atât din punct de vedere juridic (filiație, succesiune), cât și din punct de vedere al normelor morale.

Bibliografie:

- D.A. Artene, Drept civil. Succesiuni, Editura Sitech, Craiova, 2014
- Enrica Moscati, Studi di diritto successorio, G. Giappichelli Editore Torino 2013.
- D.A. Artene, Aspecte referitoare la capacitatea succesorală a celui conceput dar nenăscut din perspectiva procreării asistate medical, în PRO PATRIA LEX Revistă de studii și cercetări juridice Volumul XIII, Nr. 2(25)/2014
- Legea nr. 287/2009 privind Codul civil
- Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății

PARADIGMA FLEXICURITĂȚII ȘI SIMPLIFICAREA ARANJAMENTELOR CONTRACTUALE ÎN DREPTUL MUNCII

Raluca DIMITRIU*

Abstract:

Transposal into national law of flexicurity policies caused certain simplification of domestic labour legislation, as well as simplification of the contractual arrangements based on this legislation. The paper tries to determine the effects of these tendencies and their likely impact on the Romanian system of law.

How did the economic crisis affect the implementation of flexicurity policies? How exactly can be balanced flexicurity components into a so-called "holistic approach"? And, especially, is the flexicurity concept entirely honest, actually meant to reconcile conflicting interests, or can it hide a certain amount of hypocrisy, in that it could actually serve the interests of one single party, passing full burden of the economic crisis on the shoulders of the other?

Such questions concern the legal and economic European literature of the moment. The present study attempts to identify an answer.

Keywords: *flexicurity, simplification of labour legislation, simplification of contractual arrangements, economical crisis*

1. Flexicuritatea și simplificarea legislației muncii

Conceptul de „flexicuritate” desemnează un ansamblu de politici sociale menit să asigure competitivitatea întreprinderilor europene, fără a sacrifica (între totul) modelul social european. De fapt, politicile de flexicuritate au o istorie foarte îndelungată, fiind legate de primele abordări ale „statului bunăstării”, dar atunci când la sfârșitul anilor '90 a fost creat și conceptul care să le definească, ele au fost larg aplicate și s-au răspândit rapid în toate statele europene.

În mod tradițional, conceptele de flexibilitate și securitate au fost privite drept contradictorii: salariații ar urmări o cât mai mare stabilitate a locurilor lor de muncă, în timp ce angajatorii ar avea ca obiectiv flexibilizarea raporturilor contractuale. Noutatea conceptului constă în concilierea celor două tendințe opuse, în încercarea de a se identifica un compromis: flexibilizarea raporturilor de muncă (opțiune favorabilă angajatorului), în paralel cu asigurarea unui grad superior de securitate socială și de ocupare a forței de muncă (opțiune favorabilă lucrătorilor). S-a putut imagina un sistem în care salariații nu sunt

* Prof. univ. dr., Academia de Studii Economice, București; cercetător științific gradul I dr., Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

neapărat dezavantajați de flexibilitate, spre exemplu în planul concilierii vieții de familie cu activitatea profesională, iar angajatorii pot urmări ei înșiși un anume grad de stabilitate, spre exemplu atunci când doresc menținerea lucrătorilor înalt calificați.

Dintre componentele flexicurității, dreptul muncii este cu deosebire interesat de așa-numitele „aranjamente contractuale”, ce vizează simplificarea raporturilor de muncă reglementate/încurajate/îngăduite de legislație.

O legislație foarte protectivă în raport cu salariații actuali poate pune în umbră interesele persoanelor aflate în căutarea unui loc de muncă. Într-un sistem de drept în care concedierile sunt dificile, iar contractele pe lungă durată sunt privilegiate, este posibil ca salariații actuali să rămână salariați, în timp ce șomerii actuali să rămână șomeri. Când această schimbare de statut (din salariat în șomer și din șomer în salariat) este improbabilă, există puține motive de efort pentru formare profesională.

Flexicuritatea este un concept care își propune schimbarea acestor date, implicarea tuturor persoanelor active în obținerea și mai apoi păstrarea locului de muncă, ridicarea permanentă a nivelului de competență și asumarea riscului schimbării statutului social. Simplificarea legislației și concedierile mai ușoare atrag după sine angajări mai lesnicioase; cu cât angajatorul va fi mai liber să-și aplice propria politică de personal, cu atât va risca mai puțin dacă face angajări, chiar dacă nu știe încă dacă va putea menține locurile de muncă pentru foarte mult timp.

Astfel, zidul dintre salariați și șomeri începe să nu mai fie de netrecut, atât șomajul, cât și executarea unui contract de muncă devenind perioade pasagere în evoluția profesională a individului. Abordarea elimină pasivitatea, atât din rândul salariaților (mai puțin siguri pe locurile lor de muncă decât până acum), cât și din rândul șomerilor (care pot avea șanse mai mari de angajare). Locurile de muncă dobândesc o anume volatilitate, iar așa-numitul „șomaj de așteptare” – persoane care ar avea acces la anumite locuri de muncă, dar care preferă să aștepte până când vor deveni disponibile locuri de muncă mai bune¹ – tinde a se diminua.

Pe lângă simplificarea procedurilor de angajare și concediere, flexicuritatea presupune o simplificare și relaxare a normelor aplicabile micilor întreprinderi, prelungirea perioadelor de probă și multiplicarea ipotezelor în care încheierea de contracte pe durată determinată este admisibilă. Ea deschide larg poarta contractelor atipice, considerate a fi formule de luptă împotriva șomajului. De la *flexicuritatea spațială* – care se traduce în încheierea de contracte de telemuncă – la *cea temporală* – prin flexibilizarea programului de lucru – filozofia flexicurității creionează un viitor în care contractul de muncă standard nu ar

¹ J. Pencavel, *The Legal Framework for Collective Bargaining in Developing Economies*, Stanford University, Department of Economics, Working Papers 01/1996, p. 18.

mai constitui norma angajărilor, ci doar una dintre variantele contractuale aflate la dispoziția părților. Iar una dintre componentele fundamentale ale a flexicurității devine formarea profesională, ca aspect indisolubil legat de o piață a muncii sănătoase.

Mult timp, formarea profesională a fost considerată exclusiv o sarcină a educației naționale. În întreprinderi, formarea a fost privită doar ca instrument aplicabil când au loc modificări în tehnicile de producție, și nu ca instrument de reușită și asigurare a competitivității acesteia. Prin flexicuritate, formarea devine o investiție a companiei în propriii angajați, a statului în forța de muncă nevalorificată încă, a individului în propria carieră.

Mijloc privilegiat de a obține un post sau de a menține postul, prin adaptare la evoluțiile tehnologice, formarea profesională pe parcursul întregii vieți constituie și un instrument de emancipare individuală. Accesul la formare devine o garanție a integrării sociale; absența formării poate duce la invalidare socială și excludere de pe piața muncii. Un salariat care nu s-a format profesional este un salariat neangajabil².

În fața unor consecințe atât de profunde ale formării, respectiv lipsei de formare profesională, salariatului și, în genere, persoanei apte de muncă, i se pretinde o implicare directă, inclusiv financiară, în activitatea de formare pe întregul parcurs al vieții. Acesta este responsabilizat, participant activ la formare, și nu beneficiar pasiv al unor servicii publice oferite de stat sau de angajator în domeniu. Finanțarea formării este privită ca o investiție, ale cărei roade vor putea fi culese prin rapida adaptare la mutațiile ofertei de muncă; lucrătorul este actorul propriei dezvoltări.

Persoana aptă de muncă nu se va mărgini așadar la a-și exprima disponibilitatea de a munci, respectiv la a executa în concret atribuțiile postului (dacă este deja angajată); ea va desfășura și un tip de activitate distinctă, care este aceea de *menținere a angajabilității* – prin formare profesională și prin adaptare la ofertă.

În cheia flexicurității, cariera devine o succesiune de etape și stataturi sociale – formare profesională, contract cu fracțiune de normă, șomaj, perioadă de probă, contract cu normă întreagă, din nou șomaj, din nou formare profesională, activitate independentă ... etc. Iar rolul legislației muncii în paradigma flexicurității este nu acela de a se opune trecerii de la un statut la altul (nici măcar de la statutul de salariat la cel de șomer), ci de a facilita toate aceste tranziții, de a permite o tranziție lină de la o situație socială la alta. Tranziția de la un statut la altul, departe de a mai avea caracter excepțional, apare ca fiind un apanaj firesc al carierei în Europa flexicurității, carieră care încetează astfel să mai fie liniară. Este astfel eliminată segmentarea pieței

² Patrice Adam, *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, Paris, 2005, p. 293.

muncii și diferențierea „insiders” de „outsiders”. Facilitarea tranziției se realizează prin diferite mijloace, între care se disting:

- simplificarea aranjamentelor contractuale (contracte de muncă suple, flexibile, ușor de încheiat, cu clauze simple);
- simplificarea legislației muncii, eliminarea detaliilor necesare și a „supra-reglementării”;
- ridicarea nivelului de „angajabilitate” (adică a măsurii în care o anumită persoană este aptă să facă față standardelor impuse pe piața muncii și să devină eligibilă pentru un loc de muncă);
- asigurarea unui venit minim în perioadele critice (de inactivitate, incapacitate de muncă etc.);
- susținerea formării profesionale pe parcursul întregii vieți;
- asigurarea de asistență pentru perioadele în care persoana trebuie să se dedice persoanelor dependente din familie (copii, vârstnici, persoane cu dizabilități) etc.

Apar astfel concepte noi, ca „managementul riscului social” sau „managementul tranziției”, care organizează științific tipul de atitudine în fața schimbării pe care flexicuritatea îl presupune. Din punct de vedere economic, tranziția poate avea loc numai atunci când presupune beneficii mai mari decât costurile³; asistența oferită pentru simplificarea tranziției poate face mai ușor de valorificat aceste beneficii. Sistemele de drept îmbrățișează aici o largă varietate de soluții – de la plăți compensatorii în caz de concediere la vouchere de formare profesională și de la sisteme de teaurizare a timpului liber (obținut prin prestarea de ore suplimentare) la facilități fiscale de încurajare a angajărilor⁴.

Angajatorul este învățat să facă față schimbării, să se adapteze unei piețe în continuă metamorfoză, să urmărească oportunități și provocări. Flexicuritatea îl determină însă și pe lucrător la aceeași atitudine și mecanisme adaptative.

Plecând de la aceste elemente generale de simplificare a dreptului muncii, corespunzătoare conceptului de flexicuritate, ne putem pune întrebarea, față de legislația românească a muncii: este oare prea târziu sau prea devreme pentru a dezvolta o „flexicuritate românească”? Implementarea conceptului flexicurității în România este oare astăzi o decizie prea târzie, față de declanșarea crizei economice, sau poate este prea timpurie, față de nivelul românesc de dezvoltare a pieței muncii? Ori poate ne găsim exact în momentul potrivit?

La noi, flexibilitatea raporturilor de muncă a constituit unul dintre obiectivele declarate ale modificărilor intervenite în legislația românească a

³ Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Edward Elgar Pub, 2013, p. 120

⁴ A se vedea în acest sens, Comunicarea Comisiei Europene din 2012, fundamentată pe Strategia Uniunii Europene 2020 “Către o redresare generatoare de locuri de muncă”

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&langId=en&newsId=1270&moreDocuments=yes&tableName=news>

muncii în mai 2011. Schimbarea a vizat nu numai raporturile individuale de muncă, prin modificarea Codului muncii dar, poate într-o și mai mare măsură, și pe cele colective, ceea ce a condus la abrogarea întregii legislații a conflictelor colective, a partenerilor sociali și a contractelor colective și la adoptarea Legii Dialogului Social nr. 62/2011⁵.

Modificările au fost larg percepute ca forme de deprotejare a lucrătorilor, atât în plan individual, cât și colectiv. Față de rigiditatea reglementărilor anterioare, o atare deprotejare își are locul său în ecuația flexicurității. Într-adevăr, pentru legiuitorul român, modificarea Codului muncii a presupus subaprecierea (dezamăgirea) unui anumit nivel de așteptare în ceea ce privește securitatea locului de muncă, mai ales în contextul unei anume inerții a forței de muncă, adesea reticentă în a se reorienta profesional. Ea s-a desfășurat în condițiile în care, de fapt, experiența celorlalte sisteme de drept, inclusiv a noilor state membre, s-a dovedit mai dificil de preluat și adaptat în țara noastră decât ar fi fost de dorit și de așteptat.

Legiuitorul român a optat astfel pentru „schimbarea regulilor jocului”, în linia simplificării și flexibilizării aranjamentelor contractuale, atât la nivel individual, cât și colectiv.

O modificare legislativă era de așteptat. Însă absența unei analize conceptuale și de impact, anterior adoptării noilor reglementări, ca și ezitățile legiuitorului român în înțelegerea dimensiunii sociale a flexicurității – aruncat în cele din urmă o lumină dezavantajoasă întregului demers. Flexibilizarea întreprinsă pare a avea caracter de reacție, fără o analiză pe termen lung a consecințelor acesteia.

În România, problema pe care noile reglementări au adus-o cu sine a constituit-o măsura în care acestea au reprezentat efectiv un element al unei politici articulate de implementare a conceptului flexicurității, fiind sau nu contra-balansate de modalități de asigurare a securității angajării și de modernizare a măsurilor de protecție socială.

2. Simplificarea legislației muncii în contextul crizei economice

Înainte de criza economică, la nivelul decidenților europeni părea îndeobște acceptată ideea că flexicuritatea constituie o soluție maleabilă și general aplicabilă, prin numeroasele sale pârghii de implementare. Fuseseră deja exprimate, firește, opinii în sens contrar, se afirmase în repetate rânduri că nu toate sistemele de drept sunt pregătite (sau chiar dispuse) să implementeze o politică poate străină de tradițiile legislative naționale, că „one size fits all”⁶ nu constituie o politică sustenabilă la nivel european. Și, mai ales, politicile de

⁵ Republicată în M. Of. nr. 625 din 31 august 2012.

⁶ <http://www.euractiv.com/socialeurope/size-fits-approach-flexicurity/article-164353>

flexicuritate fuseseră încă din primele momente criticate de sindicate, care le-au considerat „un alibi pentru flexibilizarea raporturilor de muncă”.

Dar, în principiu, flexicuritatea își făcuse loc în documentele europene și în programele politice ale mai tuturor statelor membre.

Apoi, în 2007-2008 – s-a declanșat criza economică. Cu acest prilej s-a observat că statele care implementaseră politici de flexicuritate nu au fost ocolite sau afectate mai puțin decât cele care nu o făcuseră. După ce, anterior crizei economice, avea cea mai scăzută rată a șomajului din Uniunea Europeană, Danemarca trece pe locul 8 între statele membre ale Uniunii Europene din punctul de vedere al șomajului. Și chiar legislația daneză de asigurare a securității veniturilor începe să se schimbe, durata indemnizației de șomaj fiind redusă de la 4 ani la 2 ani.

După ce Uniunea Europeană recomandase statelor membre flexibilizarea aranjamentelor contractuale, criza economică a diminuat posibilitatea acestora de implementare a politicilor sociale active, de formare profesională și securitate socială, astfel încât primele victime ale crizei economice au fost exact lucrătorii cu contracte flexibile⁷.

În aceste circumstanțe, întrebarea cea mai frecventă atât în dezbaterile academice, cât și la nivelul decidenților europeni a devenit: *poate flexicuritatea să supraviețuiască crizei economice?* Este flexicuritatea un concept util doar „pe vreme bună”? Sau se poate dovedi folositor și în perioadele de criză economică⁸? Și, mai mult decât atât, este flexicuritatea un concept integral onest, menit efectiv să reconcilieze interese altminteri contrare, sau aceasta ascunde o anumită doză de ipocrizie, prin aceea că slujește în fapt intereselor uneia singure dintre părți, trecând integral povara crizei economice pe umerii celeilalte?

Unele cercetări întreprinse în acest sens la nivel european au condus la rezultate ce ar îndemna la scepticism. Se afirma astfel (în 2013) că „din analiza datelor de care dispunem la nivel european, decurge că flexibilitatea adițională pentru care au optat statele membre pe parcursul crizei economice nu a fost compensată printr-un plus de securitate. Chiar dimpotrivă”⁹.

Aceste analize nu i-au descumpănit însă pe promotorii conceptului de flexicuritate. Ea se găsește în continuare pe agenda europeană, iar implementarea politicilor de flexicuritate este în continuare încurajată. Flexicuritatea pare rezistentă, atât în plan teoretic, cât și ca decizie politică, iar tema reducerii standardelor de protecție și a amplificării măsurilor de asigurare a securității veniturilor este departe de a fi fost abandonată.

⁷ Tros, F., *Flexicurity in Europe: can it survive a double crisis?* Mimeo, University of Amsterdam, 2012, citată de M. Nardo, F. Rossetti, *op. cit.*, p. 15.

⁸ Tangian, A., *Not for Bad Weather: Flexicurity Challenged by the Crisis*, ETUI Policy Brief – European Economic and Employment Policy, Issue 3, Brussels: ETUI, 2010, p. 27.

⁹ M. Nardo, F. Rossetti, *op. cit.*, p. 4

Dimpotrivă, de îndată ce criza economică și-a diminuat intensitatea, revenirea economică a statelor europene a fost concepută tot prin includerea unor politici de flexicuritate. Pentru a da doar un exemplu, Comunicarea Comisiei Europene, fundamentată pe Strategia Uniunii Europene 2020 „Către o redresare generatoare de locuri de muncă”¹⁰ prevede că „principiile comune la nivelul UE privind flexisecuritatea rămân un element important pentru crearea unor piețe ale muncii dinamice, urmărind ca statele membre să se angajeze ferm pe calea unor reforme structurale integrate ale piețelor muncii”.

3. Efecte ale politicilor de flexicuritate

Tendința de flexibilizare este în general percepută ca având efecte negative asupra lucrătorului mediu. Cu toate acestea, există o categorie de lucrători mai profund afectată decât celelalte: este vorba despre femei, cu deosebire despre femeile în cazul cărora distribuția inegală a sarcinilor domestice le face mai puțin disponibile pentru flexibilitate. Cazul lor este unul particular, deoarece pe de o parte aranjamentele flexibile la locul de muncă pot să constituie o opțiune proprie, dar numai în sensul unei flexibilități (constând în program flexibil de muncă, sau din munca cu fracțiune de normă) corespunzătoare propriilor opțiuni, în contextul necesității reconcilierii vieții profesionale cu viața de familie. Este important așadar și cine inițiază flexibilitatea, și în ce sens se manifestă ea; un anume aranjament contractual poate fi defavorabil unor salariate-femei și favorabil altora. Dar în orice caz activitatea domestică le expune pe femei în mai mare măsură decât pe bărbați la riscul neajungerii la un acord pe acest subiect cu angajatorul, cu posibila consecință a pierderii locului de muncă.

Ca urmare, flexicuritatea are și efectul secundar al accentuării diferențelor de tratament pe criteriul de gen, acolo unde exista oricum o predispoziție în această direcție, deoarece organizarea timpului de lucru, programul de lucru și orele de lucru zilnic constituie subiecte sensibile într-o mai mare măsură pentru femei decât pentru bărbați.

Mai mult decât atât, femeile se pot dovedi mai puțin disponibile și pentru formare profesională (o altă componentă de bază a flexicurității) decât bărbații, din același motiv al distribuției inegale a sarcinilor în gospodărie. Ele pot fi percepute astfel de către angajator ca manifestând o anume inerție, o viteză mai mică de reacție la modificările tehnologice și o adaptabilitate inferioară la eventuale noi atribuții de serviciu. Și chiar dacă acest profil nu e adevărat, aceasta nici nu mai contează, deoarece discriminarea poate fi generată nu de realitate, ci de percepția angajatorului asupra realității.

¹⁰ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&langId=en&newsId=1270&moreDocuments=yes&tableName=news>

Am putea afirma că flexicuritatea se numără printre factorii perturbatori ai dreptului muncii, care nu pot fi ignorați atunci la un examen al agenților de schimbare a acestei ramuri de drept.

Caracterul temporar al angajărilor (care afectează chiar și salariații standard, prin aceea că pilonul stabilității în muncă practic nu mai există, concedierile fiind, în întreaga lume afectată de criză, cu mult simplificate) produce consecințe și asupra substanței însăși a raportului de muncă. El nu mai este în aceeași măsură ca până acum fundamentat pe fidelitate și încredere (care nu mai are timp să se creeze), iar identificarea dificilă a angajatorului (adesea firma este controlată de o altă firmă) face ca o astfel de încredere să nici nu se poată naște.

Implementarea conceptului de flexicuritate are și efecte conceptuale; unul dintre acestea l-a constituit apropierea dreptului muncii de dreptul securității sociale. Firește, între cele două ramuri de drept au existat dintotdeauna corelații¹¹, dar flexicuritatea a pus în lumină un nou tip de interdependență. Aceasta deoarece formarea profesională, măsurile active de combatere a șomajului și simplificarea trecerii de la un raport de muncă la altul au devenit obiective ce țin atât de derularea raportului de muncă însuși, cât și de perioada în care persoana se găsește în căutarea unui loc de muncă.

Consecințele imediate ale flexicurității le-au constituit simplificarea legislativă, a contractelor încheiate pe temeiul acestei legislații simplificate, dar și reducerea dimensiunii protective a dreptului muncii. Pentru că dacă rațiunea existenței normelor de drept al muncii o constituie protecția salariatului, atunci cu cât mai puține norme – cu atât mai puțină protecție.

Din punctul nostru de vedere, cheia implementării cu succes a unei politici cum este flexicuritatea o constituie dialogul social. Consensul partenerilor sociali în ceea ce privește principiile de bază ale flexicurității, ca și fondurile bugetare semnificative alocate acestei politici – par a constitui elementele comune între sistemele de drept percepute ca fiind „de referință” în materie. O țară bogată, aptă să susțină financiar tranziția de la un loc de muncă la altul și formare profesională a șomerilor, la cel mai înalt nivel, beneficiind de un dialog social amiabil, cu măsuri active de încurajare a prezenței femeilor pe piața muncii, cu foarte puține momente de tensiune și mai deloc conflicte colective – este mai probabil să reușească implementarea cu succes a acestor politici decât sistemele care nu corespund acestui profil.

¹¹ A se vedea, I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, p. 91-92; Al. Țiclea, *Tratat de drept al muncii*, p. 65-66.

COMPLETAREA ȘI MODIFICAREA CODULUI MUNCII – NECESITATE OBIECTIVĂ PENTRU O REGLEMENTARE CORESPUNZĂTOARE A RAPORTURILOR DE MUNCĂ ÎN ROMÂNIA

*Dan ȚOP**

Abstract:

The doctrine and jurisprudence in our country reported on many occasions, both existence of parallel regulations in other regulations, than from the Labour Code and the need of the intervention of the legislature to avoid different interpretations, whether due to the ambiguity of the texts of the Labour Code or to the omission of necessary clarifications. However, proposals for ferenda law formulated by the doctrine are needed solutions, entirely appropriate to the specificity of social relations of work. It is unfortunate that the changes suffered last by the Labour Code by the Law no. 12/2015 amending and supplementing Law no. 53/2003 – Labour Code have not considered some issues. We hope that future initiatives amending and supplementing Labour Code will considered a significant part of these situations, we will briefly present in this communication.

Keywords: *Labour Code; parallel regulations; omissions; different interpretations; proposals for ferenda law*

Despre Codul muncii intrat în vigoare în anul 2003 s-a spus că „a inaugurat o nouă etapă în evoluția legislației muncii din țara noastră”¹, iar de la adoptarea sa și până în prezent a suferit modificării succesive², mai mult sau mai puțin semnificative.

Cu toate acestea, reglementările din Codul muncii sunt susceptibile de interpretări diferite, datorate, fie unor reglementări paralele din alte acte normative, fie omisiunilor, lacunelor sau ambiguității textelor sale. Nu mai puțin importante sunt propunerile *de lege ferenda* formulate în doctrină cu prilejul analizei uneia sau alteia dintre instituțiile juridice reglementate de acest Cod.

O primă problemă o reprezintă, existența unor reglementări paralele în alte acte normative, față de cele din Codul muncii. Astfel:

* Prof. univ. dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște.

¹ Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. a VIII-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 73

² Dan Țop, *Dreptul muncii – Dreptul securității sociale*, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2013, p. 17

Pentru verificarea aptitudinilor persoanelor cu handicap, care solicită încadrarea în muncă, există o reglementare (paralelă)³, cu cea prevăzută în Codul muncii, respectiv cea din art. 85 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap⁴ care prevede o perioadă de probă la angajare, plătită, de cel puțin 45 de zile lucrătoare, în timp ce art. 31 alin. (2) C. mun. (lege generală)⁵ prevede o perioadă de 30 de zile lucrătoare.

Este evident că verificarea exclusiv prin intermediul perioadei de probă poate constitui în practică un dezavantaj⁶ pentru încadrarea în muncă a persoanelor cu handicap, apreciem necesară intervenția legiuitorului pentru a clarifica această necorelare dintre cele două acte normative, și a se înlătura paralelismul reglementării în privința duratei perioadei de probă pentru persoanele cu handicap, care creează o situație mai grea acestor persoane decât a celorlalți salariați a căror perioadă de probă poate fi sau nu stabilită prin contractul individual de muncă, dar și sub aspectul duratei acestei perioade, care ar prelungi nejustificat existența unui raport de muncă precar⁷.

Între Codul muncii și Legea nr. 62/2011 a dialogului social⁸ există „o serie de grave contradicții, care au generat controverse în doctrină, întrucât Legea dialogului social nu a abrogat, în mod expres direct, textele potrivnice din Codul muncii”⁹.

Astfel, evidențiem o primă reglementare paralelă, respectiv cea privind exercitarea dreptului la acțiune. Dacă art. 268 alin. (1) C. mun., prevede că cererile în vederea soluționării unui conflict de muncă pot fi formulate:

„a) în termen de 30 de zile calendaristice de la data în care a fost comunicată decizia unilaterală a angajatorului referitoare la încheierea, executarea, modificarea, suspendarea sau încetarea contractului individual de muncă;

b) în termen de 30 de zile calendaristice de la data în care s-a comunicat decizia de sancționare disciplinară”,

art. 211 din Legea nr. 62/2011 a dialogului social, arată că cererile pot fi formulate de cei ale căror drepturi au fost încălcate după cum urmează:

³ Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii, op. cit.*, p. 437

⁴ Republicată în M. Of. nr. 1 din 3 ianuarie 2008, cu modificările și completările ulterioare.

⁵ I.T Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de dreptul muncii*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 300

⁶ Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan. *Codul munci. Comentariu pe articole*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 159,

⁷ Raluca Dimitriu, *Conceptul de „muncă precară” și implicațiile sale în reglementarea raporturilor de muncă*, în *Curierul Judiciar* nr. 2/2012, p. 118.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 322 din 10 mai 2011.

⁹ Șerban Beligrădeanu, Ovidiu Puie, *Discuții referitoare la unele aspecte în legătură cu soluționarea conflictelor de muncă în lumina reglementărilor legale recente*, în *Dreptul*, nr. 6/2013, p. 194-203

„a) măsurile unilaterale de executare, modificare, suspendare sau încetare a contractului individual de muncă, inclusiv angajamentele de plată a unor sume de bani, pot fi contestate în termen de 45 de zile calendaristice de la data la care cel interesat a luat cunoștință de măsura dispusă”.

Acest paralelism a condus la opinia că prin introducerea art. 211 din Legea nr. 62/2011 a dialogului social, legiuitorul a încercat o lărgire a termenelor în care salariatul poate contesta măsurile luate de angajator, deci dispozițiile din Codul muncii nu ar mai fi incidente, decât în cazul aplicării avertismentului scris¹⁰, cu toate că punctul judicios de vedere este că „împotriva deciziei de sancționare dispusă de către angajator se aplică termenul de 30 de zile de la data comunicării deciziei, stabilit de Codul muncii”¹¹.

Se constată o altă reglementare diferențiată și în ceea ce privește data de la care începe să curgă termenul de 3 ani. Astfel, în timp ce dispozițiile art. 268 alin. (1) lit. c) și alin. (2) C. mun. statuează că termenul de 3 ani curge de la data nașterii dreptului la acțiune, dispozițiile art. 211 lit. c) din Legea nr. 62/2011 statuează că termenul de 3 ani curge de la data producerii pagubei. Și sub acest aspect, va deveni aplicabil textul art. 211 lit. c) din Legea nr. 62/2011, ca fiind textul ulterior celui instituit prin Codul muncii și de altfel, este mai favorabil salariatului¹².

O a doua problemă o constituie necesitatea intervenției legiuitorului pentru evitarea unor interpretări diferite care pot duce la soluții diametral opuse în practică.

În doctrină s-a subliniat că „deși modificările aduse s-au înscris, în general, în linia flexibilizării, totuși, au rămas în vigoare norme restrictive, rigide, care s-ar impune a fi modificate, înscriindu-se principial în ideea unei libertăți sporite a părților contractului individual de muncă în a decide asupra modului de executare a acestui contract”¹³:

În scopul evitării oricărei confuzii cu privire la problema discutată, în scopul unor soluții unitare în jurisprudență, s-ar impune intervenția legiuitorului în sensul consacrării dreptului angajatorului de a-și revoca deciziile de concediere ori de sancționare disciplinară, precum și condițiile în care poate interveni o atare operațiune.”

În doctrină s-a mai precizat că „orice decizie a angajatorului este un act de drept al muncii și nu unul jurisdicțional, în plus, ca principiu, revocarea unei măsuri care afectează salariatul este favorabilă acestuia; nu-i vătămă drepturile sau interesele, din contră, i le recunoaște.... Este posibil un asemenea act,

¹⁰ Magda Volonciu, *Comentariu la decizia civilă nr. 740/R/2011 a Curții de Apel Cluj*, în *Revista română de jurisprudență*, nr. 3/2011, p. 148

¹¹ I.T. Ștefănescu, *Tratat... op. cit.*, p. 955

¹² Șerban Beligrădeanu, Ovidiu Puie, *art. cit.*, p. 198

¹³ Monica Gheorghe, *Propuneri de flexibilizare, în continuare, a reglementărilor din Codul muncii referitoare la raporturile de muncă*, în *Revista română de dreptul muncii*, nr. 12/2014, p. 24

deoarece, pe de o parte, niciun text legal nu oprește revocarea, iar pe de altă parte, decizia de concediere nu este un act jurisdicțional, care se știe, prin esență este irevocabil. Revocarea, neinterzisă de lege, act unilateral de voință al angajatorului, trebuie să îmbrace forma unei decizii”¹⁴.

Camera Superioară a Parlamentului României a apreciat că se impune o clarificare referitoare la repausul săptămânal la care au dreptul salariații, respectiv a art. 137 alin. (1) C. mun., care prevede că „repausul săptămânal se acordă în două zile consecutive, de regulă sâmbăta și duminică”. Această formulare este apreciată ca ambiguă și că ar permite interpretări care pot fi în dezavantajul salariaților, de aceea se propune formularea următoare: „repausul săptămânal este de 48 de ore consecutive, de regula sâmbăta și duminică”¹⁵.

O a treia problemă o constituie omisiunile din Codul muncii, care pot genera situații controversate. Din acest punct de vedere enumerăm:

Codul muncii, a omis să includă concediul paternal printre cazurile de suspendare a contractului individual de muncă pe parcursul cărora concedierea este interzisă. Astfel, în art. 60 C. mun. se prevede interzicerea concedierii pe parcursul concediului de maternitate, a concediului pentru creșterea copilului în vârstă de până la 2 ani sau, în cazul copilului cu handicap, până la împlinirea vârstei de 3 ani, pe durata concediului de îngrijire a copilului bolnav etc., nu însă și pe perioada concediului paternal. Deci salariatul poate fi concediat în timp ce se află în executarea acestui concediu.

Măsura introdusă de Legea nr. 40/2011, a suspendării prevăzute de art. 50 lit. h¹) nu se justifică, pe lângă împrejurarea că formularea este destul de ambiguă, deoarece nu se prevede dacă termenul de 6 luni curge de la data expirării acestora, ori de la data la care angajatorul solicită reînnoirea acestora, considerăm că nici angajatorul nu poate aștepta o perioadă atât de mare un salariat care lucrează într-un loc de muncă cu grad de pericolozitate ridicat.

În baza soluției dispuse de instanță de anulare a măsurii concedierii și repunere a părților în situația anterioară conform art. 80 C. mun. republicat, salariatul are dreptul inclusiv la drepturile de care ar fi beneficiat pentru concediul de odihnă. Ori, dreptul la compensarea în bani a concediului de odihnă neefectuat poate avea loc numai în situația încetării raporturilor de muncă în conformitate cu art. 146 alin. (4) C. mun. republicat, înlătură dreptul la repararea integrală a prejudiciului suferit de salariat ca urmare a concedierii anulate de instanță, deoarece contractul de muncă nefiind considerat că încetat nu poate decât să aibă ca efect, potrivit art. 146 alin. (3) C. mun. astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 12/2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 – Codul muncii¹⁶, ca „angajatorul... să acorde concediul de odihnă

¹⁴ Alexandru Țiclea, *Posibilitatea angajatorului de a-și revoca decizia de concediere*, în Revista română de dreptul muncii, nr. 2/2014, p. 15-20

¹⁵ www.avocatnet.ro

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 52 din 22 ianuarie 2015

neefectuat într-o perioadă de 18 luni începând cu anul următor celui în care s-a născut dreptul la concediul de odihnă anual”.

În doctrină, s-a menționat o altă omisiune, cu privire la împrejurarea că „în timp ce dispozițiile art. 268 alin. (1) C. mun. vizează și conflictele izvorâte din încheierea contractului colectiv de muncă, dispozițiile art. 211 lit. a) din Legea nr. 62/2011 nu enumeră și conflictele izvorâte din încheierea contractului colectiv de muncă”¹⁷.

Este regretabil că modificările suferite de Codul muncii prin Legea nr. 12/2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 – Codul muncii, nu au avut în vedere și o serie de aspecte care se impuneau a fi reglementate expres, cum ar fi precizarea naturii juridice a termenului de 5 zile, prevăzut de art. 56 alin. (2).

S-a spus că „în jurisprudența noastră nu s-a ajuns deocamdată la un consens în ceea ce privește interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 56 alin. (2) coroborat cu art. 56 alin. (1) lit. c) teza I C. mun., în ipoteza continuării raportului de muncă între aceleași părți după data îndeplinirii cumulative de către salariat a condițiilor de vârstă standard și a stagiului minim de cotizare pentru pensionare...unele instanțe au considerat că, dacă angajatorul a înțeles să continue raporturile de muncă după îndeplinirea condițiilor de pensionare, el nu mai poate invoca dispozițiile art. 56 alin. (1) lit. c) C. mun. decât prin săvârșirea unui abuz de drept.

Alte instanțe au apreciat, dimpotrivă, că angajatorul poate emite în mod legal decizia reglementată de art. 56 alin. (2) C. mun., întrucât termenul de 5 zile prevăzut de acest text este un termen de recomandare și nu de decădere, iar lipsa acordului angajatorului în privința continuării activității salariatului îl îndreptățește pe angajator să invoce oricând pe parcursul executării contractului dispozițiile art. 56 alin. (1) lit. c) C. mun.”¹⁸. Se susține că „asemenea practici – anormale cel puțin din perspectiva stabilității raporturilor de muncă ar putea fi evitate dacă legiuitorul ar reglementa în mod expres termenele prevăzute la art. 56 alin. (2) C. mun. ca termene de decădere”¹⁹.

Nu putem fi de acord cu o asemenea susținere deoarece s-ar ajunge la lipsirea totală de efecte al îndeplinirii cumulative a condițiilor de vârstă standard și stagiului de cotizare pentru pensionare, angajatorul nemaiputând dispune încetarea contractului de muncă decât pentru alte motive, ceea ce ar genera nu doar încălcarea normelor imperative privind pensia pentru limită de vârstă, dar și serioase deficiențe în privința posibilității creării de noi locuri de

¹⁷ Șerban Beligrădeanu, Ovidiu Puie, *art. cit.*, p. 197

¹⁸ Ștefan Naubauer, *Considerații privind regimul juridic aplicabil raportului de muncă în cazul continuării activității salariatului la același angajator după data îndeplinirii condițiilor de vârstă standard și a stagiului minim de cotizare pentru pensionare*, în *Revista română de dreptul muncii*, nr. 12/2014, p. 18-19

¹⁹ *Ibidem*, p. 20

muncă și s-ar înlătura, nejustificat, posibilitatea angajatorului de a invoca nulitatea contractului individual de muncă.

Având în vedere că prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 86/2014 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative²⁰, s-a dispus înființarea Agenției Naționale pentru Inspectia Muncii și Securitate Socială, ca organ de specialitate al administrației publice centrale, cu personalitate juridică, în subordinea Ministerului Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice, prin comasarea Inspectiei Muncii și Agenției Naționale pentru Plăți și Inspectie Socială ar fi fost necesară și modificarea capitolului II din titlul X (art. 237-240) al Codului muncii, referitor la Inspectia Muncii.

Nu în ultimul rând trebuie să subliniem, propunerile *de lege ferenda* propuse de către doctrină, acestea reprezintă soluții necesare care să corespundă într-un tot specificului relațiilor sociale de muncă. Fără pretenția de a analiza toate aspectele semnalate de doctrină, evidențiem următoarele:

S-a menționat, printre altele, „necesitatea punerii în concordanță a prevederii referitoare redactarea obligatorie a contractului individual de muncă exclusiv în limba română cu dreptul la libera circulație a lucrătorului, conferit de art. 45 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, ... formularea unei reglementări a legii române [art. 16 alin. (1) C. mun.], în sensul de a se permite legal și întocmirea unei versiuni a contractului (evident, tot în scris și cu aceeași valoare juridică) într-o limbă cunoscută de părțile contractului individual de muncă”²¹.

În legislația română a muncii nu există nici o reglementare referitoare la telemuncă, totuși s-a apreciat²² că reprezintă o formă de desfășurare a muncii recentă, caracterizată prin faptul că salariatul își desfășoară activitatea, cu regularitate în afară sediului angajatorului, utilizându-se tehnologiile informatice aflate în legătură cu rețeaua informatică a angajatorului²³, fiind desigur una dintre imperativele necesare ale unei viitoare reglementări în Codul muncii, alături de munca la domiciliu.

Reglementarea muncii personalului casnic care constituie un imperativ social-economic, s-a menționat că „se poate efectua printr-o completare a Codului muncii, ca urmare a intervenției normative a autorităților statale, astfel,

²⁰ Publicată în M. Of. nr. 920 din 17 decembrie 2014

²¹ Ovidiu Ținca, *Observații referitoare la forma scrisă a contractului individual de muncă în lumina dreptului european și a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene*, în *Dreptul* nr. 2/2014, p. 155

²² Dan Țop, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 35

²³ O. Macovei, *Conținutul contractului individual de muncă*, op. cit., p. 178.

s-ar legifera un nou tip special de contract individual de muncă adecvat personalului casnic”²⁴.

S-a mai arătat și că cel concediat ar putea fi interesat ca în locul preavizului să primească o indemnizație, iar sancționarea lipsei mențiunii perioadei de preaviz în cuprinsul deciziei de concediere poate conduce la ideea excesului de formalism, întrucât acesta duce la anularea unor decizii pe criterii de formă, iar nu de conținut. De aceea se propune²⁵, de *lege ferenda*, o reglementare expresă în acest sens, recunoscându-i-se, totodată, celui în cauză ca vechime în muncă și în specialitate durată preavizului neacordat.

În legătură cu dispozițiile art. 80 alin. (2) C. mun., au fost propuse mai multe soluții de *lege ferenda*, printre care „renunțarea la caracterul imperativ al textului și utilizarea, ca regulă, a unei formulări dispozitive: instanța să poată repune părțile în situația anterioară, fără a mai fi obligată în acest sens; prin excepție, reintegrarea să fie obligatorie: în cazul constatării nulității măsurii concedierii salariaților care se bucură de un statut protectiv...; instanței să i se recunoască dreptul de a dispune reintegrarea pe o funcție echivalentă sau similară; dacă obligația de reintegrare în muncă este obiectiv imposibilă, instanța să poată înlocui executarea în natură prin executare prin echivalent, respectiv prin acordarea unei despăgubiri suplimentare salariatului concediat...”²⁶:

În cazul demisiei salariatului, potrivit art. 81 alin. (7) C. mun., contractul individual de muncă încetează la data expirării termenului de preaviz, sau în caz de renunțare totală sau parțială a angajatorului la termenul de preaviz. În situația în care în perioada de preaviz contractul individual de muncă este suspendat, se suspendă [art. 87 alin. (6)] corespunzător și termenul de preaviz.

Din aceste prevederi se poate trage concluzia că angajatorul poate să aprobe concediul de odihnă pentru salariatul care se află în preaviz ca urmare a demisiei, potrivit principiului că fiind vorba de o situație favorabilă salariatului, nefiind interzisă de lege, este deci permisă.

De aceea, considerăm că de *lege ferenda* ar fi necesar completarea art. 50 C. mun. prin prevederea expresă a suspendării de drept a contractului individual de muncă în situația efectuării concediului de odihnă de către salariat în perioada preavizului.

Interdicțiile stabilite de Codul muncii cu privire la concedierea salariaților nu operează dacă concedierea intervine ca urmare a falimentului, propunerile

²⁴ Ion Traian Ștefănescu, *Reglementarea legală a muncii personalului casnic – un imperativ de actualitate certă*, în Dreptul, nr. 12/2014, p. 183

²⁵ Șerban Beligrădeanu, *Probleme generate de actualele reglementări referitoare la dreptul de preaviz al salariatului în cazul concedierii pentru anumite temeiuri legale*, în Dreptul, nr. 12/2005, p. 80.

²⁶ Aurelian Gabriel Uluitu, *Soluții de lege ferenda în cazul anulării de către instanța de judecată a deciziei de concediere a salariatului*, în Dreptul, nr. 1/2015, p. 65

de *lege ferenda* fiind ca actele normative care acordă drepturi salariaților concediați fără culpa lor să fie extinse, prin completare și la aceste situații, și să nu fie excluse de la aplicarea reglementărilor concedierilor colective de directivele europene incidente în domeniu²⁷.

S-a propus în doctrină²⁸ completarea art. 120 alin. (2) C. mun. cu ipoteza prestării muncii suplimentare fără acordul salariatul și pentru îndeplinirea unor lucrări urgente, ca normă cu titlu general, iar nu numai cum este în momentul de față pentru prevenirea producerii unor accidente sau înlăturării consecințelor acestora, astfel „salariatul ar putea refuza prestarea de ore suplimentare numai în cazuri cu totul deosebite care i-ar fi permis să lipsească motivat și de la programul normal de lucru”²⁹.

Deoarece art. 248 alin. (3) C. mun. nu operează nici un fel de distincție cu privire la împrejurarea că radierea este posibilă numai la angajatorul care a aplicat sancțiunea disciplinară, în doctrină s-a subliniat că ar fi fost mult mai judicios: să se fi precizat fără echivoc, dacă radierea produce sau nu efecte asupra concedierii disciplinare, să se fi stabilit termene diferite de reabilitare, raportate la gravitatea sancțiunilor disciplinare, iar radierea facultativă să fie lăsată la latitudinea angajatorului³⁰.

Deși în doctrină³¹ se apreciează că Directiva 2008/104 „are un grad mai mare de cuprindere, putând fi agent de muncă temporară și o persoană fizică, și că așa fiind, urmează ca legea națională să fie modificată corespunzător, în sensul ca agentul de muncă temporară să fie orice persoană fizică sau juridică...” această sugestie nu s-a regăsit printre modificările recente ale Codului muncii.

Sunt considerate, potrivit art. 201 C. mun., contracte speciale de formare profesională: contractul de calificare profesională și contractul de adaptare profesională³².

În doctrină³³ există opinia ca de *lege ferenda* să fie reglementat un singur contract, după cum în Franța sunt amplu reglementate³⁴ contractele de profesionalizare.

S-a remarcat că nici legislația penală, nici legislația muncii un încriminează hărțuirea morală produsă în contextul îndeplinirii obligațiilor de serviciu de către angajator asupra salariatului... *de lege ferenda* se impune, prin prisma

²⁷ Alexandru Țiclea, *Tratat... op. cit.*, p. 803

²⁸ R. Dimitriu, *Considerații în legătură cu flexibilizarea timpului de muncă al salariaților*, în *Dreptul*, nr. 7/2008, p. 119; I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic ...*, op. cit., p. 581

²⁹ Monica Gheorghe, *Propuneri de flexibilizare, în continuare, a reglementărilor din Codul muncii referitoare la raporturile de muncă*, în *Revista română de dreptul muncii*, nr. 12/2014, p. 27

³⁰ I.T. Ștefănescu, *Tratat... op. cit.*, p. 802

³¹ Alexandru Țiclea, *Noi norme ale Uniunii Europene*, în *Revista română de dreptul muncii*, nr. 1/2009, p. 11-26.

³² Dan Țop, *Tratat... op. cit.*, p. 313

³³ I.T. Ștefănescu, *Tratat... op. cit.*, p. 209

³⁴ Alexandru Țiclea, *Tratat... op. cit.*, p. 323

realității existenței în practică a unor acte de hărțuire morală, sancționarea lor legală”³⁵, precum și că „în viitor se impune introducerea în legislația românească a noțiunii de hărțuire morală în cadrul raporturilor de muncă, precum și interzicerea în mod expres a hărțuirii morale la locul de muncă, având în vedere studiile efectuate care dovedesc că din ce în ce mai mulți angajați suferă de depresie ca urmare a problemelor pe care le-au întâmpinat la locul de muncă”³⁶.

În fine mai precizăm că *de lege ferenda*, ținând seama de dezvoltările doctrinare, și modalitatea de soluționare a problemei admisibilității *lockout-ului* (ce constituie o măsură de închidere temporară de către angajator a unității sale ca răspuns la un conflict colectiv de muncă, la grevă sau la amenințarea cu greva) în alte state, s-a considerat că s-ar impune³⁷, și în România, reglementarea acestei instituții juridice. În legătură cu acest aspect se impune să menționăm că o asemenea instituție juridică a fost în atenția proiectului Codului muncii din 2003, fără a fi însă agreată de legiuitor.

În concluzie, deoarece „legislația muncii este într-o continuă evoluție, adaptându-se la realitățile sociale și receptând transformările celorlalte ramuri ale dreptului”³⁸, considerăm că viitoarele inițiative de modificare și completare a Codului muncii trebuie în mod necesar să aibă în vedere și o parte însemnată dintre situațiile analizate, în scopul modernizării și ameliorării calității dreptului muncii ca ramură a sistemului dreptului românesc.

³⁵ I.T. Ștefănescu, *Tratat... op. cit.*, p. 860

³⁶ Loredana Manuela Muscalu, *Discriminarea în relațiile de muncă*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 41

³⁷ Aurelian Gabriel Uluitu, „Grevă” patronală (*lock-out-ul*), în „Dreptul” nr. 11/2004, p. 137-141.

³⁸ Daniela-Georgeta Enache, *Reglementarea unui nou caz de suspendare a contractului individual de muncă din inițiativa angajatorului*, în *Dreptul* nr. 9/2014, p. 127

SIMPLIFICAREA LEGISLAȚIEI MUNCII DIN ROMÂNIA CE REGLEMENTEAZĂ EGALITATEA DE TRATAMENT*

*Drd. Isabela Delia POPA***

Abstract:

This paper addresses the legal framework that regulates non-discrimination at work in Romania and the thesis that is to be demonstrated herein refers to the necessity to simplify the existing legislation by reform and codification.

The first part of this paper aims to analyse the quantitative criteria of the national regulations on non-discrimination, as such principle is reflected in the working relationships. The results of the exercise undertook herein in order to identify the national regulations that provide – in one way or another – the principle of equality, has revealed that such principle is set forth in more than 15 normative acts, the great majority of which had suffered alterations, completions and amendments as of the date those were initially adopted. The legislative efforts, made in the above stated form, have been perpetuated, as many legislative initiatives for the modification of the existing regulations in the field of non-discrimination at work are currently in full process of being adopted.

The analysis herein reveals that, in time, the legal norms have been successively multiplied, in the attempt to harmonize the national legislation with the regulations of the European Union, but also with the purpose to address the various forms that discrimination at work could take.

Within the second part, the paper focuses on explaining the main two conclusions that may be drawn-up based on the efforts undertook by the Romanian legislator: as a first conclusion, the excessive multiplication of the norms has determined an overabundance of enactments, aspects that does not confer either visibility, or stability to the existing legal framework, but only complicates in a useless manner the application of the law; as a second conclusion, legislative saturation has a significant negative impact particularly when the legal provisions, although numerous, are not clear, are difficult to apply or prove to be insufficient in terms of nowadays realities.

Considering the given context, an efficient systematization of the Romanian labour legislation that regulates fair treatment and non-discrimination requires the transformation (reform) of the existing legislation and its corresponding codification.

* Această lucrare a fost finanțată prin grantul strategic POSDRU/159/1.5/S/133255, ID Proiect 133255 (2014), co-finanțat prin Fondul Social European din cadrul Programului Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

** Facultatea de Drept, Universitatea din București; e-mail: isabela_delia.popa@yahoo.com.

Keywords: *equality of treatment, non-discrimination, harrasment, smart regulation, reform*

1. Analiza cantitativă a reglementărilor principiului egalității de tratament în legislația muncii din România

Exercițiul de identificare a reglementărilor naționale din materia dreptului muncii care consacră – într-o formă sau alta – principiul egalității de tratament, a relevat faptul că acesta de regăsește în cuprinsul a peste 15 de acte normative, care în marea lor majoritate au suferit la rândul lor numeroase modificări, completări sau adăugiri de la data intrării lor în vigoare ca atare.

Structurate după factorul care a determinat geneza lor din punct de vedere legislativ, actele normative amintite pot fi împărțite în trei mari categorii: (I) acte normative care sunt inițiative ale Guvernului/Parlamentului României¹, (II) acte normative care sunt inițiative ale Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării (la care ne vom referi în continuare ca „CNCD”)², și respectiv (III) acte normative care sunt rezultatul obligației de transpunere a directivelor europene în materie³.

¹ În această primă categorie se încadrează următoarele acte normative: (i) Constituția României; (ii) Legea nr. 210/1999 privind concediul parental; (iii) Hotărârea Guvernului nr. 1273/2000 privind aprobarea Planului național de acțiune pentru egalitatea de șanse între femei și bărbați; (iv) Hotărârea Guvernului nr. 1194/2001 privind organizarea și funcționarea Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării; (v) Legea nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă; (vi) Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 96/2003 privind protecția maternității la locul de muncă; (vii) Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 67/2007 privind aplicarea principiului egalității de tratament între bărbați și femei în cadrul schemelor profesionale de securitate socială; (viii) Hotărârea Guvernului nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară; (ix) Hotărârea Guvernului nr. 344/2014 privind organizarea și funcționarea Ministerului Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice, precum și pentru modificarea unor acte normative; (x) Hotărârea nr. 1050/2014 privind aprobarea Strategiei naționale în domeniul egalității de șanse între femei și bărbați pentru perioada 2014-2017 și a Planului general de acțiuni pe perioada 2014-2017 pentru implementarea Strategiei; și (xi) Hotărârea Guvernului nr. 18/2015 pentru aprobarea Strategiei Guvernului României de incluziune a cetățenilor români aparținând minorității rome pentru perioada 2015-2020.

² Actele normative, inițiative ale Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării, relevante în materia egalității de tratament sunt: (i) Instrucțiunea CNCD nr. 1/2003 referitoare la obligațiile angajatorilor sau reprezentanților acestora, precum și ale autorilor, realizatorilor de anunțuri publicitare și reprezentanților acestora cu privire la condiționarea prin anunț și/sau concurs a ocupării unui post, precum și publicarea acestor anunțuri; și (ii) Ordinul CNCD nr. 286/2007 privind aprobarea Strategiei naționale de implementare a măsurilor de prevenire și combatere a discriminării (2007-2013).

³ În această a treia categorie se încadrează următoarele acte normative: (i) Legea nr. 53/2003 privind Codul Muncii; (ii) Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare a fost modificată succesiv pentru a răspunde cerințelor izvorâte din procesul specific de integrare a României în Uniunea Europeană, transpunând astfel prevederile Directivei Consiliului 2000/43/CE privind aplicarea principiului egalității de

Celor de mai sus li se adaugă și inițiativele legislative care parcurg în prezent procedura legislativă specifică în fața Senatului și/sau a Camerei Deputaților. În concret, este vorba despre două inițiative legislative de modificare a Ordonanței Guvernului nr.137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, dintre care una este incidentă în materia dreptului muncii⁴.

În scopul demonstrării tezei pe care o are în vedere prezenta lucrare, apreciem că este deosebit de important de subliniat următoarele:

- marea majoritate a actelor normative menționate mai sus au fost succesiv modificate și completate; de exemplu, Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare a suferit nenumărate modificări, în prezent fiind (re)publicată a treia oară în Monitorul Oficial al României; deosebit de relevantă este și recenta modificare adusă Codului Muncii prin Legea nr. 12/2015 referitoare la asigurarea egalității de tratament a salariaților care desfășoară munca în baza unui contract de muncă temporară;

- procesul de codificare care a fost implementat în legislația românească de dreptul muncii, și care s-a concretizat în adoptarea Legii nr. 53/2003 privind Codul Muncii, nu a reprezentat o codificare propriu-zisă, în sensul de a unifica și uniformiza, de a simplifica în esență normele de aplicare a legislației muncii, ci a

tratament între persoane, fără deosebire de origine rasială sau etnică, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (JOCE) nr. L180 din 19 iulie 2000, și prevederile Directivei Consiliului 2000/78/CE de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament, în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (JOCE) nr. L303 din 2 decembrie 2000; și (iii) Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați transpune în legislația națională prevederi ale Directivei Consiliului nr. 92/85/CEE din 19 octombrie 1992 privind implementarea măsurilor de încurajare a îmbunătățirii securității și sănătății în muncă a lucrătoarelor gravide, lăuze sau care alăptează, ale Directivei Consiliului 96/34/CE din 3 iunie 1996 privind Acordul-cadru referitor la concediul pentru creșterea copilului, încheiat de UNICEF, CEIP și CES, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (JOCE) nr. L 145 din 19 iunie 1999, ale Directivei 2006/54/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 5 iulie 2006 privind punerea în aplicare a principiului egalității de șanse și al egalității de tratament între bărbați și femei în materie de încadrare în muncă și de muncă (reformă), publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 204 din 26 iulie 2006, respectiv ale Directivei 2010/41/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 iulie 2010 privind aplicarea principiului egalității de tratament între bărbați și femeile care desfășoară o activitate independentă.

⁴ O primă inițiativă legislativă, de dată recentă (înregistrată la Camera Deputaților la data de 08 decembrie 2014), are în vedere – potrivit expunerii de motive – garantarea drepturilor cetățenilor aparținând minorităților naționale de a prezenta petiții orale sale scrise în limba lor maternă Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării și dreptul de a primi răspunsuri în aceste limbi. A doua inițiativă legislativă, de dată foarte recentă (înregistrată la Senat la data de 19 februarie 2015), vizează modificarea Ordonanței Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare pentru a include și reglementa expres hărțuirea psihologică și discriminarea prin asociere, dar și pentru a modul de funcționare a Colegiului Director din cadrul Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării.

avut ca efect stabilirea forței Codului Muncii ca lege generală în raport de celelalte reglementări (numeroase cantitativ) din domeniul dreptului muncii.

2. Necesitatea simplificării legislației muncii din România ce reglementează egalitatea de tratament

Analiza conținutului obiectiv al actelor normative ce reglementează egalitatea de tratament în materia dreptului muncii conduce la următoarele concluzii generale:

2.1. Multiplicarea excesivă a normelor determină supraabundență legislativă

Legislația muncii din România cuprinde sute de acte normative. Deși, prin raportare la un atare total, reglementările vizând egalitatea de tratament nu par a fi numeroase, în realitate acestea se dovedesc a fi excesive sub criteriul cantitativ. În mod paradoxal, această saturație legislativă determină o lipsă de lizibilitate a regulilor de aplicat și, în cele din urmă, o slabă eficacitate în atingerea obiectivelor urmărite⁵.

Analizând un caz concret, egalitatea de tratament a salariaților temporari, raportată la salariații utilizatorului, este o reprezentare clară a multiplicării legislative excesive. Regulile principale și generale în materie sunt prevăzute de Legea nr. 53/2003 privind Codul Muncii. Legislația specifică privind munca prin agent de muncă temporară este însă reprezentată de Hotărârea Guvernului nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară.

Anterior modificărilor aduse Codului Muncii în anul 2011, egalitatea de tratament era expres prevăzută în Codul Muncii în art. 91 alin. (1): *„Salariații temporari au acces la toate serviciile și facilitățile acordate de utilizator, în aceleași condiții ca și ceilalți salariați ai acestuia”*, ca și în art. 101: *„Cu excepția dispozițiilor speciale contrare, prevăzute în prezentul capitol, dispozițiile legale, prevederile regulamentelor interne, precum și cele ale contractelor colective de muncă aplicabile salariaților angajați cu contract individual de muncă pe durata nedeterminată la utilizator se aplică în egală măsură și salariaților temporari pe durata misiunii la acesta”*.

Modificările aduse Codului Muncii în 2011 au fost generate de schimbarea de optică a legiuitorului, în sensul că limita minimă a salarizării lucrătorilor temporari nu a mai constituit-o salariul primit de salariații direcți ai utilizatorului, ci salariul minim brut pe țară garantat în plată⁶. Noua viziune a generat ample controverse în literatura juridică română, în mod particular în

⁵ M. Duțu, *Smart regulation. Simplificarea legislației și a acțiunii administrative*, publicat în revista Pandectele Române nr. 12/2014

⁶ Modificările în cauză au vizat art. 96 alin. (2) din Legea nr. 53/2003 privind Codul Muncii.

contextul în care – din punct de vedere al normelor de tehnică legislativă – o hotărâre de Guvern, cum este Hotărârea Guvernului nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară, nu putea adăuga la lege.

Parte a doctrinei⁷ a considerat că art. 96 C. mun. (modificat în 2011) nu era în concordanță cu prevederile art. 5 (1) din Directiva 2008/104/EC a Parlamentului European și a Consiliului din 2008 privind munca prin agent de muncă temporară, care consacră expres și imperativ principiul nediscriminării în privința lucrătorilor temporari. Critica adusă a fost axată pe privarea lucrătorului temporar de o protecție juridică adecvată: *„Așa fiind, apreciem că soluția promovată de legiuitorul român încalcă principiul nediscriminării din legislația UE și diminuează abuziv veniturile salariale ale lucrătorului temporar privat de o protecție juridică adecvată a drepturilor sale”*.

Alți autori⁸ au văzut în art. 96 o afectare a principiului salarizării egale pentru muncă egală, consacrat atât de art. 4(3) din Carta Socială Europeană (revizuită), cât și de Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați.

Începutul de an 2015 a adus modificări substanțiale în legislația muncii, modificări care au impact deosebit cu precădere în activitatea agenților de muncă temporară. Deși inițial respins în Senat, în calitate de primă Cameră sesizată, proiectul de lege a fost aprobat de Camera Deputaților, forul legislativ decizional, și promulgat de Președintele României. Astfel, a intrat în vigoare Legea nr. 12/2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 – Codul Muncii începând cu data de 25 ianuarie 2015.

Printre modificări, au fost introduse două alineate noi în continuarea Art. 92 C. mun., prin care se urmărește ajungerea la egalitate de tratament între salariatul temporar și salariații utilizatorului cu privire la salariul acordat.

Art. 92 din Codul muncii [Egalitatea de tratament]:

Alin. (3) – Salariul primit de salariatul temporar pentru fiecare misiune nu poate fi inferior celui pe care îl primește salariatul utilizatorului, care prestează aceeași muncă sau una similară cu cea a salariatului temporar.

Alin. (4) – În măsura în care utilizatorul nu are angajat un astfel de salariat, salariul primit de salariatul temporar va fi stabilit luându-se în considerare salariul unei persoane angajate cu contract individual de muncă și care prestează aceeași muncă sau una similară, astfel cum este stabilit prin contractul colectiv de muncă aplicabil la nivelul utilizatorului.

⁷ Al. Athanasie, *Codul muncii, Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 90

⁸ R.G. Cristescu, C. Cristescu, *Codul muncii modificat și republicat 2011*, București, Ed. Hamangiu, 2011, p. 255

Legea nr. 12/2015 vizează – potrivit expunerii de motive – continuarea transpunerii în legislația internă a Directivei nr. 2008/104/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 2008 privind munca prin agent de muncă temporară. Cu toate acestea, reglementarea egalității de tratament în materia veniturilor salariale ale salariaților temporari, nu este – în esența sa – nouă. Pe cale de explicație, prevederi similare au existat și anterior intrării în vigoare a Legii nr. 12/2015, Hotărârea de Guvern nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară (în vigoare din februarie 2012) stipulând în mod expres acest principiu.

Astfel, potrivit art. 11 alin. (3) din H.G. nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară, **„condițiile de bază de muncă și de angajare referitoare la durata timpului de lucru, munca suplimentară, repausul zilnic și săptămânal, munca de noapte, concediile și sărbătorile legale și salarizarea aplicabile salariaților temporari sunt, pe durata misiunii de muncă temporară la un utilizator, cel puțin acelea care s-ar aplica salariaților în cazul în care aceștia ar fi fost recrutați direct de către utilizatorul respectiv pentru a ocupa același loc de muncă [...]”**

De asemenea, în conformitate cu prevederile art. 19 din H.G. nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară, *„Utilizatorul salariaților temporari are următoarele obligații: [...] d) să asigure salariaților temporari aceleași drepturi cu cele ale salariaților angajați cu contract individual de muncă la utilizator, conferite de lege, de regulamentul intern sau de contractul colectiv de muncă aplicabil utilizatorului, precum și de orice alte reglementări specifice aplicabile utilizatorului.”*

Unii autori⁹ critică recenta modificare legislativă și din prisma faptului că cele două alineate noi ar fi trebuit integrată nu la art. 92 C. mun., care vizează condițiile de muncă nediscriminatorii, ci la art. 96 din Cod, în care este prevăzută modalitatea de stabilire și plată a salariului.

În mod evident, multipla reglementare nu conferă nici lizibilitate, și nici stabilitate cadrului normativ în materie, ci doar complică inutil și suplimentar aplicarea legii. Exemplul modificărilor Legii nr. 53/2003 prin Legea nr. 12/2015, cel mai recent din perspectivă temporală, este doar unul dintre multiplele cazuri similare identificate ca fiind relevante în materia egalității de tratament.

⁹ A. Țiclea, *Modificări ale Codului Muncii prin Legea nr. 12/2015*, publicat în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 1/2015, p. 19

2.2. Saturația legislativă are un impact puternic negativ atunci când normele de drept, deși numeroase, sunt neclare, greu de aplicat sau se dovedesc insuficiente în raport de realitățile sociale

Volumul legislativ este și mai greu de gestionat atunci când aplicarea normelor de drept se dovedește a fi anevoioasă, fie datorită obscurității limbajului folosit de către legiuitor, fie necorelării prevederilor legislative, fie (lipsei) metodologiei de aplicare sau chiar lipsei de substanță a normelor existente.

Raportat la caz concret, un exemplu de necorelare legislativă este dată de prevederile Ordonanței Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare și ale Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați. Inconsecvența se manifestă în acest caz sub forma unei duble reglementări, în contextul în care Legea nr. 202/2002 reglementează formele de discriminare reglementate și de Ordonanța Guvernului nr. 137/2000, reținând doar un singur criteriu de discriminare, cel legat de sexul persoanei. Se pune problema, așadar, unui **triplu paralelism legislativ**, o serie de prevederi din Legea nr. 202/2002 suprapunându-se peste o serie de prevederi din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000, dar și peste parte din prevederile Legii nr. 53/2003 privind Codul Muncii.

Ca și principiu general, paralelismul legislativ nu ar ridica probleme reale dacă aplicarea respectivelor prevederi s-ar putea face în mod facil și în condiții care să nu lase loc la interpretări. Cu toate acestea, în cazul de față, situația reflectă o altă realitate.

În lumina Ordonanței Guvernului nr. 137/2000, constituie hărțuire „*orice comportament pe criteriu de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, gen, orientare sexuală, apartenență la o categorie defavorizată, vârstă, handicap, statut de refugiat ori azilant sau orice alt criteriu care duce la crearea unui cadru intimidant, ostil, degradant ori ofensiv*”, sancțiunea aplicabilă fiind amenda de la 1.000 lei la 30.000 lei, dacă hărțuirea vizează o persoană fizică, respectiv cu amendă de la 2.000 lei la 100.000 lei, dacă hărțuirea vizează un grup de persoane sau o comunitate¹⁰. Cu toate acestea, potrivit Legii nr. 202/2002, hărțuirea sexuală este reglementată ca desemnând „*situația în care se manifestă un comportament nedorit cu conotație sexuală, exprimat fizic, verbal sau nonverbal, având ca obiect sau ca efect lezarea demnității unei persoane și, în special, crearea unui mediu de intimidare, ostil, degradant, umilitor sau jignitor*”, fiind sancționată cu amenda de la 3.000 lei la 100.000 lei¹¹.

¹⁰ Art. 2 alin. (5), coroborat cu art. 26 alin. (1) din O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

¹¹ Art. 4 lit. d), coroborat cu prevederile art. 11 și 37 din Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, cu modificările și completările ulterioare.

Se constată, aşadar, o dublă reglementare a sancţiunii aplicabile faptei de hărţuire sexuală, în acte normative distincte. În plus, se constată o diferenţă de reglementare (şi, deci, o diferenţă de optică a legiuitorului român), în ceea ce priveşte quantumul amenzii contravenţionale aplicabile.

În fine, un exemplu care relevă insuficienţa normelor de drept în raport de realităţile sociale existente îl constituie lipsa reglementării hărţuirii morale, ca formă a discriminării la locul de muncă. Deşi este un fenomen extrem de actual şi de des întâlnit în cauzele deduse judecării instanţelor competente de dreptul muncii, legiuitorul român nu a înţeles să adreseze problema hărţuirii morale în legislaţia naţională ce reglementează egalitatea de tratament.

În plan practic, persoanele care pretind că au fost victime ale unor acte sau fapte de hărţuire morală la locul de muncă şi că au fost discriminaţi ca urmare a unor atare comportamente manifestate de colegi, superiori ierarhici sau chiar persoane subordonate, trebuie să găsească subterfugii legale pentru a putea încadra preţinsele fapte în definiţia hărţuirii reglementată de Ordonanţa Guvernului nr. 99/2000. În mod necesar, instanţele de judecată învestite cu soluţionarea unor atare cauze fac aplicarea prevederilor legale în vigoare şi care pot, prin natura lor, să ofere protecţie juridică persoanelor îndrituite.

3. Paşi de urmat în vederea simplificării legislaţiei muncii în materia egalităţii de tratament

O sistematizare eficientă a legislaţiei muncii din România ce reglementează egalitatea de tratament impune cu necesitate reformarea legislaţiei existente şi codificarea ei corespunzătoare.

Reformarea, ca măsură prioritară, nu presupune preluarea *tale quale* a modelelor şi soluţiilor legislative corespunzătoare legislaţiilor altor state, ci uniformizarea soluţiilor legale disparate existente în legislaţia actuală, reglementarea situaţiilor juridice care s-au evidenţiat pregnant în practică şi care corespund realităţilor actuale (cum este, spre exemplu, hărţuirea morală la locul de muncă), precum şi coroborarea regulilor, conceptelor şi instituţiilor juridice specifice egalităţii de tratament şi interdicţiei discriminării la locul de muncă.

Codificarea, pe de altă parte, se impune ca rezultat firesc al inventarierii tuturor actelor normative ce reglementează egalitatea de tratament în relaţiile de muncă, şi la încadrarea acestora într-un singur act normativ, care să cuprindă toate conceptele, noţiunile şi instituţiile juridice relevante. Aşadar, codificarea privită ea însăşi ca obiectiv va conduce spre îndeplinirea unui alt obiectiv, constând în asigurarea coerenţei şi predictibilităţii actului normativ în discuţie.

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA SIMPLIFICAREA REGULILOR DE DETERMINARE A COMPETENȚEI INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI

Nicolae-Horia ȚIȚ*

Abstract:

The entry into force of the new Civil Procedure Code marks a milestone in the simplification of civil procedure, with broad practical implications. The main directions of simplification that the new Code pursued aimed at restructuring the regulation, the use of distinctive titles for each article, the codification of several procedures that previously were subject to special laws. In terms of determining jurisdiction, the new Code establishes criteria which allow for a fast and efficient examination, at the first term on which the parties are legally summoned.

Cuvinte-cheie: competență materială, competență teritorială, competență facultativă, competență funcțională (specializată)

1. Introducere. Simplificarea dreptului procedural (procesual). Simplificarea regulilor de competență

Simplificarea dreptului, ca fenomen corespunzător stadiului dezvoltării economice și sociale actuale, este în general privită ca o operațiune determinată de abundența regulilor de drept, edictate disparat, uneori haotic, lipsite de coerență și de suplețe. Un sistem juridic, fie el național sau european, își propune printre altele și să ofere cetățenilor posibilități concrete de a fi informați cu privire la aplicabilitatea și efectul normelor juridice. În lipsa unei astfel de finalități, imperativul cunoașterii legii și principiul legalității ar fi bariere de netrecut pentru majoritatea cetățenilor, mai ales în contextul în care uneori chiar profesioniștii dreptului au probleme în identificarea normei, a conținutului acesteia sau a variantei optime de interpretare¹. În acest context, simplificarea normelor de procedură are un caracter esențial. Dacă reglementările de drept material trebuie să fie apte să susțină un eșafodaj aproape infinit de situații juridice ipotetice, normele procedurale și mai ale procesuale trebuie să se bucure de o rigoare mai mare, cu atât mai mult cu cât procesul este o activitate guvernată de lege (art. 7 alin. 1 CPC). Principiul legalității, atât în faza de judecată, cât și în cea de executare silită, are drept scop

* Asistent universitar dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, horia.tit@gmail.com.

¹ M. Duțu, *Smart Regulation. Simplificarea legislației și a acțiunii administrative*, în „Pandectele Române”, nr. 12/2014, disponibil la adresa <http://blog.wolterskluwer.ro/2015/02/smart-regulation-simplificarea-legislatiei-si-a-actiunii-administrative/>

asociat acela de a asigura realizarea drepturilor și respectarea obligațiilor de către părți și terțe persoane (art. 7 alin. 2, respectiv art. 625 alin. 1 CPC)².

O importantă garanție a principiului legalității este, din acest punct de vedere, stabilirea prin lege a competenței instanțelor judecătorești (art. 126 alin. 2 din Constituția României)³. Sub acest aspect, legea trebuie să ofere suficiente criterii funcționale care să permită identificarea facilă a instanței competente, în caz contrar dreptul cetățenilor privind liberul acces la justiție, garantat de art. 21 alin. 1 din Constituție, fiind unul iluzoriu. Art. 6 alin. 1 CPC, prevede cu titlu de principiu dreptul oricărei persoane la judecarea cauzei în mod echitabil, în termen optim și previzibil de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege. Caracterul legal al normelor de competență conduce așadar, implicit, la garantarea altor drepturi fundamentale, ceea ce determină necesitatea edictării unor norme referitoare la competență clare, ușor de aplicat, atât pentru părți sau avocați, cât și pentru instanțe. Ca o consecință a caracterului eminent legal al normelor de competență, acestea nu ar putea fi modificate decât prin modificarea Codului de procedură civilă (art. 122 CPC), ceea ce presupune practic imposibilitatea instituirii unei derogări de la Cod, în măsura în care acesta nu face trimitere la legea specială (cum este cazul contenciosului administrativ, potrivit art. 96 pct. 1 CPC). Importanța regulilor de competență și caracterul eminent legal al acestora se materializează în caracterul necondiționat al nulității care intervine în cazul nerespectării acestora, indiferent dacă regulile încălcate ar fi de ordine publică ori de ordine privată (art. 176 pct. 3 CPC).

Apariția noului Cod de procedură civilă a reprezentat în sine o operațiune de simplificare a dreptului. Operațiunea a presupus mai multe direcții de

² G. Durac, *Drept procesual civil. Principii și instituții fundamentale. Procedura contencioasă*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 30-31.

³ Este de remarcat că legea stabilește doar criteriile de determinare a competenței instanțelor judecătorești, verificarea și stabilirea în concret a acesteia revenind chiar instanței sesizate. Sub acest aspect, ne exprimăm rezerve asupra motivării dată de Curtea Constituțională deciziei nr. 348/2014 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 650 alin. (1) și art. 713 alin. (1) din Codul de procedură civilă, motivare în care a reținut că „legiuitorului îi revine sarcina stabilirii în concret a instanței competente”. O astfel de afirmație trebuie pusă sub semnul întrebării în condițiile în care legea nu face decât să stabilească anumite criterii generale de determinare a competenței, interpretarea și aplicarea acestora fiind opera judecătorului. Nu se poate pretinde legiuitorului să stabilească în concret competența instanței, o prea mare rigurozitate a normei putând conduce la anomalii grave ale sistemului, care ar fi întotdeauna incapabil să răspundă nevoilor curente ale practicii. Din contră, norma trebuie să fie flexibilă, adaptabilă mai multor categorii de situații practice, astfel încât pretoriul să aibă posibilitatea de a discerne, inclusiv cu privire la chestiunile procedurale, adaptat la circumstanțele concrete ale cauzei. Rigoarea prea mare a legiuitorului îl scoate din ecuație și pe judecător și pe avocat, făuritorii justiției devenind simple computere care rezolvă algoritmi prestabiliți. Or, un sistem de drept nu este niciodată programabil, și chiar dacă norma se edictează de forul legiuitor, dreptul se creează în sala de judecată.

acțiuni: restructurarea materiei, astfel încât reglementarea să corespundă, ca logică de aplicare, problematicii științei dreptului procesual civil; folosirea de titluri distinctive (mai mult sau mai puțin inspirate) pentru fiecare articol, care să permită în acest fel identificare facilă a problematicii tratate de acestea; înglobarea în Cod a unor proceduri speciale care făceau în trecut obiectul unor reglementări disparate și care, uneori se suprapuneau în mod nejustificat (spre exemplu, somația de plată și ordonanța de plată); reglementarea unor proceduri suplă, care să permită realizarea în mod facil, cu costuri relativ mici și într-un timp scurt a drepturilor (spre exemplu, procedura simplificată a cererilor de valoare redusă); limitarea posibilității abuzului de drept; reglementarea unor instrumente apte să asigure o interpretare unitară a legii (precum procedura pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

Noul Cod de procedură civilă (CPC) cuprinde dispoziții mult mai ample dedicate determinării competenței instanțelor judecătorești, prin raportare la reglementarea anterioară. Structurate după același sistem ca și codul anterior (competență generală, competență materială, competență teritorială), regulile referitoare la competență din noul Cod își propun să simplifice operațiunea de determinare a competenței, operațiune specifică primei faze a cercetării procesului, anterior efectuării actelor de procedură menite să conducă la judecata propriu-zisă a pricinii. Regulile edictate au drept scop rezolvarea rapidă a incidentelor referitoare la competență, în scopul evitării abuzului de drept și tergiversării judecății prin folosirea deturnată a acestora. Sistemul de determinare a competenței prevăzut de noul Cod a fost anticipat de modificările aduse Codului anterior prin Legea nr. 202/2010, deși, așa cum vom remarca în cele ce urmează, există deosebiri semnificative între cele două reglementări. De asemenea, Legea 138/2014 introduce în ecuație posibilitatea verificării competenței funcționale (specializate) înainte chiar de verificarea propriu zisă a cererii (art. 200 alin. 1 teza finală și alin 1¹). Sub rezerva că acestea nu reprezintă reguli de competență, ci reguli de organizare judiciară referitoare la alcătuirea completului de judecată, având în vedere că li se aplică prin analogie dispozițiile referitoare la excepția și conflictele de competență, le vom trata ca atare. Nu vom analiza în acest studiu chestiunile referitoare la competența generală, nici pe cele referitoare la competența internațională a instanțelor române.

2. Simplificarea regulilor privind determinarea competenței materiale și teritoriale. Problema așa zisei competențe funcționale (specializate).

Procesul de simplificare a regulilor de procedură presupune în primul rând redactarea acestora cu claritate, accesibilitatea textului de lege atât pentru specialiști, cât și pentru justițiabili neputând fi asigurată în cazul în care determinarea conținutului normei în sine ar constitui o operațiune complicată;

accesibilitatea și previzibilitatea normei de procedură asigură respectarea dreptului la un proces echitabil, constituind o garanție importantă a accesului la justiție.

Sub aspectul normelor care reglementează competența materială, noul Cod a făcut o reșezare a gradelor de jurisdicție, consacrand plenitudinea de competență a tribunalelor pentru judecata în primă instanță, plenitudinea de jurisdicție în apel la Curțile de Apel și cea în recurs la Înalta Curte de Casație și Justiție. Competența judecătorilor este una excepțională, determinată în mod expres, după criterii care vizează în principal obiectul cererii, materia în care se încadrează cererea, natura drepturilor valorificate sau a chestiunilor juridice discutate ori valoarea obiectului cererii de chemare în judecată. Având în vedere incidența în practică a acestui ultimul criteriu, legiuitorul a înțeles să reglementeze o secțiune specială determinării competenței materiale după valoarea cererii introductive de instanță, secțiune care cuprinde criterii funcționale de determinare a competenței materiale.

O altă importantă componentă a procesului de simplificare a regulilor de determinare a competenței materiale este reprezentată de edictarea în Cod a principalelor reguli referitoare la competență, respectiv reducerea numărului de situații în care norme de competență materială ar fi stabilite prin legi speciale. De altfel, așa cum am arătat și mai sus, art. 122 CPC consacră regula potrivit căreia normele de competență nu ar putea fi modificate decât prin modificarea Codului de procedură civilă, limitându-se astfel drastic posibilitatea ca prin legi speciale să fie edictate norme de competență materială care să deroge de la cele prevăzute de Cod. Cu toate acestea, au fost păstrate și situații în care Codul face trimitere la legea specială pentru determinarea competenței materiale, una dintre cele mai importante fiind cea care intră sub incidența art. 10 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

Tendința legislativă de simplificare a regulilor de determinare a competenței materiale prin includerea, pe cât posibil, a acestora în Cod este însă într-o fază incipientă, existând în continuare numeroase situații în care prin legi speciale se stabilește o competență derogatorie de la cea de drept comun. Aceste reglementări intră sub incidența situațiilor în care oricărei instanțe, indiferent de grad, legiuitorul îi poate stabili în competență și alte cereri decât cele prevăzute de Cod (art. 94 pct. 4, art. 95 pct. 4, art. 96 pct. 4, art. 97 pct. 4 CPC). Toate situațiile care intră sub incidența acestor dispoziții erau în vigoare la data intrării în vigoare a noului Cod și, eventual, au fost ajustate pentru a corespunde cu reglementarea acestuia prin legea de punere în aplicare. Edictarea unor norme noi de competență nu ar putea avea însă loc, după intrarea în vigoare a Codului, decât prin modificarea acestuia, potrivit art. 122 CPC.

În ceea ce privește competența teritorială, sunt păstrate în mare parte, reglementările anterioare, cel puțin sub aspectul determinării acestora prin

raportare la competența teritorială de drept comun, cea alternativă și cea exclusivă. Un element de noutate în ceea ce privește competența teritorială, prin raportare la reglementarea anterioară, este reprezentat de modul în care sunt edictate dispozițiile referitoare la competența teritorială în litigiile dintre un profesionist și un consumator. Regulile aplicabile în această materie au în vedere poziția în proces a consumatorului: în cazul în care acesta are calitatea de reclamant, competența are caracter alternativ, consumatorul putând alege între a sesiza instanța sediului profesionistului pârât sau instanța domiciliului său, în cererile având ca obiect executarea, constatarea nulității absolute, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractului încheiat între consumator și profesionist sau în cererile având ca obiect repararea pagubelor produse consumatorilor (art. 113 pct. 8 CPC)⁴. În cazul în care cererea este formulată de profesionist contra consumatorului, competența revine, în mod exclusiv, instanței domiciliului acestuia din urmă (art. 121 CPC), norma având caracter de ordine publică până la momentul nașterii dreptului la despăgubire, convențiile încheiate anterior prin care ar fi aleasă o altă instanță competentă fiind considerate nescrise (art. 126 alin. 2 CPC).

O altă noutate referitoare la reglementarea competenței materiale o constituie instituirea competenței facultative în cererile care au ca parte un judecător care își desfășoară activitatea la instanța respectivă⁵. În cazul în care judecătorul are calitatea de reclamant, sesizarea unei alte instanțe, respectiv a unei instanțe de același grad din circumscripția unei curți de apel limitrofe celei în a cărei circumscripție se află instanța competentă, este obligatorie (art. 127 alin. 1 CPC), iar în cazul în care judecătorul are calitatea de pârât, sesizarea unei alte instanțe este facultativă (art. 127 alin. 2 CPC). Dispozițiile legale se aplică în mod corespunzător și procurorilor, asistenților judiciari și grefierilor (art. 127 alin. 3 CPC). Este de remarcat că dispozițiile referitoare la competența facultativă se aplică numai dacă judecătorul, sau după caz procurorul, asistentul judiciar ori grefierul își desfășoară activitatea la instanța respectivă (sau la parchetul de pe lângă acea instanță, în cazul procurorilor), nu și atunci când își desfășoară activitatea la o instanță ierarhic superioară celei competente. În acest caz, regula prevăzută la art. 127 alin. 1 sau 2 CPC se va aplica, eventual, în legătură cu soluționarea căii de atac împotriva hotărârii date în primă instanță, aceasta nemaifiind soluționată de instanța competentă potrivit legii, la care funcționează judecătorul în cauză, ci de o instanță de același grad din circumscripția unei curți de apel limitrofe.

Apreciem că regula prevăzută la art. 127 alin. 1 CPC are caracter imperativ, astfel încât sesizarea de către judecător, procuror, asistent judiciar sau grefier a

⁴ G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 229.

⁵ V.M. Ciobanu, M. Nicolae, *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat, Vol. I – art. 1-526*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 378-379.

chiar instanței la care funcționează va putea atrage consecința invocării excepției de necompetență din oficiu, urmând ca declinarea să opereze către instanța indicată de reclamant. În cazul în care reclamantul nu își manifestă dreptul de alegere, aceasta va fi făcută de către instanța investită care va putea proceda după cum urmează, în funcție de modul în care competența sa a fost stabilită: în cazul în care instanța sesizată de reclamantul judecător, la care acesta funcționează, a fost determinată prin aplicarea unei reguli de competență teritorială alternativă și este alta decât cea indicată de regula de drept comun, declinarea va opera în favoarea instanței de drept comun, în măsura în care aceasta respectă condițiile prevăzute de art. 127 alin. 1 CPC (este situată în circumscripția unei curți de apel limitrofe); în caz contrar, precum și în cazul în care instanța sesizată a fost determinată potrivit regulii de drept comun, aceasta va alege o altă instanță de același grad din circumscripția unei curți de apel limitrofe, în lipsa unei astfel de alegeri din partea reclamantului. Sub acest aspect, ar fi utilă amendarea textului de lege, având în vedere principiul instituit de art. 126 alin. 2 din Constituție, urmând a fi precizată în mod expres instanța către care se va face declinarea în cazul în care reclamantul judecător, procuror, grefier sau asistent judiciar a sesizat, cu încălcarea art. 127 alin. 1 CPC, chiar instanța la care funcționează, competentă să judece cauza, și nu indică nicio instanță care să corespundă criteriului stabilit de textul de lege către care să se facă declinarea. Aceasta deoarece mecanismul de determinare a competenței facultative este diferit față de cel de determinare a competenței alternative. În cazul acesteia, dreptul de alegere între mai multe instanțe deopotrivă competente aparține întotdeauna doar reclamantului (art. 116 CPC), așa încât, în cazul în care acesta ar introduce cererea de chemare în judecată la o altă instanță decât cea determinată potrivit regulii de drept comun sau indicată de regula de competență teritorială alternativă, declinarea nu ar putea opera decât în favoarea instanței de drept comun, nu și a instanței competente alternativ.

În cazul competenței facultative, având în vedere că instanța la care funcționează judecătorul reclamant este competentă potrivit legii, în cazul în care competența sa este determinată potrivit regulii de drept comun sau, după caz, instanța de drept comun nu se încadrează în criteriile prevăzute de art. 127 alin.1 CPC, alegerea unei alte instanțe va fi făcută de instanța sesizată, care își declină competența, în lipsa unei alegeri din partea reclamantului. Remarcăm faptul că într-o astfel de situație (reclamantul judecător, procuror, magistrat asistent ori grefier sesizează chiar instanța la care își desfășoară activitatea, cu nerespectarea art. 127 alin. 1 CPC), chestiunea se rezolvă prin invocarea excepției de necompetență și prin declinare, nu prin intermediul formulării unei cereri de strămutare, prorogarea de competență teritorială operând în mod diferit în cazul celor două incidente: la competența facultativă, prorogarea operează în favoarea unei alte instanțe de același grad din circumscripția unei curți de apel limitrofe, pe când la strămutare, cel puțin atunci când se solicităm

strămutarea pe motiv de bănuială legitimă a unei cauze de la o judecătorie ori tribunal, prorogarea va opera în favoarea unei instanțe de același grad din circumscripția aceleiași curți de apel (art. 145 alin. 1 teza 1 CPC).

Simplificarea dispozițiilor legale referitoare la competență este realizată și prin reglementarea expresă a situațiilor de prorogare legală de competență. Astfel, potrivit art. 123 alin. 1 CPC, competența instanței, stabilită pentru cererea introductivă, se extinde în mod automat, atât din punct de vedere material, cât și teritorial, asupra tuturor cererilor adiționale, accesorii și incidentale, definite de art. 30 CPC, cu excepția celor în materia insolvenței și concordatului preventiv (art. 120 CPC). Legiuitorul stabilește în mod imperativ că cererea introductivă de instanță are întotdeauna caracter principal (art. 30 alin. 3 CPC), neavând relevanță dacă și în ce măsură soluționarea unei cereri incidentale depinde de soluționarea cererii introductive sau invers. Chiar dacă, aplicând criteriul substanțial de la art. 30 alin. 4 CPC, s-ar ajunge la concluzia că soluționarea cererii principale depinde de soluționarea unei cereri incidentale, prorogarea se va produce în continuare în favoarea instanței care este competentă să soluționeze cererea introductivă, indiferent dacă aceasta ar fi mai mare sau mai mică în grad celei care ar fi competentă să soluționeze cererea incidentală (dacă ne referim la competența materială), respectiv indiferent dacă, în cazul în care ar fi fost introdusă pe cale separată, aceasta ar fi atras competența exclusivă a unei alte instanțe (dacă ne referim la competența teritorială). Caracterul principal al cererii introductive rezultă așadar, în primul rând, din caracterul său introductiv de instanță, legiuitorul urmărind ca nici un alt incident intervenit pe parcursul judecății să nu poată determina declinarea. Această concluzie se desprinde și din dispozițiile art. 106 alin. 1 CPC, referitoare la situația în care, ulterior învestirii, intervin modificări cu privire la cuantumul valorii obiectului, respectiv art. 107 alin. 2 CPC, referitor la situația în care, ulterior sesizării instanței, pârâtul își schimbă domiciliul sau sediul. Competența instanței se determină exclusiv prin raportare la cererea introductivă, nicio cerere, apărare, excepție sau incident procedural neputând, cel puțin ca regulă generală, determina declinarea de competență. La fel, momentul la care trebuie să ne raportăm pentru determinarea competenței este cel al sesizării instanței, modificările ulterioare intervenite cu privire la cadrul procesual obiectiv sau subiectiv neputând determina o modificare de competență⁶.

Sub aspectul procedurii de verificare și stabilire a competenței, legiuitorul a înțeles să limiteze intervalul procedural alocat acestei operațiuni, fixând în acest sens o sub-fază a cercetării procesului, anterioară efectuării actelor de procedură necesare soluționării excepțiilor dirimante sau fondului, dedicată exclusiv verificării competenței (art. 131 CPC). Această fază tampon între faza scrisă și judecata propriu zisă se caracterizează prin celeritate, instanța

⁶ G. Boroș, M. Stancu, *op. cit.*, p. 217.

neputând acorda decât în mod excepțional un singur termen de judecată pentru lămurirea chestiunilor referitoare la competență (art. 131 alin. 2 CPC), în condițiile în care, pentru determinarea competenței în funcție de valoarea obiectului cererii nu este admisibilă decât proba cu înscrisuri, nefiind admisibilă proba cu expertiză (art. 98 alin. 3 CPC). Cu alte cuvinte, chiar dacă din probele administrate pe parcursul cercetării procesului ar rezulta o valoare a obiectului cererii mai mare sau mai mică decât cea indicată de reclamant la momentul sesizării sau avută în vedere de instanță pe baza înscrisurilor administrate ca urmare a contestării valorii indicate de reclamant, această situație nu ar putea conduce la declinare de competență, instanța neputând reveni asupra încheierii prin care și-a stabilit competența, caracterul interlocutoriu al acestei încheieri fiind stabilit în mod expres de art. 131 alin. 1 teza finală CPC. Problema nici nu ar putea fi ridicată și pusă în discuția părților, din moment ce art. 130 alin. 2 CPC limitează posibilitatea invocării necompetenței materiale și teritoriale absolute, indiferent dacă este făcută de instanță sau de părți, la primul termen la care acestea sunt legal citate în fața primei instanțe. Este de remarcat sensibila diferență de redactare dintre acest text de lege și cel cuprins în reglementarea anterioară, respectiv art. 159¹ alin. 2 din C. proc. civ. 1865, care prevedea că „necompetența materială și teritorială de ordine publică poate fi invocată de părți ori de către judecător la prima zi de înfățișare în fața primei instanțe, dar nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului”. Se remarcă lipsa din reglementarea actuală a sintagmei „nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului”, care în vechea reglementare a fost interpretată în sensul în care excepția necompetenței materiale ar putea fi totuși invocată și după prima zi de înfățișare în condițiile în care din probele administrate ar rezulta o valoare mai mare sau mai mică decât cea avută în vedere inițial pentru stabilirea competenței⁷. La această interpretare contribuia și redactarea art. 159¹ alin. 5 din C. proc. civ. 1865, potrivit cu care verificarea competenței la prima zi de înfățișare nu împiedica formularea excepțiilor de necompetență, asupra cărora judecătorul urma să se pronunțe potrivit legii. Implicit, încheierea de verificare a competenței pronunțată la prima zi de înfățișare în temeiul art. 159¹ alin. 4 din C. proc. civ. 1865 nu era una interlocutorie⁸, instanța putând reveni asupra ei, ca urmare a invocării și punerii în dezbateră contradictorii a părților a unei

⁷ Mihaela Tăbărcă, *Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor (Art. I – Comentarii)*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 95-96. Pentru opinia contrară, în sensul că necompetența materială nu mai putea fi pusă în discuție ulterior primei zile de înfățișare iar sintagma „nu mai târziu de începerea dezbaterilor asupra fondului” vizează exclusiv situația în care dezbateră fondului ar avea loc chiar la prima zi de înfățișare, a se vedea V.M. Ciobanu, T.-C. Briciu, C.C. Dinu, *Reforma sistemului judiciar. Modificările Codului de procedură civilă și legislației conexe aduse prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 6/2010, p. 29.

⁸ Daniel Atasiei, Horia Țiț, *Mica Reformă în Justiție, Legea 202/2010 comentată, Ediția a 2-a, revăzută și adăugită*, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 71

excepții invocată ca urmare a stabilirii unei alte valori a obiectului cererii, în urma administrării probelor. În mod evident, o astfel de interpretare nu ar mai putea fi valabilă sub imperiul noului Cod de procedură civilă. Expirarea momentului procesual al primului termen cu părțile legal citate atrage decăderea din dreptul de a mai invoca excepția necompetenței materiale, iar calificarea în mod expres a încheierii de stabilire a competenței ca fiind interlocutorie face ca instanța, odată ce s-a declarat competentă, să nu mai poată reveni asupra acestei chestiuni tranșate, chiar dacă din probele administrate ar rezulta o valoare mai mare sau mai mică a obiectului cererii decât cea avută în vedere la momentul verificării. Nu este întâmplătoare nici folosirea sintagmei „în mod excepțional” la alineatul al doilea al art. 131, aceasta având semnificația faptului că instanța nu poate să declanșeze cercetarea procesului fără a se declara competentă, urmând ca eventual să se pronunțe asupra competenței după administrarea probelor. În vederea stabilirii competenței, instanța nu poate administra decât un probatoriu sumar, alcătuit în general din înscrisuri, neputând administra în acest scop probe care ar presupune acordarea mai multor termene (în special expertiză). Art. 131 alin. 2 CPC limitează posibilitatea instanței în ceea ce privește probatoriul și acordarea de termene pentru verificarea competenței, astfel încât judecata propriu zisă să demareze numai după ce instanța, prin încheiere interlocutorie, se va fi declarat competentă, fără ca administrarea ulterioară a probelor în vederea soluționării excepțiilor procesuale ori a fondului să mai poată avea consecințe asupra competenței verificate și asumate de instanță.

Așa cum s-a remarcat, art. 131 alin.2 CPC face aplicarea art. 98 alin. 3 CPC, care limitează posibilitatea administrării de probe în vederea stabilirii competenței în funcție de valoarea obiectului cererii la proba cu înscrisuri, în cazul în care valoarea indicată de reclamant este contestată. Art. 98 alin. 3 este aplicabil în mod corespunzător și în situația prevăzută de art. 104 alin. 2 CPC, respectiv atunci când valoarea impozabilă a bunului imobil nu este stabilită, în cazul acțiunilor având ca obiect dreptul de proprietate sau alte drepturi reale asupra unui imobil. Trebuie însă remarcat că art. 98 alin. 3 CPC devine aplicabil numai în situația în care valoarea impozabilă nu poate fi stabilită, nu și atunci când ea este contestată sau considerată derizorie⁹.

Sub acest aspect, dispozițiile referitoare la competența după valoarea obiectului cererii se aplică în mod diferit față de cele referitoare la stabilirea taxei judiciare de timbru, potrivit cu care „în cazul taxelor calculate în funcție de valoarea obiectului cererii, valoarea la care se calculează taxele judiciare de timbru este cea prevăzută în acțiune sau în cerere. Dacă valoarea este contestată sau apreciată de instanță ca vădit derizorie, evaluarea se face în condițiile art. 98 alin. (3) din Codul de procedură civilă” (art. 31 alin. 2 din OUG 80/2013 privind

⁹ V.M. Ciobanu, M. Nicolae, *op. cit.*, p. 307.

taxele judiciare de timbru). Pe de altă parte, potrivit art. 31 alin. 3 din același act normativ, „în cererile având ca obiect dreptul de proprietate sau un alt drept real asupra unui imobil, taxa de timbru se calculează în funcție de valoarea impozabilă a bunului imobil. Dacă valoarea impozabilă este contestată sau apreciată de instanță ca vădit derizorie, taxarea cererilor se va face prin raportare la grilele notariale cuprinzând valorile orientative ale proprietăților imobiliare.” Observăm că, sub aspectul timbrajului, legea nu mai face trimitere la art. 98 alin. 3 CPC pentru determinarea valorii bunului imobil, ci la grila notarială, și nu doar în situația în care valoarea impozabilă nu a fost determinată (situație pe care de altfel OUG 80/2013 nici nu o menționează), ci și în aceea în care valoarea impozabilă este considerată de instanță derizorie sau este contestată. Această ipoteză nu se aplică însă în cazul competenței determinarea acesteia făcându-se în funcție de valoarea impozabilă, indiferent dacă aceasta ar fi contestată sau considerată derizorie. Sub acest aspect, art. 104 alin. 1 CPC are caracter special față de art. 98 CPC, cu consecința că, ori de câte ori bunul imobil revendicat sau cu privire la care se pretinde un drept real are o valoare impozabilă stabilită, competența instanței se va determina în funcție de aceasta. Instanța va avea în vedere o altă valoare, stabilită în urma administrării probei cu înscrisuri, numai dacă valoarea impozabilă nu este stabilită, trimiterea pe care art. 104 alin. 2 CPC o face la art. 98 alin. 3 CPC referindu-se numai la dispoziția normei (determinarea valorii pe baza înscrisurilor) nu și la ipoteză (în caz de contestație).

Modificarea recentă a Codului de procedură civilă prin Legea nr. 138/2014 a adus în discuție problema verificării așa-zisei competențe funcționale sau specializate a instanței. Sub acest aspect, art. 200 alin. 1 CPC prevede, ca urmare a modificării intervenite, că verificarea pe care o face completul căruia i-a fost repartizată aleatoriu cauza vizează, cu prioritate, dacă cererea de chemare în judecată este de competența sa. Folosirea noțiunii de competență în acest context este nefericită. În realitate, completul investit nu verifică și nu stabilește competența, sub aspect general, material și teritorial, ci, prin raportare la regulile de organizare internă a instanței respective, își verifică specializarea în soluționarea litigiului respectiv¹⁰. Această concluzie se determină în mod clar din dispozițiile art. 200 alin. 1¹ CPC, care oferă completului o singură soluție în cazul în care constată că cererea nu este de „competență” sa: să o trimită completului sau secției specializate a aceleiași instanțe. Sub nicio formă textul de lege nu poate fi interpretat în sensul în care ar permite instanței sesizate să decline competența în favoarea altei instanțe sau altui organ cu atribuții jurisdicționale, verificarea competenței generale, materiale și teritoriale

¹⁰ L.-A. Viorel, G. Viorel, *Noi realități procesuale în procedura de judecată. Unele modificări ale NCPC aduse prin intermediul Legii nr. 138/2014*, disponibil la adresa <http://www.juridice.ro/342383/noi-realitati-procesuale-in-procedura-de-judecata-unele-modificari-ale-ncpc-aduse-prin-intermediul-legii-nr-1382014.html>

neputând fi făcută decât la primul termen cu procedură, în condiții de contradictorialitate, adică după depășirea etapei scrise. O interpretare contrară ar duce grav atingere dispozițiilor art. 14 CPC, care guvernează principiul contradictorialității, și în special alin. 1, 5 și 6. Reglementând o procedură necontradictorie, care se desfășoară în camera de consiliu și fără citarea părților, art. 200 alin. 1¹ CPC constituie o excepție de la regulile stabilite de art. 14 CPC și, prin urmare, trebuie interpretat restrictiv, nu extensiv. Pe cale de consecință, încheierea pronunțată în temeiul acestui text de lege poate avea ca efect doar trimiterea dosarului la un alt complet sau la o altă secție a aceleiași instanțe, nicidecum declinarea către o altă instanță sau un alt organ cu atribuții jurisdicționale. Sub acest aspect, trebuie remarcată și distincția pe care legiuitorul o face, ca urmare a modificării intervenite prin Legea nr. 138/2014, între hotărârea de declinare către o altă instanță sau către un alt organ jurisdicțional (care este o sentință potrivit definiției date de art. 424 alin. 1 CPC) și cea prin care dosarul este transpus la un alt complet sau la o altă secție, în funcție de specializare (care este o încheiere, potrivit art. 136 alin. 1 teza finală). Adăugirea făcută de legiuitor la art. 136 alin. 1 prin Legea nr. 138/2014, anume menționarea expresă a faptului că trimiterea la un alt complet sau altă secție a aceleiași instanțe se face prin încheiere nu este întâmplătoare, tocmai pentru că instanța nu se dezinvestește, ci se ia doar o măsură de organizare judiciară, căreia normele de la competență i se aplică doar prin asemănare. Asimilarea unui regim procedural al excepției și conflictului de competență nu face ca normele de organizare judiciară referitoare la stabilirea specializării completelor sau secțiilor să devină, la rândul lor, norme de competență. Că este așa o dovedește și faptul că normele de competență sub stabilite prin lege (art. 126 alin. 2 din Constituție) și nu pot fi modificate decât prin modificarea Codului de Procedură Civilă, în timp ce competența secțiilor sau completelor specializate se stabilește, în temeiul legii, de către Consiliul Superior al Magistraturii (prin înființarea, la propunerea colegiilor de conducere, a secțiilor Curților de Apel și ale instanțelor din circumscripția acestora, potrivit art. 41 alin. 1 teza întâi din Legea nr. 304/2004), sau de președintele instanței (prin înființarea completelor specializate, la propunerea colegiilor de conducere). Prin urmare, trimiterea dosarului la un alt complet sau la o altă secție a aceleiași instanțe nu este o declinare în adevăratul sens al cuvântului, de aceea legea permite, în mod excepțional ca aceasta să aibă loc și fără citarea și punerea acestei chestiuni în dezbateră contradictorie a părților. Declinarea de competență în favoarea unui alt organ cu atribuții jurisdicționale sau unei alte instanțe judecătorești nu va putea însă avea loc decât cu respectarea tuturor garanțiilor contradictorialității, adică după parcurgerea în fața instanței sesizate de reclamant a etapei scrise și numai după citarea părților și punerea acestei chestiuni în dezbateră lor contradictorie.

3. Concluzii

Procesul de simplificare a dreptului presupune elaborarea unor norme care să răspundă câtorva cerințe practice: previzibilitate, claritate, flexibilitate. Norma trebuie să fie aptă să fie aplicată situațiilor practice, trebuie să aibă un caracter de generalitate destul de mare pentru a fi aplicată situațiilor juridice cărora îi este adresată, dar în același timp trebuie să fie suficient de clară pentru a nu genera interpretări fundamentale diferite pentru situații similare. Flexibilitatea normei presupune ca aceasta să ofere avocatului și judecătorului suficiente criterii pentru aplicarea ei în concret, fără însă ca prin modul în care este edictată să înlăture posibilitatea aplicării ei la situații diverse. Norma nu trebuie să fie aplicabilă doar la situațiile prestabilite de legiuitor, ci trebuie să aibă un caracter adaptabil, situațiile practice neputând fi anticipate. O normă rigidă va crea dificultăți de aplicare, iar interpretările vor fi forțate, de multe ori adăugând la textul de lege¹¹. Chiar dacă norma procedurală se caracterizează printr-un formalism accentuat față de cea substanțială, ea trebuie să își păstreze elasticitatea, așa încât procedura să conducă la realizarea drepturilor subiective, nu la blocarea titularului în încercarea de a afirma sau realiza dreptul său. În materia competenței, simplificarea dreptului presupune crearea unui cadru procedural apt să permită părților și instanței să identifice ușor și rapid, pe baza unor criterii clare și adaptabile, instanța competentă, așa încât judecata propriu-zisă să nu fie întârziată de acest demers.

¹¹ Un exemplu de normă rigidă ar putea fi art. 101 alin. 3 CPC, care vizează cererile privitoare la contracte de locațiune ori de leasing, ori cele care vizează predarea sau restituirea bunului închiriat ori arendat. Competența acestora se determină prin raportare la valoarea chiriei sau arende anuale. Acest criteriu extrem de rigid, aproape arbitrar (o „ficțiune juridică”, așa cum l-au denumit unii autori – Liviu-Alexandru Viorel, Georgeana Viorel, *Noul Cod de procedură civilă, Vol. I, Fundamentele, Art. 1-248, Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 287), este inadapabil situațiilor concrete care pot fi întâlnite, spre exemplu aceea în care durata totală a contractului de locațiune este mai mică de un an (pentru această situație a fost exprimată opinie potrivit căreia ar trebui luată în considerare valoarea totală a chiriei, și nu valoarea anuală, opinie judicioasă dar care adaugă nepermis la textul de lege – a se vedea V.M. Ciobanu, M. Nicolae, *op. cit.*, p. 304) sau aceea în care chiria este variabilă, având un cuantum care se actualizează periodic.

MODUL DE FORMARE AL CONTRACTELOR ÎN ACTUALUL COD CIVIL

George CHIOCARU

Abstract:

The new legal framework provided by the Civil code, included in Section 3 ("Conclusion of the contract") of Title II ("Origins of obligations") of Book V ("About obligations") new mechanisms for conclusions of contracts concerning especially matters of substance of contracts, the validity of contracts as well as specific indications as to how the agreements have to be concluded. The new Civil Code is no longer limited to the simple mechanism of matching the offer with request but also observes the prior steps, which anticipates or preclude the moment of the conclusion of the contract. In this respect, the new Civil code provides to types of mechanisms for concluding an agreement respectively by negotiation or in two steps by matching the offer with the request. If generally the contract concluded in two steps are specific to consumer contract, the negotiation mechanism is more common for the agreements concluded between professionals.

Keywords: *negotiation, offer, offer's acceptance, standard clauses, unusual clauses*

1. Scopul analizei

Prezentul studiu își propune să realizeze (i) o analiză comparativă a modului în care este reglementată etapa formării contractului în Codul civil actual spre deosebire de Codul civil de la 1864 și (ii) o prezentare a mecanismelor în vigoare de încheiere a contractelor cu accentul pe noile instituții reglementate de Codul civil respectiv instituția negocierii, instituția clauzelor standard și instituției clauzelor neuzuale. Cu privire la instituțiile anterior menționate, deși până în prezent nu au ridicat probleme jurisprudențiale, suntem de părere că o aplicare neuniformă sau o interpretare neunitară a reglementărilor specifice ar fi de natură a le deturna de la scopul lor eminamente protector.

2. Istoricul reglementării în materia modului de formare al contractelor

În doctrina specifică Codul civil de la 1864¹ prin încheierea contractului se înțelegea realizarea acordului de voință al părților asupra conținutului contractului iar o atare interpretare rezulta din însăși definiția dată contractului

¹ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria general a obligațiilor*, ediția a IX-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2008, p. 37

în art. 942 C. civ. (1864) – *contractul este acordul între două sau mai multe persoane spre a constitui sau a stinge între dâșii un raport juridic*. Oferta de a contracta și acceptarea ofertei din partea destinatarului acesteia reprezentau cele două laturi ale mecanismului de formare a contractului. În fapt, în vechea reglementare însăși întâlnirea ofertei cu acceptarea era văzută ca fiind mecanismul contractual. Legiuitorul de la 1864 nu s-a aplecat asupra etapei precontractuale a încheierii contractului, etapă care în prezent se dovedește a fi uneori la fel de importantă ca și contractul însuși. Astfel, întreaga doctrină și jurisprudența construită pe marginea mecanismului de formare a contractului așa cum era acesta reglementat prin Codul civil de la 1864 se concentra pe întâlnirea ofertei cu acceptarea precum și pe îndeplinirea condițiilor de validitate ale contractului respectiv capacitatea părților, consimțământul valabil exprimat, existența unui obiect și a unei cauze licite și morale. Deși și în practica anterioară Codului civil actual puteau exista acte preparatorii, negocieri sau alte asemenea elemente, legiuitorul nu le trata ca elemente de formare a mecanismului contractual, ci erau văzute ca acte juridice de sine stătătoare fără vreo legătură între ele sau simple manifestări fără caracter juridic².

Noul Cod Civil, spre deosebire de Codul civil de la 1864, reglementează în art. 1182-1203 mecanismul de formare al contractelor, mecanism care în mod paradoxal nu pune accentul neapărat pe acordul de voință al părților, ci pe elemente concrete din formare contractului, elemente precum obligația de confidențialitate în timpul negocierilor, enumerarea limitativă cu privire la clauzele neuzuale sau clauzele externe. Mai mult, noua reglementare ține cont de un aspect esențial al raporturilor contractuale moderne și anume de faza precontractuală a negocierilor și actelor preparatorii.

În noua reglementare sunt propuse două mecanisme alternative de încheiere a contractelor: mecanismul în doi timpi al ofertei și acceptării, care în mare măsură este similar mecanismului prevăzut în Codul civil de la 1864, și mecanismul de formare progresivă al contractului prin negociere. Diferența de substanță între mecanismul negocierii și cel al încheierii în doi timpi a contractului rezidă tocmai în posibilitatea de influențare a conținutului contractului pe care părțile o au. Astfel, în cazul mecanismului ofertei și a acceptării destinatarul ofertei nu are posibilitatea de a influența în vreun fel oferta, ci are doar posibilitatea de a accepta sau refuza oferta. Mai mult în cazul ofertelor fără termen, atunci când ofertantul și destinatarul sunt prezenți, destinatarul trebuie să accepte de îndată oferta astfel aceasta rămânând caducă. Pe de altă parte în cazul negocierilor contractul se formează progresiv, această formare putându-se realiza pe o perioadă mai lungă de timp. În acest sens părțile pot agreea în fiecare zi de negociere anumite aspecte ale contractului ce se

² Fr. Deak, *Drept civil. Teoria contractelor special*, Ed. Didactică și pedagogică, București, 1962, p. 36 și urm.

urmărește a se încheia fără ca prin aceasta să se considere respectivul contract ca agreeat. Mai mult, în cadrul negocierilor nu există neapărat un ofertant și un acceptant, între părțile aflate în negociere circulând în mod reciproc oferte și acceptări, fapt ce îi face în egală măsură ofertanți și acceptanți.

În doctrină³ s-a menționat de asemenea că nu ar exista două mecanisme de formare a contractului deoarece în definitiv și în cazul negocierii tot prin acceptarea unei oferte se ajunge la contract. În ceea ce privește considerăm că ne aflăm în prezența a două mecanisme de formare ce au același scop și anume formare acordului de voințe. Însă deși rezultatul este același abordările sunt cele care fac diferența. În cele ce urmează ne vom concentra analiza asupra aspectelor de noutate din Codul civil actual și anume, instituția negocierii, instituția clauzelor standard și instituția clauzelor neuzuale.

3. Negocierea contractelor

Contractele negociate presupun, ca metodă de formare a acordului de voințe, un dialog al părților, mai mult sau mai puțin complex și întins pe o perioadă mai lungă sau mai scurtă de timp, în contradictoriu, al potențialilor cocontractanți, prin care aceștia încearcă să obțină de la cealaltă parte promisiunea satisfacerii în condițiile dorite a intereselor a căror satisfacere se urmărește. Spunem potențialilor cocontractanți deoarece nu este absolut obligatoriu ca odată inițiate negocierile, acestea să se finalizeze cu un contract.

Însă în practică, rareori contractele sunt rezultatul unor dialoguri simple⁴. De cele mai multe ori negocierile implică proceduri complexe ce vizează, în special, implicare unor specialiști sau mandatarî în procesul de negociere, obținerea de încuviințări prelabile sau îndeplinirea de către viitoarele părți contractante a unor condiții prelabile încheierii contractului (*condition precedents*).

Negocierea poate fi directă, intermediată de un terț sau omologată sau confirmată de un judecător.

În ceea ce privește negocierea directă, aceasta nu presupune neapărat prezența fizică a părților, ci implicarea lor juridică. Într-adevăr, în fapt contractul se poate încheia prin mandatarîi lor, efectele urmând a se răsfrânge asupra mandanților. Faptul că respectivul contract a fost încheiat prin mandatar nu înseamnă în mod necesar că și negocierea acestuia s-a făcută printr-un împuternicit. Cu titlu de exemplu menționăm situația persoanelor juridice care participă la negocieri prin reprezentanții lor legali, reprezentați care de altfel îndeplinesc un mandat pentru persoana juridică respectivă. Într-o atare situați

³ F.A. Baias, R. Constantinovici, E. Chelaru, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Ediția 1. Revizuit*, Ed. C.H. Beck, 2012

⁴ Ghe. Piperea, *Introducere în dreptul contractelor profesionale*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 84

partea care a stat în negociere a fost persoana juridică însăși și nu reprezentatul ei legal în nume propriu.

Legat de negocierile ce trebuie omologate de un judecător, menționăm cu titlu de exemplu, tranzacția judiciară care, indiferent dacă a fost negociată în mod direct de părți sau prin intermediul unor specialiști, nu își produce efectele în lipsa omologării date de judecător.

Nu în ultimul rând, menționăm că negocierea nu subzistă întotdeauna doar în faza precontractuală, ci poate fi inițiată de părțile contractante și în orice alt moment pe parcursul desfășurării contractului cu privire la aspecte ce țin de acesta, inclusiv cu privire la încetarea acestuia, atâta timp cât există consens între părțile contractante cu privire la începerea negocierilor, contractul prevede mecanisme specifice ce obligă părțile la angajarea de negocieri sau există o prevedere legală în acest sens. Însă o atare negociere nu mai ține de mecanismul de formare al contractelor, ci poate viza cu precădere o reechilibrare a conținutului unui contract aflat în curs de execuție. De aceea suntem de părere că trebuie făcută o distincție între negocierea ca mecanism al formării contractelor și negocierea ca instrument de reechilibrare a conținutului contractual. Astfel, dacă în situația negocierii – mecanism de formare al contractului, în principiu nu s-ar impune sancțiuni în cazul nefinalizării acestora cu un contract, în cazul negocierilor – instrument de reechilibrare contractuală, nerealizarea echilibrului scontat va atrage competența instanțelor de judecată. Cu alte cuvinte, părțile aflate într-o negociere ante contractuală nu au o obligație de a contracta, însă părțile aflate într-o negociere de reechilibrare contractuală au obligația de a depune toate diligențele de a ajunge la scopul urmărit.

În unele cazuri, în vederea pregătirii contractului sau contractelor ce se intenționează a se încheia de către părțile ce iau parte la negociere, este posibilă încheierea unor acte intermediare denumite și acte preparatorii⁵. În contextul negocierilor, care pot fi uneori extrem de complexe și care se pot întinde pe o perioadă considerabilă de timp, părțile ce iau parte la acestea pot consfinți înțelegerile cu privire la aspecte punctuale câștigate în timpul negocierilor în acte unilaterale sau contracte. De asemenea, actele preparatorii pot reprezenta și condiții precedente la contractul ce urmează a fi încheiat de părțile aflate la negociere. În acest sens, în categoria actelor preparatorii am putea include printre altele contractul – cadru, memorandumul de înțelegere și scrisoarea de intenție sau de angajament.

Așa cum se poate observa din cele de mai sus, actele preparatorii sunt uneori contracte de sine stătătoare care la rândul lor pot fi susceptibile de negociere. Particularitatea actelor preparatorii este aceea că ele, la momentul încheierii contractului în vedere căruia sunt pregătite, sunt absorbite de acesta sau își încetează efectele. În egală măsură este posibil ca respectivele acte

⁵ Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 95

preparatorii să își continue existența și ulterior încheierii contractului în cauză fapt ce poate da naștere la anumite complicații în executare. În acest sens menționăm că anumite acte preparatorii ar putea prevedea anumite interdicții pentru părți pe perioada negocierilor iar o eventuală supraviețuire a acestor acte ulterior încheierii contractului ar putea veni în contradicție cu însăși obiectul contractului rezulta în urma negocierilor. De aceea considerăm că pentru contextul anterior două tipuri de abordări: una convențională iar alta legislativă.

Pe de o parte, părțile la negocieri și la contractul rezultat în urma acestor negocieri ar putea prevedea fie anularea actelor preparatorii la momentul încheierii actului principal, fie absorbirea actelor preparatorii în contractul principal prin anexare sau prin trimeri făcute în acest contract la respectivele acte preparatorii. Exercițiul de absorbție nu ar conduce *per se* la eliminarea contradicțiilor dintre actele preparatorii și contract însă ar da astfel părților posibilitatea să revizuiască întregul ansamblu documentar al raportului lor contractual și să elimine punctele aflate în contradicție.

Pe de altă parte ar exista posibilitatea intervenției legiuitorului în sensul extinderii cadrului de reglementare al negocierii prin includerea unor mecanisme și prevederi concrete cu privire la calificarea unor acte ca fiind acte preparatorii și soarta acestora în situația în care negocierea se finalizează cu un contract sau nu.

3.1. Obligația precontractuală de informare

O altă particularitate a mecanismului de formare al contractului prin metoda negocierii îl reprezintă obligația de informare. O atare obligație rezultă implicit atât din mecanica negocierii, în situația în care părțile nu au toate informațiile necesare putându-se reține eroarea ca viciu de consimțământ, cât și din prevederile art. 1183 C. civ.

Pe măsura dezvoltării raporturilor contractuale, s-a impus ca instituție de sine stătătoare obligația de informare ce funcționează între părțile contractante. Rolul unei atare obligații este a asigura egalitatea cocontractanților încă din faza încheierii contractului⁶, reprezentând o reflectare a obligației mai generale de loialitate, care guvernează materia contractelor⁷. În acest sens se vorbește de obligația pozitivă de informare, în concurs cu obligația negativă de a nu induce în eroare⁸. Executarea cu bună credință a obligației de negociere implică, în primul rând, așa cum s-a arătat, obligația de informare bazată pe buna credință.

⁶ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD nr. 2/1997, p. 378-379, apud. de D. Chirică, în *Obligația de informare și efectele ei în faza precontractuală a vânzării-cumpărării*, Revista de Drept Comercial, nr. 7-8/1999, p. 50

⁷ Fr. Collart Dutilleul, Ph. Delebeque, *Contrats civils et commerciaux*, 4^e ed., Dalloz, 1998, p. 173, citat de D. Chirică, în *op. cit.*, p. 50.

⁸ J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD nr. 2/1994, p. 242

O primă aplicație a acesteia s-a reținut în doctrină ca fiind făcută de către jurisprudența germană, într-o decizie a Tribunalului Imperial din 1903, unde s-a statuat că: „după regulile bunei credințe, vânzătorul are obligația de a aduce la cunoștința cumpărătorului toate circumstanțele pe care le cunoaște, și care în urma unei aprecieri rezonabile, se constată că pot avea o importanță considerabilă asupra intenției de a cumpăra a cumpărătorului”⁹.

În încercarea de a determina elementele care reclamă această obligație, în literatura germană s-a indicat în primul rând, necesitatea de a proteja una dintre părți, aflată într-o poziție inferioară prin lipsa de experiență, vârstă, situație socială sau familială, iar în al doilea rând dezechilibrul din repartizarea informației – una dintre părți putându-se afla în posesia unor informații de altfel indisponibile celeilalte părți. Obligației de informare rezultă pe de-o parte în inegalitatea de putere între părți din punct de vedere informațional, cel puțin în faza precontractuală, iar pe de altă parte, constituie un remediu al limitelor teoriei clasice al viciilor de consimțământ¹⁰.

În literatura de specialitate mai veche, tăcerea privind elementele hotărâtoare la încheierea contractului nu a fost recunoscută ca viciu de consimțământ decât în mod excepțional¹¹. Uneori pentru sancționarea reticenței dolosive s-a încercat sancționarea acesteia pe principiul bunei credințe, considerându-se că trebuie considerat dol reticent fiecare situație în care tăcerea voluntară a contractantului nu este de bună credință iar cealaltă parte este îndreptățită să conteze pe o asemenea buna credință¹². O altă justificare a fost întemeiată pe ideea obligației precontractuale de informare izvorâta din obligația de bună credință¹³. În literatura franceză, s-a afirmat că nu este necesar ca legea să prevadă obligația de informare pentru a putea fi sancționată reticența, existând în sarcina debitorului o obligație minimă de a se informa. S-a susținut de asemenea, că ignoranța victimei trebuie să fie legitimă, propunându-se în acest sens un criteriu de distincție, în principal, fiecare trebuie să se intereseze cu privire la faptele de natură a-l interesa, însă obligația de informare există numai dacă accesul creditorului la informație este mai costisitor decât al debitorului.

Obligația de informare este obligația de a comunica creditorului acestei obligații, un minimum de cunoștințe necesare unui consimțământ valid la

⁹ B Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats*, Dalloz, 2001, p. 1318

¹⁰ V. Pătulea, *Obligația de informare în formarea contractelor*, R. D. C. nr. 6/1998, p. 76 și urm

¹¹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. 2, Ed. All București, 1998, p. 504; „simpla alegațiune mincinoasă nu este constitutivă de dol”, Curtea de Apel București, decizia nr. 23/192

¹² D. Cosma, Notă la decizia civilă nr. 658/1971 Tribunalului Suprem, în R. R. D. nr. 7/1972, p. 118

¹³ Fr. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 1999, p. 217

încheierea contractului, executării în condiții bune a contractului sau folosirii produsului/serviciului în mod corespunzător.

În doctrina română¹⁴, cu referire la raporturile din dreptul comerțului internațional, s-a subliniat faptul că aceste informații trebuie să fie relevante, adică de natură a influența hotărârea părții, în sensul încheierii contractului. În lipsa unei atare condiții, neinformarea partenerului contractual cu privire la toate detaliile nu este contrară bunei credințe, dacă acesta ar fi putut, pe baza propriilor investigații să ia cunoștință de datele pertinente.

Cu privire la natura obligației de informare, s-a susținut că aceasta cuprinde, o obligație de rezultat ce ține de transmiterea informațiilor către creditor și o obligație de diligență cu privire la maniera de transmiterea a informațiilor astfel încât ele să fie înțelese de creditor¹⁵. Negociatorul este dator să furnizeze partenerului toate informațiile pe care le posedă și care ar putea fi determinante pentru partener în luarea hotărârii de a încheia contractul.

Conținutul obligației de informare este variabil și diferă prin raportare la părțile contractante, obiectul contractului și contextul economic. Există tipuri de contracte în care este necesară transmiterea informațiilor în momentul încheierii contractelor cum ar fi contractul de franciză, contractul de asigurare și contractele de credit încheiate cu consumatorii.

Având în vedere cele de mai sus precum și importanța pe care o prezintă această obligație pentru întregul mecanism contractual, se impune o reglementare expresă a acestei instituții din partea legiuitorului.

4. Clauzele standard

Conform art. 1202 C. civ., sunt considerate clauze standard prevederile contractuale stabilite în prealabili de către una dintre părți pentru a fi utilizate în mod general și repetat și care sunt incluse în contract fără să fi fost negociată în prealabil cu cealaltă parte.

Așa cum s-a exprimat în doctrină, clauzele standard sunt specifice contractelor de adeziune¹⁶. În ceea ce ne privește, considerăm că acest tip de clauze sunt specifice raporturilor contractuale în intermediul cărora există o parte cu putere superioară de negociere.

Pentru a fi calificată ca atare o clauză trebuie să fie utilizată în mod general și repetat de către parte care o propune, în raporturile contractuale pe care aceasta le încheie. Caracterul general al clauzei standard s-ar traduce prin faptul că aceasta este folosită de către partea care o propune, în relație cu oricare dintre cocontractanți, fie el profesionist sau nu, iar caracterul repetat rezultă din frecvența cu care apare o atare clauză în contractele celui ce o propune. În ceea

¹⁴ S. Deleanu, *Scrisorile de intenții*, RDC nr. 1/1995, p. 110 și urm

¹⁵ J. Goicovici, *Acordul de principiu*, Dreptul nr. 4/2002, p. 52 și urm

¹⁶ Adriana Almășan, *Discuții cu referire la clauzele neesențiale, neuzuale, standard și externe în procesul încheierii contractelor, în reglementarea Codului civil*, Revista Dreptul nr. 9/2014, p. 139

ce privește caracterul prealabil acesta nu vizează momentul imediat anterior formării contractului, ci se referă la faptul că respectiva clauză standard a fost stabilită de către partea care o propune cu mult timp înaintea existenței chiar a intenției de a contracta.

Prin urmare, clauzele standard au patru caracteristici principale: sunt anterioare ca formare momentului existenței ofertei de a contracta, sunt folosite în raport cu toate tipurile de cocontractanți ai părții ce o propune, se regăsește cu titlu regulat în contractele pe care partea care o propune le încheie și nu face obiectul unor negocierii.

Cu toate acestea se pune întrebarea, ce se va întâmpla în situația în care la același moment în timp, cel ce propune o anumită clauză, o folosește într-un număr însemnat de contracte încheiate cu un număr determinat de cocontractanți? În acest scenariu suntem de părere că respectiva clauză trebuie tratată ca și clauză standard pentru următoarele motive: (i) clauza astfel propuse este anterioară oricăruia dintre contractele astfel încheiate, (ii) aceasta îndeplinește caracterul de a fi generală, generalitate ne fiind definită printr-un test numeric al cocontractanților în raport cu care se folosește și (iii) clauza va îndeplini condiția de a fi folosită în mod repetat chiar și în raport cu primul contract în care ea se regăsește deoarece, în scenariul dat, toate contractele fiind încheiate în același timp, nu se poate stabili care dintre contracte a fost anterior celuilalt.

În ceea ce privește condiția ca o clauză standard să nu fie negociată menționăm că de cele mai multe ori în cadrul negocierilor, propunerea de contract emană în general de la una dintre părți și există posibilitatea ca cealaltă parte să accepte formulările propuse fără alte modificări. În acest context nu ne mai aflăm în situația unor clauze standard deoarece partea acceptantă nu se mai află în fața unui fapt împlinit, ca în cazul avut în vedere de clauzele standard, ci pur și simplu a refuzat, deși avea posibilitatea, să aducă vreo alterare textului propus de cocontractantul său.

De asemenea, suntem de părere că în analiza caracterului negociat sau nu a unei anumite clauze contractuale trebuie avut în vedere întreg ansamblul contractual. Deși la o primă vedere o anumită clauză ce nu a făcut obiectul negocierii ar putea apărea ca fiind o clauză standard, putem constata din analiza întregului contract că respectiva clauză este în fapt un element care vine să contrabalanseze întregul echilibru contractual și prin urmare nu ar trebui să se supună regimului clauzelor standard. Ori optica legiuitorului cu privire la clauzele standard a pornit de la ideea că prin clauzele standard s-ar putea produce dezechilibre contractuale.

Ca o particularitate a clauzelor standard, menționăm prevederile art. 1202 alin. (4) C. civ. care reglementează situația folosirii de către ambele părți contractante de clauze standard. Atunci când ambele părți folosesc clauze standard și nu ajung la o înțelegere cu privire la acestea, contractul se încheie

totuși pe baza clauzelor convenite și a oricăror clauze standard comune în substanța lor, cu excepția cazului în care una dintre părți notifică celeilalte părți, fie anterior momentului încheierii contractului, fie ulterior și de îndată, că nu intenționează să fie ținută de un astfel de contract. Într-un atare scenariu obligația asumată de cealaltă parte se află sub condiție pur potestativă întrucât manifestare de voință a celeilalte părți poate surveni ulterior încheierii contractului¹⁷. Important de adăugat este faptul că prin comunicarea de denunțare a contractului făcută conform art. 1202 alin. (4) nu vor fi afectate doar clauzele de care cel ce denunță contractul nu dorește a fi ținut, ci contractul în ansamblul său.

5. Clauzele neuzuale

Codul civil definește clauzele neuzuale ca fiind acele clauze standard care prevăd în folosul celui care le propune limitarea răspunderii, dreptul de a denunța unilateral contractul, de a suspenda executarea obligațiilor sau care prevăd în detrimentul celeilalte părți decăderea din drepturi ori din beneficiul termenului, limitarea dreptului de a opune excepții, restrângerea libertății de a contracta cu alte persoane, reînnoirea tacită a contractului, legea aplicabilă, clauze compromisorii sau prin care se derogă de la normele privitoare la competența instanțelor judecătorești. Aceste clauze trebuie acceptate în mod expres, în scris, de cealaltă parte, pentru a produce efecte.

Reglementarea cu titlu general a clauzelor neuzuale în sistemul de drept românesc prezintă caracter de noutate și reflectă preocuparea legiuitorului pentru acest domeniu, preocupare care se manifestă și în alte sisteme de drept¹⁸. În ceea ce privește reglementarea art. 1203 C. civ., acesta reprezintă o preluare fidelă a art. 1341 alin. (2) C. civ. it.

În ceea ce privește abordările la nivel european acestea tind să se împartă în două categorii. Avem pe de o parte reglementările suplă care au în vedere doar enumerarea criteriilor generale care vor fi avute în vedere calificării anumitor clauze ca fiind neuzuale. În acest sens menționăm principiile UNIDROIT care reține drept criterii de apreciere a unei clauze ca fiind neuzuală, conținutul, redactarea sau limba utilizată, precum și modul de prezentare a acesteia. Pe de altă parte există abordarea enumerării în detaliu a clauzelor standard sau neuzuale, clauze care de altfel trebuie acceptate expres de partea vizată. Acest tip de abordare a fost și cel preluat în reglementarea din Codul civil român.

¹⁷ I. Turcu, *Noul Cod civil republicat, Cartea a V-a, Despre obligații, Art. 1164-1649*, Ed. C.H. Beck, ediția a doua, București, 2011, p. 200

¹⁸ Principiile dreptului european al contractelor (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf accesat în 19 ianuarie 2015), Principiile UNIDROIT (<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> accesat în 19 ianuarie 2015)

În ceea ce privește clauzele neuzuale în Codul civil actual, acestea reprezintă o specie a clauzelor standard, prin urmare și clauzele neuzuale trebuie să respecte condițiile aplicabile clauzelor standard respectiv, trebuie să fie stabilite în prealabil de către una dintre părțile contractante, pentru a fi utilizată în mod general și repetat și nu fac obiectul negocierii cu cealaltă parte contractantă. În măsura în care clauzele neuzuale fac obiectul unor negocieri, negocieri care nu trebuie să se materializeze în mod necesar prin modificări ale formei clauzei propuse de una dintre părți, atunci nu ne mai aflăm în prezența unor clauze neuzuale, prin urmare cerința acceptării exprese și în scris ne mai fiind necesară.

În ceea ce privește enumerarea clauzelor considerate de art. 1203 C. civ. ca fiind abuzive, doctrina a avut două abordări. Pe de o parte s-a susținut că enumerarea respectivă este una cu caracter eminamente exemplificativ iar pe de altă parte enumerarea a fost considerată una cât se poate de restrictivă.

În aceste sens, adepții primei teorii¹⁹ au susținut că enumerare acestor clauze nu face decât să prezume stipulațiile care se încadrează într-una dintre categoriile indicate în art. 1203 C. civ., ca fiind lipsite de transparență, în acest sens rolul enumerării fiind de a ușura probarea caracterului abuziv al acestora. Adepții celei de-a doua teorii²⁰ care susțin caracterul limitativ al enumerării ar putea să se prevaleze de jurisprudența formată cu privire la articolul omonim din legislația italiană pe marginea căruia instanțele au stabilit că enumerare are un caracter restrictiv. Reamintim în acest sens că formularea art. 1203 C. civ. rom. a fost preluată mutatis mutandis din art. 1341 C. civ. it. În opinia acestora, ori de câte ori suntem în prezența unei clauze stabilite în prealabil de una dintre părți pentru a fi folosită în mod general și repetat și care este inclusă în contract fără să facă obiectul unor negocieri, clauză standard care nu face parte dintre cele enumerate în art. 1203, acestea vor produce efecte fără a fi necesară acceptarea expresă în scris.

În ceea ce ne privește suntem de părere că enumerarea făcută de art. 1203 este una limitativă pentru următoarele motive: a) urmările practice ale acceptării opiniei conform căreia enumerarea ar fi una exemplificative ar fi greu de gestionat din perspectiva stabilirii cu certitudine a raporturilor dintre părți la momentul cât și ulterior încheierii contractului, cât și din punct de vedere al predictibilității modului în care s-ar putea soluționa anumite litigii ce ar viza clauzele neuzuale²¹ și b) intenția legiuitorului a fost aceea de a acoperi prin

¹⁹ Liviu Pop, Ionuț Florin Popa, Stelian Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universului Juridic, București, 2012 p. 125 și urm.

²⁰ Flavius-Antoniu Baias, Rodica Constantinovici, Eugen Chelaru, Ioan Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. I, Ed. C.H. Beck, București, 2012.

²¹ C. Popa, C. Tăbîrța, *Considerații privind reglementarea noului Cod civil asupra clauzelor neuzuale*, Revista Română de Dreptul Afacerilor, nr. 3/2013, Ed. Wolters Kluwer, București, 2013, p. 85;

prevederile din art. 1202-1203 C. civ. acea zonă gri a clauzelor ce ar conduce la dezechilibre contractuale semnificative care excedă sferei legislației protecției consumatorilor; în acest sens enumerarea din art. 1203 reprezintă excepția în materia acestui domeniu al clauze abuzive și indică în mod expres acele prevederi contractuale care sunt de natură a dezechilibra în mod semnificativ balanța contractuală și care reclamă în mod expres consimțământul explicit a părții ale cărei interese ar fi afectate prin acestea.

5.1. Acceptarea expresă și în scris

Acceptarea expresă și în scris a clauzelor neuzuale comportă o dublă analiză și anume: a) sub aspectul conținutului declarației de acceptare și b) sub aspectul poziționării declarației de acceptare în economia contractului.

Cu privire la conținutul declarației de acceptare putem distinge mai multe posibile abordări. În acest sens menționăm:

(i) posibilitatea acceptării generice a clauzelor neuzuale prevăzute în contract. O atare abordare însă nu ar asigura respectarea pe deplin a prevederilor art. 1203 C. civ., în primul rând că nu ar putea să se facă o verificare concretă a clauzelor pe care partea dezavantajată a înțeles să le accepte. O acceptare generică cu privire la clauzele neuzuale, considerăm că ar fi superfluă deoarece singurul efect al acesteia ar fi acela că partea dezavantajată afirmă că dorește să execute contractul, fapt ce nu echivalează cu o acceptare expresă, punctuală, de netăgăduit a clauzelor neuzuale. Mai mult, suntem de părere că acceptarea generică a clauzelor neuzuale pierde din vedere însăși scopul art. 1203 care urmărește să evidențieze suplimentar clauzele care ar putea să creeze o situație de dezavantaj pentru partea care le acceptă. Ori o atare subliniere nu vizează doar clauzele în sine, ci însăși obligația de informare pe care o are partea care propune clauzele către partea care le acceptă;

(ii) posibilitatea retranscrierii integrale a clauzelor neuzuale în contract fie la finele acestuia fie într-un document separat. Problemele pe care le ridică această abordare sunt în principal unele de ordin practic și uneori ar pute fi derutant ca o clauză să se regăsească în același contract (*instrumentum*) de două ori. Cu toate acestea suntem de părere că această abordare se apropie cel mai mult de spiritul reglementărilor din art. 1203 deoarece în acest mod se atrage atenția nu doar asupra esenței clauzei neuzuale, ci și asupra limbajului folosit în redactarea acesteia. O asemenea abordare, deși mai puțin comodă asigură o mai bună protecție inclusiv pentru partea care propune clauzele neuzuale.

(iii) o ultimă abordare o reprezintă includerea în declarație a numărului de ordine al clauzelor neuzuale din contract și/sau titlurile clauzelor neuzuale după caz. Deși această abordare are meritul de a concilia aspectele practice ale acceptării exprese a clauzelor neuzuale, considerăm ca nu este la adăpost de orice critică. Așa cum menționam mai sus, suntem de părere că spiritul art. 1203 C. civ. este dat de sublinierea și evidențierea condițiilor dezavantajoase pentru

acceptantul acestora prin repetarea în mod particular și separat de corpul contractului. Simpla repetarea a unor referite numerice sau titluri nu ar fi de natură a determina, în mod automat, analiza suplimentară a respectivelor clauze.

În ceea ce privește poziția declarației de acceptare, doctrina a propus două abordări cu privire la problema poziționării declarației de acceptare în economia contractului și anume: a) la sfârșitul contractului după blocul de semnături sau b) în corpul contractului înainte de blocul de semnături²².

În prima abordare, declarația de acceptare făcută de către acceptantul clauzelor neuzuale urmează a se regăsi după blocul de semnături care vizează corpul contractului. Acceptarea va apărea astfel ca o anexa la contractul principal, anexă ce va purta propriul set de semnături. Această abordare a fost adoptată și de jurisprudența italiană dezvoltată pe marginea art. 1341 C. civ. it. În acest sens instanțele italiene au statuat că, clauzele neuzuale trebuie acceptate în scris, în mod specific, ulterior și separat de contractul din care acesta face parte²³.

În cea de-a doua abordare, declarația se regăsește în corpul contractului și face trunchi comun cu acesta, atât contractul cât și acceptarea trăgându-și validitatea dintr-un singur consimțământ. Este discutabil dacă o atare practică ar fi de natură a respecta condițiile de acceptare expresă și în scris impuse de art. 1203. Aceasta deoarece identitate de consimțământ dat pentru contract și declarație din partea acceptantului nu echivalează în mod automat cu acceptarea expresă a clauzelor neuzuale. În mod practic, de cele mai multe ori consimțământul se manifestă în contextul economic actual prin semnăturile aplicate de părțile contractante pe contract, ori în cazul în care avem un singur set de semnături pe contract și declarație nu considerăm că se respectă condiția de acceptare expresă a clauzelor neuzuale. Art. 1203 a urmărit ca în ceea ce privește consimțământul acceptantului acesta să fie de două ori mai puternic în cazul acceptării clauzelor neuzuale decât în cazul acceptării celorlalte clauze obișnuite ale contractului.

²² C. Popa, C. Tăbîrța, *op. cit.*, p. 86

²³ *Ibidem*, p. 86-87

CONSIDERAȚII ASUPRA REGLEMENTĂRII POLITICII DE PROTECȚIE A CONSUMATORILOR

Petruța-Elena ISPAS*

Abstract:

In Romania, consumer protection policy is in continuous development. Currently, national law complies to the European standards and relevant competent authority tries to implement all the changes adopted at European level. To talk about consumer protection at national level, we will try to analyze the normative acts adopted in Romania, trying to high light issues that we consider relevant and also to criticize all the aspects irrelevant regarding the consumer protection policy.

Keywords: *consumer, protection, national law, European law.*

Dacă privim în trecut, nu întotdeauna în România a existat o politică de protecție a consumatorilor. Pe plan național, au început să apară progrese după prima evaluare a Comisiei Europene din 1997 cu privire la aderarea României la UE¹. Progresele au constat în procesul de armonizare a legislației existente în România cu legislația adoptată la nivelul UE, dificultăți fiind înregistrate în legătură cu implementarea *acquis*-ului comunitar, țara noastră nedisponând de resurse umane și financiare, care sunt atât de importante în încercarea unei țări de a implementa o politică atât de complexă precum cea privind protecția consumatorilor. La nivelul anului 2005, înainte de aderarea României la UE, s-a apreciat că „nici legislația adoptată într-un ritm destul de alert în ultimii ani nu este completă și necesită amendamente și noi reglementări concordante cu legislația comunitară introdusă recent. Alinierea legislației românește s-a făcut la început pe baza prevederilor Acordului European de Asociere și ulterior pe baza angajamentelor luate în cadrul capitolului de negociere, încheiat provizoriu în 2003 fără angajamente tranziționale solicitate de România”².

În Capitolele de negociere privind aderarea României la UE, s-a arătat că „Protecția consumatorilor trebuie privită ca o politică orizontală al cărei scop este promovarea intereselor consumatorilor atunci când se elaborează politica referitoare la piața internă și celelalte politici comunitare. Înțelegerea și implementarea politicii de protecție a consumatorilor se dovedesc a fi de o

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Titu Maiorescu”, București.

¹ Pentru detalii, a se vedea „Politica privind protecția consumatorilor”, lucrare elaborată în cadrul Proiectului Phare RO-2002/000-586.03.01.04.02- „Formare inițială în afaceri europene pentru funcționarii publici din administrația publică centrală” implementat de Institutul European din România în colaborare cu EUROMED – Euro Mediterranean Networks din Belgia în anul 2005, Institutul European din România, 2005, p. 19.

² *Ibidem*, p. 19.

importanță deosebită pentru economiile aflate în tranziție (de la economia de stat la economia de piață), cum este cazul celor mai multe țări candidate. Armonizarea regulilor privind protecția consumatorilor este un alt element esențial în eliminarea barierelor comerciale și asigurarea unui spațiu economic integrat, unde serviciile și bunurile pot circula la același standard de siguranță și calitate și unde consumatorii pot beneficia de un nivel la fel de înalt de protecție a drepturilor lor”.

În același document s-a reținut faptul că *”asigurarea acestor standarde și eliminarea barierelor comerciale sunt de o importanță deosebită în țările candidate la aderare. De fapt, în aceste țări, nevoia de a acorda drepturi consumatorilor și de a asigura o concurență și o circulație a bunurilor libere este chiar mai mare decât în UE. Consiliul de la Copenhaga a recunoscut în mod clar importanța armonizării acquis-ului în domeniul protecției consumatorilor, considerându-l o prioritate evidentă în procesul de aderare și în Acordurile de Asociere, care pot fi considerate un prim pas al procesului de aderare și baza extinderii Pieței interne la țările candidate, nevoia de a armoniza regulile de protecție a consumatorilor este foarte clar precizată”³.*

Față de cele semnalate în doctrină, observăm că în capitolele de negociere sunt punctate și dezvoltate mai multe aspecte care țin de politica de protecție a consumatorilor, respectiv: în primul rând, prin politica de protecție a consumatorilor se urmărește promovarea intereselor consumatorilor când se are în vedere elaborarea acesteia; în economiile aflate în stare de tranziție, așa cum era economia României la nivelul anului 2007, este esențial să se înțeleagă și să se implementeze o atare politică ce are ca obiectiv principal protejarea consumatorilor de oricare riscuri care ar putea lua naștere împotriva lor; asigurarea unui spațiu economic în care serviciile și bunurile circulă la un standard de siguranță identic și unde consumatorii beneficiază de un nivel înalt de protecție a drepturilor lor reprezintă elementele esențiale ale asigurării aplicării corespunzătoare a politicii privind protecția consumatorilor.

Trecând de aspectele și problemele care au fost importante înainte de momentul aderării României la UE și imediat după aderare, la momentul actual, există, în opinia noastră, un cadru legislativ bine pus la punct; cu toate acestea, simpla existență a unui cadru legislativ nu înseamnă că politica de protecție a consumatorilor este un garant suprem al respectării drepturilor consumatorilor. Ca în oricare ordine juridică internă, și în România există anumite probleme care pot fi legate de gradul de informare a consumatorilor, de probitatea autorităților competente în domeniu și nu în ultimul rând de colaborarea dintre instituțiile UE și autoritățile naționale.

³ „Aderarea României la Uniunea Europeană: Capitolele de negociere”, *Teme europene, European Issues*, nr. 20 din aprilie 2007, document consultat la adresa: http://ec.europa.eu/romania/documents/eu_romania/tema_20.pdf, p. 16.

În anul 1992 a fost adoptată Ordonanța 21/1992 privind protecția consumatorilor⁴, arătându-se în Capitolul I – Dispoziții generale că „Statul, prin mijloacele prevăzute de lege, protejează cetățenii în calitatea lor de consumatori, asigurând cadrul necesar accesului neîngrădit la produse și servicii, informării lor complete despre caracteristicile esențiale ale acestora, apărării și asigurării drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice împotriva unor practici incorecte, participării acestora la fundamentarea și luarea deciziilor ce îi interesează în calitate de consumatori”⁵. Cu toate că textul de lege mai sus citat nu menționează explicit termenul de *politică dezvoltată de România în domeniul protecției consumatorilor*, este evident că OG 21/1992 reprezintă actul normativ național care reglementează acest aspect. Politica de protecție a consumatorilor reprezintă, de fapt, acțiunile întreprinse de state în vederea protejării propriilor cetățeni în calitatea lor de consumatori prin întreprinderea de acțiuni specifice de stat prin intermediul organismelor cu competențe în domeniu. Astfel, dispozițiile legale arătate mai sus reprezintă introducerea în dreptul intern a politicii de protecție a consumatorilor.

În ceea ce privește noțiunea de consumator, OG 21/1992 prevede că este consumator „orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale”⁶.

Spre deosebire de alte țări europene, în România protecția consumatorilor nu își găsește reglementarea în legea fundamentală. În doctrină, s-a arătat că „deși dreptul consumatorului la protecție nu face parte din drepturile și libertățile economice „tradiționale” (cum sunt dreptul de proprietate sau libertatea comerțului), fiind dezvoltat relativ recent, subiectul este, în prezent, unul hipersensibil, iar în acest context se pune problema dacă el poate penetra structura actualelor texte constituționale”⁷. Cu toate că în unele state reglementarea constituțională nu este una foarte generoasă, cel puțin această reglementare există chiar dacă nu la nivelul la care politica de protecție a consumatorilor este tratată la nivelul UE⁸. Chiar dacă în România protecția consumatorului nu și-a găsit reglementarea în Constituție, așa cum am arătat mai sus, prin OG 21/1992 se asigură cadrul juridic național în domeniu. Mai

⁴ O.G. nr. 21/1992 republicată a fost publicată în M. Of. nr. 208 din 28 martie 2007 și modificată după cum urmează: prin Legea 363/2007 din 31 decembrie 2007 (publicată în M. Of. nr. 899/2007), prin O.U.G. nr. 174/2008 din 27 decembrie 2008 (publicată în M. Of. nr. 795/2008) și prin O.U.G. nr. 71/2011 din 1 ianuarie 2012 (publicată în M. Of. nr. 637/2011).

⁵ O.G. nr. 21/1992, *doc. cit.*, art. 1 alin. (1).

⁶ *Ibidem*, art. 2 pct. 1.

⁷ L. Bercea, “Protecția consumatorului ca valoare constituțională” în *Pandectele Române* nr. 12/2011, Ed. WoltersKluwer, p. 35.

⁸ *Ibidem*, p. 37.

mult decât atât, prin adoptarea Legii 296/2004⁹ privind Codul consumului, au fost reglementate mai multe aspecte ce țin de protecția consumatorului, aspecte pe care le vom trata în cele ce urmează.

Noțiunea de consumator, în lipsa unei reglementări constituționale, a fost analizată în doctrină din perspectiva mai multor ramuri ale dreptului, ajungându-se la concluzia că *„metoda de europenizare a noțiunilor poate fi observată și mai clar în privința noțiunii de consumator în măsura în care este vorba de o apropiere de ansamblu a noțiunii de către dreptul procedural european... Noțiunea de consumator confirmă faptul că există o încadrare în materie civilă din partea dreptului internațional privat comunitar. Întrebarea care apare atunci se referă la impactul acestei încadrări asupra materiei civile înseși. De fapt, dacă textele europene de drept internațional privat consideră, spre exemplu, consumatorul într-un sens diferit de cel reținut de materia civilă, încadrarea civilă efectuată de dreptul procedural ar scoate în evidență relativitatea noțiunilor”*¹⁰.

Așa cum s-a reținut și în doctrină, legislația protecției consumatorilor are ca beneficiar *„consumatorul, considerat partea mai slabă în contract, parte care poate fi prejudiciată în drepturile și interesele sale legitime prin impunerea sau practicarea de către operatorii economici, a unor practici comerciale neonestе. Legea îi conferă consumatorului, de multe ori prin derogare de la dreptul comun, protecție în raporturile juridice pe care acesta le întreține cu operatorii economici, precum și o serie de drepturi cu caracter exorbitant, cum ar fi dreptul la anularea/rezilierea unei clauze contractuale abuzive”*¹¹.

Indiferent de opiniile exprimate în doctrină cu privire la modalitatea de reglementare a domeniului protecției consumatorului, de analiza noțiunii de consumator, de aspectele legate de nereglementarea în legea fundamentală a României, toate părerile exprimate în domeniu conduc la o singură concluzie și anume că statul acordă consumatorilor un statut privilegiat, apărându-i de eventualele prejudicii care i-ar putea afecta și depunând toate eforturile, în măsura în care este posibil, să asigure pentru consumatori un cadru legal prin intermediul căruia consumatorii își pot apăra drepturile și interesele legitime.

În ceea ce privește principalele drepturi acordate consumatorilor prin intermediul actelor normative adoptate de legiuitorul român, acestea sunt următoarele: *„a) de a fi protejați împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le afecteze drepturile și interesele legitime; b) de a fi informați*

⁹ Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului (M. Of. nr. 224 din 24 martie 2008) și modificată prin Legea nr. 161/2010 (M. Of. nr. 497/2010).

¹⁰ K. Garcia, *Definiția consumatorului și încadrarea acțiunilor contractuale și non-contractuale*, în *Pandectele Săptămânale* nr. 7/2011, p. 4.

¹¹ Gh. Piperea, *Protecția consumatorilor în contractele comerciale*, în *RRDA* nr. 4/2008, p. 13-14.

complet, corect și precis asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor, astfel încât decizia pe care o adoptă în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor, precum și de a fi educați în calitatea lor de consumatori; c) de a avea acces la piețe care le asigură o gamă variată de produse și servicii de calitate; d) de a fi despăgubiți pentru pagubele generate de calitatea necorespunzătoare a produselor și serviciilor, folosind în acest scop mijloace prevăzute de lege; e) de a se organiza în asociații de consumatori, în scopul apărării intereselor lor”¹².

Legea 296/2008 privind Codul consumului stabilește în favoarea consumatorilor următoarele drepturi: „a) de a fi protejați împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le aducă atingere drepturilor și intereselor legitime; b) de a fi informați complet, corect și precis, asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor, astfel încât decizia pe care o adoptă în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor, precum și de a fi educați în calitatea lor de consumatori; c) de a avea acces la piețe care le asigură o gamă variată de produse și servicii de calitate; d) de a fi despăgubiți în mod real și corespunzător pentru pagubele generate de calitatea necorespunzătoare a produselor și serviciilor, folosind în acest scop mijloace prevăzute de lege; e) de a se organiza în asociații ale consumatorilor, în scopul apărării drepturilor și intereselor lor; f) de a refuza încheierea contractelor care cuprind clauze abuzive, conform prevederilor legale în vigoare; g) de a nu li se interzice de către un operator economic să obțină un beneficiu prevăzut în mod expres de lege”¹³.

După cum se poate observa din dispozițiile citate din cele două acte normative care reglementează domeniul protecției consumatorilor, Codul consumului preia primele cinci drepturi stabilite de către OG 21/1992 în mod identic, stabilind suplimentar două drepturi în favoarea consumatorilor. În privința acestei reglementări, avem de formulat câteva comentarii. Apreciem că reglementarea identică a drepturilor consumatorilor în două acte normative distincte nu își găsește rostul, legiuitorul putând ca la adoptarea celui de-al doilea act normativ să facă trimitere la prevederile actului normativ în vigoare. O astfel de reglementare, deși nu este cazul în domeniul analizat de noi, poate conduce la confuzii dacă al doilea act normativ analizat cuprinde mai puține drepturi decât primul, în sensul că se poate interpreta că drepturile prevăzute în mod suplimentar în primul act normativ nu mai sunt aplicabile într-un domeniu dat.

În opinia noastră, simplificarea legislației și încercarea de clarificare a noțiunilor referitoare la protecția consumatorilor, dar și încercarea de a nu

¹² O.G. nr. 21/1992, *doc. cit.*, art. 3.

¹³ Legea nr. 294/2008, *doc. cit.*, art. 27.

reglementa de mai multe ori același aspect, ar fi de natură să ajute statul prin intermediul autorităților competente să își atingă scopul stabilit în domeniul protecției consumatorilor. O reglementare clară și simplă nu poate lăsa loc interpretărilor, asigurând statului mijloacele necesare în vederea garantării unui nivel ridicat de protecție a consumatorilor. În vederea protejării vieții, sănătății și securității consumatorilor, „se interzice comercializarea de produse sau prestarea de servicii care, utilizate în condiții normale, pot pune în pericol viața, sănătatea sau securitatea consumatorilor. Se interzic producerea, importul și comercializarea produselor falsificate sau contrafăcute”¹⁴. În vederea îndeplinirii acestei protecții, „(1) Produsele se comercializează numai în cadrul termenului de valabilitate/datei de minimă durabilitate pentru produsele nealimentare sau al datei-limită de consum pentru produsele alimentare/datei durabilității minime stabilite de producător. (2) Se interzice modificarea termenului de valabilitate/datei de minimă durabilitate sau a datei-limită de consum/datei durabilității minime înscrise pe produs, pe etichetă, pe ambalaj sau, după caz, în documentele însoțitoare”¹⁵.

Cu ajutorul organismelor specializate din subordinea sa, Guvernul stabilește „norme și reglementări specifice sau le îmbunătățește pe cele existente, când se impune protecția vieții, sănătății sau securității consumatorilor, în următoarele cazuri: a) fabricarea, importul, conservarea, ambalarea, etichetarea, manipularea, transportul, depozitarea, pregătirea pentru vânzare și vânzarea produselor; b) furnizarea și utilizarea produselor, precum și prestarea serviciilor. (2) Normele și reglementările se referă la grupe de produse și servicii care, anual, sunt nominalizate și actualizate de către Guvern, dacă acest lucru se impune”¹⁶.

Astfel, pentru atingerea unui nivel înalt de siguranță, ca obiectiv al statului român, consumatorii sunt protejați prin intermediul instituirii unor interdicții cu privire la comercializarea produselor sau prestarea de servicii, prin reglementarea unor obligații generale cu privire la comercializarea produselor, dar și prin reglementarea unor drepturi specifice menite să protejeze consumatorii la încheierea contractelor. În ceea ce privește produsele alimentare și nealimentare, și modalitatea în care protecția consumatorilor este asigurată, prevederile OG 21/1992 sunt în următorul sens: „În cazul produselor și serviciilor alimentare, al produselor nealimentare pentru care producătorul stabilește termen de valabilitate/data de minimă durabilitate, care pot afecta viața sau sănătatea consumatorilor ori care prezintă abateri de la caracteristicile prescrise sau declarate, vânzătorul/prestatorul de servicii este obligat, la cererea consumatorului, să le înlocuiască de îndată, să le refacă sau să restituie contravaloarea acestora”¹⁷.

¹⁴ O.G. nr. 21/1992, *doc. cit.*, art. 4.

¹⁵ *Ibidem*, art. 5.

¹⁶ *Ibidem*, art. 6.

¹⁷ *Ibidem*, art. 14.

În opinia noastră, această reglementare este destul de simplistă având în vedere implicațiile pe care le poate avea comercializarea de produse alimentare care au depășit perioada de valabilitate și riscurile la care sunt expuși consumatorii prin consumul acestor produse. Din punctul nostru de vedere, articolul mai sus citat ar trebui completat în sensul introducerii unor prevederi suplimentare de natură să garanteze în mod real că operatorii economici sunt conștienți de riscurile la care îi expun pe consumatori; mai mult decât atât, cu toate că există un act normativ special referitor la sancțiunile aplicabile în caz de comercializare a produselor alimentare expirate¹⁸, asta nu justifică această reglementare foarte generală. Apreciem că atenția legiuitorului ar trebui să se centreze mai mult pe aspectele cele mai relevante, care pot da naștere unor reale riscuri la adresa sănătății consumatorilor. Un act normativ nu prezintă importanță sub aspectul său cantitativ, ci prin calitatea reglementării protecția consumatorului poate fi într-adevăr văzută ca o politică dezvoltată de statul român.

Tot ca măsuri de protecție a consumatorilor, au fost reglementate informarea și educarea acestora, consumatorii având dreptul *„de a fi informați în mod complet, corect și precis, asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor oferite de către operatorii economici, astfel încât să aibă posibilitatea de a face o alegere rațională, în conformitate cu interesele lor, între produsele și serviciile oferite și să fie în măsură să le utilizeze, potrivit destinației acestora, în deplină securitate”*¹⁹ și că *„informarea consumatorilor despre produsele și serviciile oferite se realizează, în mod obligatoriu, prin elemente de identificare și caracterizare ale acestora, care se înscriu în mod vizibil, lizibil, ușor de înțeles, într-o formă care să nu permită ștergerea și să nu fie inscripționate în locuri obscure, să nu fie întrerupte prin desen sau imagini, după caz, pe produs, etichetă, ambalaj de vânzare sau în cartea tehnică, contract, instrucțiunile de folosire ori altele asemenea, ce însoțesc produsul sau serviciul, în funcție de natura acestuia”*²⁰.

Aceste dispoziții au, în opinia noastră, o importanță foarte mare, având în vedere că, așa cum am arătat, la nivelul UE un mijloc de aducere la îndeplinire a obiectivelor stabilite în ceea ce privește politica de protecție a consumatorilor este informarea acestora.

În momentul în care consumatorul este informat, el este în măsură să aleagă între diferitele produse existente pe piață, astfel încât riscul să fie indus în eroare se diminuează semnificativ, exceptând cazul în care operatorii economici încalcă prevederile legale, alegând să inducă în eroare consumatorii prin prezentarea unor elemente de identificare și caracterizare a produsului care nu corespund adevărului; bineînțeles că în momentul în care operatorii economici aleg să facă acest lucru, încalcă prevederile legale în vigoare, fiind

¹⁸ H.G. nr. 984/2005 privind stabilirea și sancționarea contravențiilor la normele sanitare veterinare și pentru siguranța alimentelor (M. Of. nr. 814 din 8 septembrie 2005), art. 4 pct. 13.

¹⁹ O.G. nr. 21/1992, *doc. cit.*, art. 18.

²⁰ *Ibidem*, art. 19.

pasibili de a răspunde pentru produsele pe care le comercializează, dacă acestea nu prezintă siguranță pentru consumul uman.

Potrivit dispozițiilor legale în vigoare, informarea consumatorilor se face de către producător în ceea ce privește aspectele reglementate în art. 20 alin. (1) din OG 21/1992. În ceea ce privește producătorii și importatorii din statele care nu sunt membre ale UE, aceștia trebuie să își precizeze adresa poștală a sediului social în elementele de identificare. În privința acestei reglementări, apreciem că ea nu este completă, deoarece nu se arată unde trebuie să fie precizate aceste elemente de identificare. Apreciam că, având în vedere articolul în care aceste prevederi sunt prevăzute, informațiile referitoare la adresa poștală a sediului social trebuie înscrise pe ambalajul produsului. Ca o propunere de *lege ferenda*, considerăm că se impune completarea art. 20 alin. (2) din OG 21/1992 în sensul arătat mai sus. Tot ca o apreciere personală, considerăm că aceste prevederi au fost instituite pentru a se asigura aplicarea principiului trasabilității, respectiv acel principiu potrivit căruia un produs poate fi „urmărit” de la producător până la consumatorul final. În mod similar, producătorii, ambalatorii sau distribuitorii din statele membre UE au obligația precizării adresei poștale unde pot fi contactați. Precizările arătate mai sus sunt valabile și în ceea ce privește această reglementare; modalitatea de reglementare existentă în prezent poate induce în eroare, deoarece nu se precizează unde trebuie să fie arătate elementele de identificare, respectiv adresa unde producătorii, ambalatorii sau distribuitorii pot fi contactați. În momentul în care, să presupunem că niciuna dintre categoriile de persoane arătate mai sus nu își îndeplinesc această obligație și dau spre comercializare produse care nu sunt considerate sigure în conformitate cu prevederile legale în vigoare, vor apărea probleme în legătură cu răspunderea pentru respectivul produs defectuos, deoarece va fi mai dificil de stabilit traiectoria pe care a urmat-o produsul din momentul în care a fost distribuit de producător.

Această reglementare, pe lângă cele arătate mai sus, are menirea și de a da consumatorilor posibilitatea să se adreseze producătorilor din statele care nu sunt membre ale UE sau producătorilor, ambalatorilor și distribuitorilor, în cazul statele membre UE, în măsura în care doresc să adreseze întrebări în legătură cu produsele comercializate de către aceștia. Având în vedere că aceste prevederi legale își găsesc reglementare în capitolul referitor la informarea și educarea consumatorilor, apreciem că dispozițiile legale arătate vin în completarea celorlalte dispoziții referitoare la informarea consumatorilor.

Ca măsură suplimentară de asigurare a protecției consumatorilor, OG 21/1992 cuprinde sancțiuni aplicabile celor care săvârșesc abateri de la prevederile legale²¹. Spre deosebire de reglementarea existentă în ordonanță,

²¹ Sancțiunile la care facem referire sunt reglementate de Capitolul IX, art. 49-65 din O.G. nr. 21/1992.

apreciem că reglementarea legii este mult mai concretă și subliniază în mod corect aspectele importante relative la protecția consumatorilor. Codul consumului stabilește obligații distincte în sarcina operatorilor economici, respectiv în sarcina producătorilor. În esență, printre obligațiile operatorilor economici se numără: comercializarea de alimente care sunt însoțite de documente care atestă originea, proveniența și securitatea, comercializarea de alimente care sunt manipulate și comercializate în condiții de igienă, care nu pun în pericol viața și sănătatea consumatorilor, respectând normele sanitare în vigoare și în al treilea rând obligația de a comercializa alimente care nu afectează viața și sănătatea consumatorilor²². De asemenea, ca o obligație negativă stabilită în sarcina operatorilor economici este aceea de interdicție de comercializare a produselor care nu sunt alimentare, dar care imită produsele alimentare și care pot pune în pericol viața sau securitatea consumatorilor²³.

Suplimentar față de obligațiile stabilite în art. 21 și 22 din Legea 296/2004, sunt stabilite în sarcina operatorilor economici și următoarele obligații care cad atât în sarcina operatorilor economici persoane fizice, cât și în sarcina operatorilor economici persoane juridice: comercializarea sau oferirea cu titlu gratuit numai a produselor sigure, aflate în termenul de valabilitate și nu prezintă riscuri pentru viața, sănătatea și/sau securitatea consumatorilor; necomercializarea de produse alimentare preambalate sau ambalate în spații în care nu pot fi asigurate acele condiții de păstrare cerute de producător în vederea evitării perisabilității accelerate a produselor respective; obligația negativă de a nu comercializa, produse alimentare noi, folosite sau recondiționate, în alte condiții decât cele impuse de legislația în vigoare, fără ca aceste produse să poată fi probate, verificate sau în privința lor să fie asigurate condițiile de păstrare cerute de producător, în vederea menținerii caracteristicilor produselor în cauză²⁴.

În ceea ce privește obligațiile stabilite în sarcina producătorilor, acestea sunt următoarele: răspunderea pentru prejudiciul actual și viitor cauzat de un produs cu defect sau cauzat de produsul cu defect cumulativ cu o acțiune sau o omisiune din partea unei terțe persoane; punerea pe piață numai a produselor sigure și care respectă condițiile prescrise sau declarate; oprirea de livrări, retragerea de pe piață sau de la consumatori a acelor produse asupra cărora s-au constatat neîndeplinirea condițiilor cerute de legislația în vigoare pentru a putea pune în circulație sau care prezintă un pericol la adresa vieții, sănătății sau securității consumatorilor, dacă prin intermediul acestei măsuri se pot elimina neconformitățile constatate; de asemenea, în sarcina producătorilor este stabilită obligația de a asigura condiții igienico-sanitare pe toată durata procesului de producție, în conformitate cu cerințele specifice sanitare²⁵.

²² Legea nr. 296/2004, *doc. cit.*, art. 21.

²³ *Ibidem*, art. 22.

²⁴ *Ibidem*, art. 26.

²⁵ *Ibidem*, art. 23.

ASPECTE DE INTERES PRACTIC ALE TEZEI LIPSEI CARACTERULUI „INTUITU PERSONAE” AL CONTRACTULUI INDIVIDUAL DE MUNCĂ

Lidia SECELEANU*

Abstract:

The reality of employment relationship involves the acceptance of some legal forms of representation in order to achieve the social interest, the social value. Thesis on intuitu personae character in the performance of this contract does not meet the practical needs of the labor process. We consider for the recognition of intuitu personae character for the moment of the contract conclusion, which become a relative character during the performance of this contract. The performing the contractual tasks specific to the individual employment agreement, in some cases, caused by the objective impossibility of presence of the specialists, they can remotely coordinate the performance of their tasks.

They can choose the physical representative in case of objective impossibility of presence with whom can fulfill the obligation assumed by the individual employment agreement. This means a double presence: direct person (substitute) and remote person (substituted) that provides together with a common power, the social profit. The thesis of author Costel Gâlcă supports these arguments.

Keywords: *individual employment agreement, intuitu personae character, flexicurity, the principle of contractual liberty, labor process, social peace*

Pare un act de curaj promovarea acestei teze, în contextul în care întreaga doctrină românească este adepta teoriei clasice, potrivit căreia una dintre trăsăturile definitorii ale contractului individual de muncă (în esență comună cu cele ale contractelor civile¹) este caracterul „*intuitu personae*”.

Avocatul Costel Gîlcă, în lucrarea sa „*Noi teorii în Dreptul Muncii*” își exprimă această opinie pe care nu o considerăm deloc lipsită de interes și realism în materie. Argumentarea are o rigoare de stil, vine cu motivații actuale și istorice de ordin legislativ, doctrinar și semantic. Chiar dacă suntem parțial, total sau deloc de acord cu acest demers, el este cert, de real interes.

Autorul arată faptul că „în măsura în care am accepta caracterul *intuitu personae* al contractului de muncă, atunci nu am putea accepta ca munca să fie prestată pe perioada absenței titularului de un înlocuitor”. De asemenea, el arată că în fapt suplinirea muncii se practică cu un înlocuitor din interiorul

* Conf. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Universitatea „Hyperion” din București.

¹ Ion Traian Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 229-230.

companiei și mai mult apreciază că „nimic nu împiedică ca această suplinire să fie efectuată de o persoană fără nici o legătură cu întreprinderea, cu condiția, evident, a îndeplinirii condițiilor formale cerute de normele legale în vigoare privind angajarea persoanelor”.

Totuși, recunoaște că se poate vorbi de un caracter *intuitu personae*, însă doar în momentul încheierii contractului de muncă, ci „în momentul alegerii reciproce salariat angajator” și arată că acesta nu este suficient pentru afirmarea caracterului *intuitu personae* al contractului. Mai cu seamă în derularea contractului, acest caracter încetează. Este opinia autorului pe care fără să o însușim în totalitate, nu o găsim lipsită de valoare, realism și interes practic. Considerăm și noi că pe parcursul realizării drepturilor și obligațiilor ce compun contractul de muncă, se diluează mult caracterul *intuitu personae*, în interesul materializării obiectului acestui contract. Pentru că ceea ce interesează prioritar după semnarea contractului este realizarea obiectivului avut în vedere de angajator, prestația muncii în scopul obținerii de valoare socială prin muncă.

Astfel, obiectivarea acestui bun social potențat de contractul de muncă este mai importantă decât orice caracter personal.

Și domnul profesor Ion Traian Ștefănescu arată că referitor la angajatorul persoană juridică „caracterul *intuitu personae*, fără să dispară, are tendința da se estompa în anumite cazuri, sub presiunea factorilor economici”. El mai arată că acest „caracter *intuitu personae* al contractului de muncă nu trebuie absolutizat: pot ființa și excepții în ipoteza unor motive obiective, care impun utilizarea unui înlocuitor”².

Două exemple în sprijinul faptului că nu trebui acordată o importanță excesivă acestui caracter *intuitu personae* ar fi situația: 1. *investitorilor privați* și 2. *suplinirea colegială* consacrată de reglementări anterioare din Statutul cadrelor didactice.

1. Un investitor privat, angajator cu putere de decizie, nu va putea fi certat (tras la răspundere) pentru că în unele momente coordonează de la distanță, prin mijloace informatice și tehnice activitatea atât personal, cât și prin intermediul altei persoane. De ce în anumite situații specifice sau cazuri speciale, de forță majoră, să nu se admită aceeași soluție și pentru angajat, care de ce nu poată să-și aleagă liber persoana care să-l suplinească, cu care să poată colabora și pe care să-l ghideze de la distanță pentru realizarea sarcinilor la care s-a obligat prin contract. Aceasta se și întâmplă în realitatea vieții.

Este adevărat cum arată profesorul N. Voiculescu, că ceea ce se vinde în contractul de muncă este însăși persoana care își oferă serviciile. Prin această colaborare între cel obligat în realizarea unei sarcini de serviciu și persoana

² Ion Traian Ștefănescu, „*Tratat teoretic și practic de drept al muncii*”, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 230.

direct prezentă, putem spune că se asigură o prezență indirectă și o prezență comună. Sunt de fapt situații consacrate de practică.

Natura juridică mixtă a dreptului muncii, de drept privat și public, justifică pe deplin aplicarea principiul libertății de înțelegere dintre părțile semnatare (așa cum arăta doamna profesor Raluca Dimitriu, „marja de libertate a părților negocierilor colective este mai îngustă decât în cazul salariaților”³; există mai multă libertate între părți la nivelul dreptului individual al muncii decât la nivelul dreptului colectiv al muncii).

Această libertate justifică opinia autorului Costel Gîlcă, ca în contextul respectării regulilor formale și a reglementărilor de interes public ce vizează protecția și securitatea muncii, părțile pot fi reprezentate.

Chiar și Legea nr. 78/2014 privind reglementarea activității de voluntariat în România ar putea furniza argumente în acest sens⁴.

2. În afara sectorului privat care în mod practic consacră legitimitatea opiniei formulate cu privire la lipsa caracterului *intuitu personae* al contractului individual de muncă, un alt segment folosit de acesta în argumentarea tezei lipsei caracterului *intuitu personae* este segmentul cadrelor didactice [art. 93 alin. (5) din Legea nr. 128/1997 – statutul cadrelor didactice, deși abrogat prin Legea nr. 1/2011 a educației naționale] prevedea suplinirea colegială.

Considerăm că sintagma „suplinire colegială” poate avea un sens mai larg, nu neapărat de coleg din cadrul unei singure unități de învățământ. Poate viza colegi din orice formă de învățământ superior, sau chiar colegi absolvenți ai unei universități similare de specialitate, conform principiului *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Nici în aceste situații nu se impun limitări de interpretare neprevăzute de textul de lege. Dacă persoana agreată de titularul postului didactic folosește cursul, notele de curs, informația, sub îndrumarea titularului, „suplinirea colegială” va asigura și în această situație în mod indirect o prezență comună. Dacă în cazul unor simpozioane științifice susținerea unei lucrări ce reprezintă rezultatul efortului de cercetare a unui cercetător sau profesor să fie citită sau expusă de un altul, considerăm că în situații speciale aceasta poate fi acceptată și cadrului didactic aflat într-o imposibilitate obiectivă de prezență.

Suntem deci, în fapt, în fața unor forme specifice de reprezentare și în cazul raporturilor juridice de muncă, chiar dacă opinia majoritară este aceea că nu ar fi posibilă reprezentarea în contractul individual de muncă.

Realitatea relațiilor de muncă însăși impune ca realizarea procesului muncii să fie un interes superior caracterului *intuitu personae*.

³ Raluca Dimitriu, în Revista de Dreptul Muncii nr. 7/2010.

⁴ Legea nr. 78/2014 privind reglementarea activității de voluntariat în România, publicată în M. Of. nr. 469 din 26 iunie 2014;

Astfel, am putea vorbi și de o reprezentare ca instituție a dreptului muncii, care trebuie privită tot în raport cu complexitatea și interesele speciale ale relațiilor de muncă. Însuși conceptul de flexicuritate în raportul de muncă⁵, precum și cel de pace socială⁶ sunt în acord cu nuanțarea acestui caracter al contractului individual de muncă (prevederile contractuale flexibile și sigure, componente a politicii Comisiei Europene sunt potențate de această abordare, iar recunoașterea eforturilor făcute de titular prin reprezentanți sunt o sursă de dezamorsare a situațiilor de frustrare sau conflict).

Altă abordare poate crea blocaje în desfășurarea activităților utile profitabile, înlesnite de contractul de muncă.

Concluzionăm că în raportul de muncă se justifică diminuarea caracterului *intuitu personae* în privința ambelor părți ale contractului, atât angajat, cât și angajator. Acesta se menține mai pregnant în momentul încheierii contractului individual de muncă și mult mai diluat pe parcursul derulării acestuia. Nu este o trăsătură specifică definitorie, ea are un caracter relativ. Departate de a avea un caracter sacrosant atribuit de doctrina perioadei anterioară anului 1989.

Demersul nostru nu dorește să minimalizeze valoarea interumană personală a relațiilor de muncă. Considerăm că acest concept „personal”, cum rezultă și din DEX, este un concept care înglobează nu numai competențe profesionale și calități morale definitorii persoanei (bună credință, loialitate, rezistență la stres, perseverență, charismă, entuziasm, energie).

O abordare pragmatică nu poate ignora teza autorului Costel Gîlcă argumentată în lucrarea sa „*Noi teorii în dreptul muncii*”, a cărei valoare practică merită semnalată. Am încercat să o argumentăm și cu câteva aspecte din activitatea noastră personală.

Din punct de vedere didactic am putea afirma că o trăsătură a contractului individual de muncă este un grad de relativitate mai mare al caracterului *intuitu personae* al contractului individual de muncă pe parcursul derulării lui, în raport orice alte contracte civile.

⁵ Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 125-127.

⁶ Raluca Dimitriu, în *Revista de Dreptul Muncii* nr. 5/2009.

**SECȚIUNEA
DREPT PUBLIC I**

JURISDICȚIA CONSTITUȚIONALĂ CU PRIVIRE LA CONTROLUL ORDONANȚELOR GUVERNULUI IEȘITE DIN VIGOARE

*Dana Apostol TOFAN**

Tema comunicării noastre din acest an ne-a fost sugerată de recenta decizie a Curții Constituționale nr. 761/2014 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014 pentru reglementarea unor măsuri privind administrația publică locală.

Prin acest act normativ intrat în vigoare cu două luni înaintea primului tur al alegerilor prezidențiale din 2 noiembrie 2014, Guvernul a permis ca, prin derogare de la unele dispoziții ale Legii nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali, *„aleșii locali și candidații declarați supleanți să-și poată exprima în scris și o singură dată opțiunea cu privire la partidul politic, organizația minorității naționale din care doresc să facă parte sau să devină independenți, fără să își piardă calitatea dobândită în urma alegerilor”*, având la dispoziție pentru aceasta 45 de zile.

În următoarele alineate ale unicului articol al O.U.G. nr. 55/2014 se precizează procedura potrivit căreia urma să se producă trecerea aleșilor locali și respectiv, a candidaților declarați supleanți la un alt partid politic, o organizație a minorității naționale sau să devină independenți.

Reprezentanții opoziției și o parte a mass-media au apreciat că un număr considerabil de aleși locali a făcut acest pas în intervalul de timp pus la dispoziție de O.U.G. nr. 55/2014.

Deși au existat sesizări ale Avocatului Poporului din partea partidelor din opoziție și a unor organizații nonguvernamentale, singura *autoritate publică cu atribuții de control* abilitată ca urmare a revizuirii Constituției, în anul 2003, să ridice excepția de neconstituționalitate privind legile și *ordonanțele* direct, în fața Curții Constituționale, acesta nu a reacționat favorabil lăsând practic Ordonanța de urgență în discuție să-și producă în totalitate efectele juridice.

Supunerea O.U.G. nr. 55/2014 controlului de constituționalitate s-a concretizat abia în urma dezbaterii în plen a legii de aprobare a acesteia, ulterior datei la care ea ieșise deja din vigoare, un număr de 130 de deputați și senatori aparținând partidelor de opoziție sesizând Curtea Constituțională.

„În motivarea obiecției de neconstituționalitate, autorii excepției” au arătat că *„ordonanța de urgență a Guvernului încalcă art. 115 alin. (4) din Constituție întrucât a fost adoptată în condițiile în care nu exista nicio situație extraordinară*

* Prof. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea București.

și de urgență a cărei reglementare să nu poată fi amânată.” De asemenea, s-a mai susținut că *„ordonanța de urgență este contrară art. 115 alin. (6) din Constituție întrucât afectează regimul unor instituții fundamentale ale statului, făcându-se trimitere, în acest sens, la art. 121 și 122 din Constituție, apreciindu-se astfel că este afectată „constituirea, organizarea și funcționarea consiliilor locale și județene.”* Au mai susținut autorii sesizării că, *„ordonanța de urgență încalcă art. 147 alin. (4) din Constituție referitor la obligativitatea deciziilor Curții Constituționale întrucât nu respectă jurisprudența acesteia”* fiind evocate mai multe decizii ale jurisdicției constituționale.

„Neconstituționalitatea ordonanței de urgență” – apreciază în final, autorii sesizării – *„nu poate fi acoperită prin aprobarea acestui act normativ de către Parlament, iar legea care aprobă o astfel de ordonanță de urgență este prin ea însăși neconstituțională.”*

Asumându-și exercitarea controlului de constituționalitate asupra Legii privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014, Curtea Constituțională dezvoltă o laborioasă argumentare a soluției adoptate cu votul majorității membrilor săi, centrată pe trei coordonate: *admisibilitatea obiecției de neconstituționalitate, analiza pe fond a acesteia și efectele deciziei Curții Constituționale.*

În *analiza pe fond a obiecției de neconstituționalitate*, Curtea Constituțională pornește de la o serie de *aspecte generale* deja tranșate prin decizii anterioare.

„Potrivit jurisprudenței Curții Constituționale, ordonanțele Guvernului aprobate de Parlament prin lege, în conformitate cu prevederile art. 115 alin. (7) din Constituție, încetează să mai fie acte normative de sine stătătoare și devin ca efect, al aprobării de către autoritatea legiuitoare, acte normative cu caracter de lege, chiar dacă, din rațiuni de tehnică legislativă, alături de datele legii de aprobare, conservă și elementele de identificare atribuite la adoptarea lor de către Guvern” apreciază la pct. 27 al deciziei, jurisdicția constituțională. Nu înțelegem din această apreciere care este optica Curții în calificarea ordonanțelor Guvernului ca fiind *acte normative de sine stătătoare*, înainte de aprobarea de către Parlament și respectiv, *acte normative cu caracter de lege*, după aprobarea de către acesta.

Ordonanțele Guvernului conțin *norme cu putere de lege* chiar din momentul adoptării și al publicării în Monitorul Oficial al României, cu condiția depunerii spre aprobare la Camera competentă să fie sesizată, ce constituie o simplă operațiune administrativă de trimitere spre Parlament a legii de aprobare a ordonanței.

Dimpotrivă, suntem în acord cu poziția Curții Constituționale privind competența de a analiza *„în cadrul controlului a priori de constituționalitate ce privește legea de aprobare însăși îndeplinirea de către ordonanța de urgență aprobată a condițiilor prevăzute de art. 115 alin. (4) și (6) din Constituție.”* În egală măsură nu poate fi contestată susținerea potrivit căreia: *„viciul de*

neconstituționalitate al unei ordonanțe simple sau ordonanțe de urgență emise de Guvern nu poate fi acoperit prin aprobarea de către Parlament a ordonanței respective, legea care aprobă o ordonanță de urgență neconstituțională fiind ea însăși neconstituțională.”

În ce privește analiza constituționalității Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 55/2014 în raport cu art. 115 alin. (4) din Constituție, „Curtea constată că întreaga expunere de motive a ordonanței de urgență analizate se axează asupra existenței unor rupturi politice apărute pe parcursul mandatului autorităților locale și necesitatea remedierii efectelor negative ale acestora” nefiind vorba de o situație extraordinară care să necesite adoptarea unei ordonanțe de urgență. „De aceea, transpare cu evidență faptul că scopul real al ordonanței de urgență este acela de a orienta aleșii locali într-o anumită direcție politică și de a permite construirea în acest mod a unei noi majorități politice” concluzionează la finalul mai multor argumente majoritatea judecătorilor constituționali, fiind vorba de „aspecte care nu se pot constitui într-o situație extraordinară în sensul art. 114 alin. (4) din Constituție.” În consecință, „Curtea constată încălcarea art. 115 alin. (4) din Constituție.”

Fără a pune în discuție opțiunea Curții, remarcăm în acest context că este vorba de un control extrinsec, vizând oportunitatea adoptării Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014, prin care fără a se intra pe conținutul efectiv al actului normativ, acesta poate fi considerat neconstituțional prin intermediul controlului legii sale de aprobare.

În ce privește analiza constituționalității Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 55/2014 în raport cu art. 115 alin. (6) din Constituție se pornește de la premisa unanim acceptată că, dispozițiile constituționale „constituie veritabile limitări ale competenței atribuite Guvernului... care „nu are legitimare constituțională” să adopte ordonanțe de urgență în domeniile enumerate la art. 115 alin. (6) din Constituție.

La pct. 38 al deciziei, „Curtea reține că, primarul, consiliul local și consiliul județean fiind reglementate prin art. 121-122 din Constituție sunt instituții fundamentale ale statului în sensul art. 115 alin. (6) din Constituție” (enumerând o serie de decizii anterioare ale sale-n.n.), „însă actul normativ analizat nu privește regimul constituțional al acestora.” În acest sens, Curtea reține că regimul constituțional al instituțiilor fundamentale ale statului vizează „toate componentele care definesc regimul juridic al acestora – structura organizatorică, funcționarea, competențele, resursele materiale și financiare, numărul și statutul personalului, salarizarea, categoria de acte juridice pe care le adoptă etc.” și enumeră în sprijinul susținerii sale o serie de decizii anterioare. În consecință, Curtea nu reține încălcarea art. 115 alin. (6) din Constituție.

În contextul analizei constituționalității Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014 în raport cu art. 147 alin. (4) din Constituție, Curtea constată că art. 9 alin. (2) lit. h¹) și art. 15 alin. (2) lit. g¹) din Legea nr. 393/2004 (ale căror

prevederi au fost suspendate pe o perioadă de 45 de zile prin O.U.G. nr. 55/2014 – n.n.) „*au mai format obiectul controlului de constituționalitate*”, numeroase decizii anterioare statuând asupra constituționalității acestora.

În timp ce prima prevedere menționată consacră *încetarea de drept a calității de consilier local sau de consilier județean, înainte de expirarea duratei normale a mandatului în cazul:... pierderii calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale pe a cărei listă a fost ales*, cea de-a doua prevedere menționată consacră *încetarea, de drept a calității de primar și, respectiv, de președinte al consiliului județean, înainte de expirarea duratei normale a mandatului în cazul:...pierderii, prin demisie, a calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale pe a cărei listă a fost ales*.

Apreciind poziția Curții Constituționale în combaterea migrației politice ne întrebăm cum poate fi privită de către alegători, de societatea civilă dar și de mass-media preocupată de fenomenul traseismului politic, susținerea publică, declarată și asumată, a unui primar, fost premier, față de candidatul la alegerile prezidențiale al unei alte formațiuni decât cea din care face parte, și chiar mai mult înscrierea acestuia la fundația prin intermediul căreia s-a construit respectiva formațiune politică ? Și nu a fost singurul !

Cu alte cuvinte, textul legal, apreciat de către judecătorii constituționali, permite în fapt, primarilor ca, fără a-și da demisia din partidul pe listele cărora au fost aleși să poată practica și o altă opțiune politică decât cea a partidului din care fac parte riscând desigur pierderea încrederii electoratului.

În deplin acord cu o asemenea poziție intransigentă pentru aleșii locali, al căror mandat este privit astfel ca fiind unul imperativ, nu înțelegem de ce nu ar putea fi promovată o viziune identică și pentru aleșii naționali, printr-o viitoare lege de revizuire a Constituției, ci dimpotrivă trebuie să *acceptăm caracterul reprezentativ al mandatului de parlamentar* așa cum este acesta consacrat de art. 69 din Constituție.

În ce ne privește, considerăm *traseismul la nivel național* ca fiind mult mai grav, putând determina formarea unei alte coaliții parlamentare decât cea decisă de electorat prin votul popular cu atât mai mult cu cât este vorba de un fenomen care potrivit statisticilor dobândește cote alarmante de la un mandat parlamentar la altul.

Legat de încălcarea art.147 alin. (4) din Constituție referitor la obligativitatea publicării deciziilor Curții Constituționale în Monitorul Oficial al României, caracterul general obligatoriu al acestora și producerea de efecte juridice numai pentru viitor, Curtea Constituțională realizează o distincție între *consilierii locali și județeni*, pe de-o parte și *primarii și președinții de consilii județene*, pe de altă parte.

Astfel, în opinia jurisdicției constituționale, „*sanctiunea pierderii mandatului, indiferent de modalitatea în care se pierde calitatea de membru de*

partid (demisie sau excludere) vizează numai consilierii locali și județeni, aceștia fiind aleși în cadrul unui scrutin de listă... Soluția legislativă cuprinsă în art. 9 alin. (2) lit. h¹) din Legea nr. 393/2004 este o exigență ce rezultă direct din prevederile art. 8 alin. (2) din Constituție, o soluție legislativă contrară putând fi acceptată doar în condițiile modificării tipului de scrutin în cadrul căruia sunt aleși consilierii locali sau județeni. În lipsa reglementării unui alt tip de scrutin, Curtea nu poate decât să constate, în cauza de față, încălcarea art. 147 alin. (4) din Constituție."

Ne întrebăm ce legătură există între art. 9 alin. (2) lit. h¹) din Legea nr. 393/2004 care sancționează cu *pierderea mandatului de consilier local sau județean, pierderea calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale pe a cărei listă a fost ales* și art. 8 alin. (2) din Constituție potrivit căruia *„Partidele politice se constituie și își desfășoară activitatea în condițiile legii. Ele contribuie la definirea și exprimarea voinței politice a cetățenilor, respectând suveranitatea națională, integritatea teritorială, ordinea de drept și principiile democrației."* Chiar din prima teză a prevederii constituționale se face trimitere la lege în ce privește *constituirea și desfășurarea activității partidelor politice* neexistând vreo legătură directă între textul constituțional și textul legal menționat. Cu atât mai mult nu este deloc evident de ce se consideră că este încălcat art. 147 alin. (4) din Constituție, în această situație.

Alta este situația în cazul *„primarilor și al președinților de consilii județene, cu privire la care scrutinul este unul uninominal"... și „cu privire la care legiuitorul a optat pentru pierderea mandatului în caz de demisie din partidul politic, o atare opțiune nederivând, în mod implicit sau direct, din art. 8 alin. (2) din Constituție"*, în opinia Curții Constituționale. În concluzie, în cazul acestor aleși locali nu se aplică art. 147 alin. (4) din Constituție.

În baza unei jurisprudențe anterioare, față de care avem rezerve chiar în raport cu prevederile constituționale referitoare la Curtea Constituțională, aceasta se consideră competentă să *efectueze controlul de constituționalitate și prin raportare la alte texte constituționale*, identificând în acest sens, art. 1 alin. (3) și (5) din Constituție, în componenta referitoare la *statul de drept și la obligativitatea respectării Constituției, a supremației sale și a legilor*.

În privința art. 1 alin. (5) din Constituție, Curtea constată că textul legal verificat consacră o „*derogare*” de la prevederile Legii nr. 393/2004 deși prevederile art. 15 alin. (3) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată cu modificările și completările ulterioare consacră o altă semnificație noțiunii de *reglementare derogatorie*. „*De asemenea, ordonanța de urgență nu este nici normă specială în raport cu cea generală în materie.*” Nu poate fi vorba nici de o *suspendare* în sensul art. 66 din Legea nr. 24/2000 și nici de o *normă cu aplicare limitată* în

timp în sensul art. 68 din aceeași lege, „întrucât aceasta nu reglementează aplicarea legii în timp, ci un termen de decădere...”

Observăm că judecătorii constituționali raportează norma a cărei neconstituționalitate urmează să o pronunțe la prevederile unei alte legi, este adevărat, a legii care reglementează procedura de elaborare a actelor normative dar un act normativ cu forță juridică egală cu cea a actului normativ controlat. Este oare acesta un control de constituționalitate ?

Dar acest control prin raportare la altă lege, permite să se ajungă la concluzia potrivit căreia, *„Curtea nu poate califica ordonanța de urgență criticată ca fiind o normă tranzitorie, specială, derogatorie, de suspendare sau cu aplicare limitată în timp, ceea ce duce la concluzia că Guvernul a optat pentru un procedeu legislativ sui generis, neprevăzut în Legea nr. 24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare... În consecință, Guvernul adoptând o atare ordonanță de urgență a încălcat normele de tehnică legislativă și, implicit, dispozițiile art. 1 alin. (5) din Constituție.”*

Or, în textul constituțional evocat potrivit căruia, *„În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”* nu există vreo precizare privind obligativitatea respectării normelor de tehnică legislativă. Precizarea ulterioară privind și încălcarea art. 1 alin. (3) din Constituție referitor la statul de drept, derivă în opinia Curții, tot din faptul că, *„o atare modalitate de reglementare, contrară tehnicii legislative a dus la paralizarea efectelor art. 9 alin. (2) lit. h¹) și art. 15 alin. (2) lit. g¹) din Legea nr. 393/2004.”*

În ce privește efectele deciziei sale *„Curtea reține că viciul de neconstituționalitate extrinsecă nu poate fi acoperit prin adoptarea unei legi de aprobare... Legea privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014 fiind neconstituțională în ansamblul său.”*

În consecință, prin decizia sa, Curtea *„admite obiecția de neconstituționalitate formulată și constată că prevederile Legii privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014 pentru reglementarea unor măsuri privind administrația publică locală sunt neconstituționale.”* Mai mult decât atât, în premieră, Curtea mai stabilește că, *„Parlamentul, în baza art. 115 alin. (8) și art. 147 alin. (2) din Constituție, urmează să reglementeze prin legea de respingere, măsurile necesare cu privire la efectele juridice produse pe perioada de aplicare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014 pentru a le pune de acord cu decizia Curții Constituționale.”*

Cu alte cuvinte, Curtea Constituțională impune Parlamentului ca prin legea de respingere ce urmează să o adopte să pună în aplicare art. 115 alin. (8) din Constituție potrivit căruia: *„Prin legea de aprobare sau de respingere se vor reglementa dacă este cazul, măsurile necesare cu privire la efectele juridice produse pe perioada de aplicare a ordonanței.”*

Nu știm ca vreodată această prevedere constituțională să fi fost aplicată din proprie inițiativă de către Parlament și nici ca prin vreo altă decizie privitoare la

o lege de aprobare sau respingere a vreunei ordonanțe, Curtea Constituțională să fi stabilit o asemenea obligație în sarcina Parlamentului.

La o privire mai atentă a textului constituțional apare evident faptul că acesta intră în coliziune cu art. 15 alin. (2) din Legea fundamentală ce consacră caracterul neretroactiv al legii, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile. Între aceste două texte constituționale s-ar părea că există o *antinomie intraconstituțională* fiind vorba de două construcții contradictorii în interiorul Legii fundamentale pe care Curtea Constituțională ar fi trebuit să le sesizeze înainte de a pronunța o astfel de decizie.

Nu putem să nu remarcăm pe de altă parte că, potrivit art. 147 alin. (2) din Constituție, *„În cazurile de neconstituționalitate care privesc legile, înainte de promulgarea acestora, Parlamentul este obligat să reexamineze dispozițiile respective pentru punerea lor de acord cu decizia Curții Constituționale”* fără a fi însă stabilit vreun termen în care Parlamentul să pună în acord legea cu decizia Curții. Dimpotrivă, în situația deciziei date în urma sesizării cu o *excepție de neconstituționalitate*, Parlamentul sau Guvernul au la dispoziție un termen de 45 de zile de la publicarea deciziei, în care urmează să pună de acord, dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente constatate ca fiind neconstituționale cu dispozițiile Constituției, sub sancțiunea încetării efectelor juridice ale acestora.

Atâta timp cât în practica de stat au existat numeroase situații în care Parlamentul sau Guvernul nu s-au conformat acestei prevederi constituționale depășind adeseori termenul de 45 de zile, cu atât mai mult în prima situație menționată, în urma controlului anterior promulgării, Parlamentul poate ignora efectele deciziei. De altfel, au existat mai multe situații în care, în urma unei astfel de decizii a Curții Constituționale, Parlamentul a renunțat la promovarea legii respective. Urmărind procesul legislativ pe site-ul Camerei Deputaților constatăm că, pe data de 25 februarie 2015 a fost adoptat de către deputați Proiectul legii de respingere a O.U.G. nr. 55/2014 ce conține două articole: primul vizând respingerea acesteia și cel de-al doilea conținând o prevedere opusă celei sugerate de Curte, dar în consens cu art. 115 alin. (8) din Constituție, potrivit căreia *„toate efectele juridice, politice sau de altă natură, produse ca urmare a exprimării opțiunii de către persoanele prevăzute la alin. (1) al articolului unic din O.U.G. nr. 55/2014 se păstrează în integralitate.”* La data redactării acestei comunicări, Legea de respingere se află la comisiile de specialitate ale Senatului, în vederea întocmirii rapoartelor.

Obligând Parlamentul la aplicarea art. 115 alin. (8) din Constituție, Curtea Constituțională ignoră cu desăvârșire *principiul neretroactivității legii*, principiu de rang constituțional care în opinia noastră ar trebui să se aplice prioritar în raport cu art. 115 alin. (8) pentru simplul motiv că, orice act administrativ normativ cum este și ordonanța Guvernului sub aspectul autorității emitente, ce conține însă, norme cu putere de lege trebuie să beneficieze de prezumția

relativă de legalitate, mai exact, de constituționalitate, până la data constatării neconstituționalității ei.

În ce ne privește, nu putem fi de acord cu soluția promovată prin Decizia Curții Constituționale nr. 761/2014 nu doar pentru faptul că impune o obligație în sarcina Parlamentului, depășind limitele sesizării cu care fusese învestită cât mai ales, pentru faptul că ea are în vedere o *Ordonanță de urgență a Guvernului care își încetase producerea de efecte juridice la data controlului*.

Este motivul pentru care considerăm că, soluția promovată printr-o opinie separată de doi dintre judecătorii Curții este cea care ar fi trebuit să se impună.

Dezacordul față de opinia majoritară pornește firesc de la întrebarea dacă mai putea fi exercitat *un control de constituționalitate a priori a unui act normativ care nu mai este în vigoare, având în vedere caracterul temporar al O.U.G. nr. 55/2014*. Astfel, „*Curtea Constituțională, în prealabil, ar fi trebuit să verifice dacă este competentă să soluționeze atât pe formă, cât și pe fond această obiecție de neconstituționalitate*.”

Cu deplin temei, cei doi judecători constată că, „*în situația de față, sesizarea... este lipsită de conținut, întrucât acest act normativ nu mai este în vigoare, în virtutea caracterului său temporar*.” „*Dacă, de la data intrării ei în vigoare și până la data examinării acesteia de către Parlament, ordonanța a încetat să mai fie în vigoare, aprobarea Parlamentului rămâne fără obiect, proiectul de lege devenind caduc*”, mai susțin pe bună dreptate, autorii opiniei separate.

Vom cita și noi un fost președinte al Curții Constituționale care referindu-se la ordonanțele supuse controlului parlamentar apreciază că, în cazul în care „*de la data intrării în vigoare a unei ordonanțe și până la data examinării acesteia de către Parlament, ea a încetat să mai fie în vigoare, fie datorită ajungerii la termen, fie datorită abrogării sale, aprobarea Parlamentului rămâne fără obiect. Proiectul de lege înaintat de Guvern la Parlament, o dată cu depunerea ordonanței, devine caduc, deoarece obiectul său a dispărut: ordonanța a fost abrogată ori a ieșit din vigoare în urma ajungerii sale la termen... . Prevederile art. 115 alin. (7) din Constituție, care se referă la aprobarea sau respingerea ordonanțelor, au în vedere doar ordonanțele existente, cele care sunt în vigoare, nu și pe cele inexistente, ale căror efecte juridice au încetat*.” În opinia argumentată a profesorului Vida, „*Parlamentul poate respinge orice, în afara neantului; ceea ce nu există nu poate fi nici acceptat, nici respins prin lege*.” „*De altfel, examinarea unei ordonanțe abrogate sau care a ieșit din vigoare ca urmare a ajungerii la termen este lipsită de sens și sub aspectul consecințelor sale*.” Astfel, dacă legiuitorul este de acord cu încetarea efectelor sale, respingerea de către Parlament nu mai are sens deoarece ea deja nu mai producea efecte juridice iar dacă legiuitorul nu este de acord cu ieșirea din vigoare, el nu o poate „învia.”

Pentru aceste considerente, cei doi judecători consideră că obiecția trebuia respinsă ca *inadmisibilă*. De altfel, citând în egală măsură, jurisprudență

anterioară a Curții, se arată în continuare că, suspendarea temporară a unor prevederi legale a fost acceptată cu condiția adoptării unui act normativ de același nivel.

Dacă s-ar trece peste aspectul de inadmisibilitate, în opinia separată se apreciază că, obiecția ar fi trebuit respinsă ca *neîntemeiată* întrucât nu se putea reține că nu au fost încălcate prevederile art. 115 alin. (4) din Constituție și nici cele ale art. 147 alin. (4). Fundamentându-și poziția pe baza unei analize laborioase a realităților politice existente, cei doi judecători consideră că, destrămarea Alianței USL învingătoare în alegerile locale din anul 2012 a impus rezolvarea disfuncționalităților și anomaliilor apărute în funcționarea autorităților locale existând premisele unei situații extraordinare care să impună o intervenție de urgență a Guvernului.

Vom remarca doar față de această constatare că este vorba de un *control de oportunitate*, extrinsec, cei doi judecători apreciind că Guvernul nu a acționat cu exces de putere în timp ce majoritatea acestora a susținut contrariul fiind vorba de principala prevedere încălcată.

Aceasta deoarece, „în ce privește pretinsa încălcare a art. 147 alin. (4) din Constituție în raport cu situația consilierilor locali și județeni, aceasta nu este demonstrată” potrivit opiniei separate pe deplin justificate. Mai mult decât atât, raportarea motivării deciziei se mai susține pe bună dreptate, și la pretinsa încălcare a prevederilor art. 1 alin. (3) și (5) din Constituție este nejustificată. Și observația privind depășirea limitelor competenței sale de către Curtea Constituțională o considerăm pertinentă.

Ajunși la finalul acestui succint periplu vizând o decizie a Curții Constituționale privind *controlul Legii de aprobare a unei Ordonanțe de urgență a Guvernului ieșite din vigoare* nu putem să nu exclamăm: *mult zgomot pentru nimic!* De ce?

Pentru simplul fapt că, majoritatea parlamentară dispune de mijloacele necesare pentru a o duce în derizoriu fie ignorând-o, fie adoptând o lege de respingere prin care măsurile juridice deja produse de O.U.G. nr. 55/2014 să fie consolidate legislativ și nu desființate cum și-ar dori opoziția parlamentară și cum de altfel sugerează Curtea constatându-i neconstituționalitatea.

ÎNDEPLINIREA DE CĂTRE LEGUITOR A OBLIGAȚIILOR IZVORÂTE DIN DECIZIILE CURȚII CONSTITUȚIONALE

Tudorel TOADER*

Marieta SAFTA**

Abstract:

The review of constitutionality is a tool of constitutionalisation, standardisation and thereby simplification of the law. Full achievement of this role is subject, however, to the conduct of the public authorities involved in law-making and law enforcement. Departing from the constitutional and legal enshrining of the effects of the decisions of the Constitutional Court, this study analyses the fulfilment by the legislature of the obligations stemming from the decisions of the Constitutional Court, and the conclusion deriving therefrom is that clear procedures are needed for the implementation of these decisions.

Keywords: *review of constitutionality, constitutional court, constitutionalisation of the law, effects of the decisions of the Constitutional Court*

1. Efectele deciziilor Curții Constituționale

1.1. Atribuții în exercitarea cărora Curtea pronunță decizii

Actele pe care Curtea Constituțională a României le pronunță, în exercitarea atribuțiilor sale, sunt: decizii, hotărâri sau avize, în mod corespunzător atribuției concrete în realizarea căreia sunt date, potrivit distincțiilor realizate de art. 11 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale.

Astfel, Curtea adoptă decizii atunci când:

a) se pronunță asupra constituționalității legilor, înainte de promulgarea acestora, la sesizarea Președintelui României, a unuia dintre președinții celor două Camere, a Guvernului, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a Avocatului Poporului, a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori, precum și, din oficiu, asupra inițiativelor de revizuire a Constituției;

b) se pronunță asupra constituționalității tratatelor sau altor acorduri internaționale, înainte de ratificarea acestora de Parlament, la sesizarea unuia dintre președinții celor două Camere, a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori;

* Prof. univ. dr. – Decanul Facultății de Drept din cadrul Universității „Al. I. Cuza” Iași; judecător la Curtea Constituțională.

** Lect. univ. dr. – Facultatea de Drept din cadrul Universității „Titu Maiorescu” București; prim magistrat-asistent la Curtea Constituțională.

c) se pronunță asupra constituționalității regulamentelor Parlamentului, la sesizarea unuia dintre președinții celor două Camere, a unui grup parlamentar sau a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori;

d) hotărăște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial, precum și a celor ridicate direct de Avocatul Poporului;

e) soluționează conflictele juridice de natură constituțională dintre autoritățile publice, la cererea Președintelui României, a unuia dintre președinții celor două Camere, a primului-ministru sau a președintelui Consiliului Superior al Magistraturii;

f) hotărăște asupra contestațiilor care au ca obiect constituționalitatea unui partid politic.

Având în vedere că subiectul prezentului studiu privește, cu precădere, Parlamentul și funcția legislativă a acestuia, analiza va purta asupra obligațiilor Parlamentului izvorâte din deciziile pronunțate de Curtea Constituțională în exercitarea controlului de constituționalitate a legilor – atât *a priori*, adică înainte de promulgare, cât și *a posteriori*, adică după intrarea în vigoare.

1.2. Efectul general: obligativitatea erga omnes a deciziilor Curții Constituționale

Constituția României consacră obligativitatea *erga omnes* a tuturor deciziilor Curții Constituționale, indiferent în exercitarea cărei atribuții sunt pronunțate.

Astfel, potrivit art. 147 alin. (4) din Constituția României: „Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României. De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor”. Consacrarea constituțională a caracterului general obligatoriu al deciziilor acestei Curți determină ca ele să se impună tuturor subiecților de drept, întocmai ca și un act normativ, spre deosebire de hotărârile instanțelor judecătorești, care produc efecte *inter partes litigantes*¹.

Actuala redactare a textului constituțional citat, dată cu prilejul revizuirii Constituției în anul 2003, a curmat o serie de controverse doctrinare și jurisprudențiale privitoare la aceste efecte. În forma anterioară revizuirii, Constituția prevedea că deciziile Curții Constituționale sunt obligatorii și au putere numai pentru viitor, redactare ce a determinat în practică interpretarea potrivit căreia deciziile Curții Constituționale ar produce, în unele cazuri, efecte numai *inter partes litigantes*.

¹ Nu cuprindem în această categorie deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție, pronunțate ca urmare a soluționării recursurilor în interesul legii, care au un regim juridic distinct

1.3. Efecte specifice ale deciziilor pronunțate în controlului legilor înainte de promulgare

1.3.1. Dispoziții constituționale și legale de principiu

Sub aspectul efectelor deciziilor și a obligațiilor ce revin, în mod corespunzător, autorității legiuitoare (fie că este vorba de legiuitorul primar – Parlamentul –, fie de cel delegat – Guvernul), art. 147 din Constituție distinge după natura atribuției în exercitarea căreia s-a pronunțat decizia de constatare a neconstituționalității.

Astfel, în cazul constatării neconstituționalității legilor, înainte de promulgarea acestora [art. 146 lit. a) din Constituție], Parlamentul este obligat să reexamineze dispozițiile respective pentru punerea lor de acord cu decizia Curții Constituționale².

Legea nr. 47/1992 stabilește obligația Curții de a comunica decizia prin care s-a constatat neconstituționalitatea legii președinților celor două camere ale Parlamentului și prim-ministrului, în scopul deschiderii procedurii de reexaminare a legii, pentru a se respecta dispozițiile art. 147 alin. (2) din Constituție, ale art. 20 din Legea nr. 47/1992, precum și dispozițiile cuprinse în regulamentele celor două camere ale Parlamentului. Constituția nu prevede termene în care Parlamentul să procedeze la eliminarea viciilor de neconstituționalitate constatate de Curtea Constituțională sau sancțiuni în cazul în care Parlamentul nu se conformează³.

1.3.2. Dezvoltări jurisprudențiale – întinderea și conținutul procedurii de reexaminare a legii după pronunțarea deciziei de constatare a neconstituționalității

a) Constatarea neconstituționalității legii în ansamblul său

Prin mai multe decizii⁴, Curtea a statuat că în situația determinată de constatarea neconstituționalității legii în ansamblul său, pronunțarea unei astfel de decizii are un efect definitiv cu privire la actul normativ, consecința fiind încetarea procesului legislativ în privința respectivei reglementări.

Pe de altă parte, în condițiile în care prevederile art. 61 alin. (1) din Constituție stabilesc că „Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării”, competența de legiferare a acestuia cu privire la un anumit domeniu nu poate fi limitată dacă legea astfel adoptată respectă exigențele Legii fundamentale. Prin urmare, opțiunea legiuitorului de a legifera în materia în care Curtea Constituțională a admis o sesizare de neconstituționalitate cu privire la o lege în ansamblul său presupune

² Art. 147 alin. (2) din Constituție

³ A se vedea și T. Drăganu, *Efectele juridice ale deciziilor Curții Constituționale în lumina prevederilor Constituției revizuite*, în RDP nr. 1/2004, p. 78.

⁴ Decizia nr. 17/2015, publicată în M. Of. nr. 79 din 30.01.2015; Decizia nr. 308/2012, publicată în M. Of. nr. 309 din 9 mai 2012

parcursul tuturor fazelor procesului legislativ prevăzut de Constituție și de regulamentele celor două Camere ale Parlamentului.

b) Constatarea neconstituționalității unor dispoziții din lege

Curtea a statuat în acest sens⁵ că „decizia prin care obiecția de neconstituționalitate a fost parțial admisă are ca efect deschiderea de drept a procedurii complementare de reexaminare a legii de către Parlament pentru punerea de acord a prevederilor neconstituționale cu decizia Curții Constituționale, conform art. 147 alin. (2) din Legea fundamentală. În cadrul acestei proceduri, Parlamentul poate modifica și alte prevederi legale numai dacă acestea se găsesc într-o legătură indisolubilă cu dispozițiile declarate ca fiind neconstituționale, pentru a asigura caracterul unitar al reglementării și, în măsura în care se impune, va recorela celelalte dispoziții ale legii în cauză. (...) În procedura reexaminării reglementată de art. 147 alin. (2) din Constituție, Parlamentul nu are competența constituțională de a modifica prevederile legale constatate ca fiind constituționale, ci va putea numai să pună de acord prevederile neconstituționale cu decizia Curții Constituționale; desigur, așa cum s-a arătat mai sus, Parlamentul poate modifica și alte prevederi legale numai dacă acestea se găsesc într-o legătură indisolubilă cu dispozițiile declarate ca fiind neconstituționale. Prin urmare, «alte îmbunătățiri» ce ar viza legea criticată se pot face numai prin alte legi sau ordonanțe de modificare și completare”.

1.4. Efecte specifice deciziilor pronunțate în controlului legilor după intrarea în vigoare

În cazul controlului *a posteriori*, dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept⁶.

Deciziile prin care Curtea a constatat neconstituționalitatea unei legi, ordonanțe sau dispoziții dintr-o lege sau ordonanță în vigoare se comunică celor două Camere ale Parlamentului, Guvernului, precum și – pentru informare – autorităților publice implicate. Singura sancțiune prevăzută de textul constituțional pentru nerespectarea termenului de 45 de zile, respectiv a obligației prevăzute de norma constituțională de referință, este aceea că, la expirarea lui, textul constatat ca fiind neconstituțional își încetează efectele juridice.

⁵ Decizia nr. 975/2010, publicată în M. Of. nr. 568 din 11 august 2010.

⁶ Art. 147 alin. (1) din Constituție

1.5. Situație particulară – deciziile interpretative

Sunt decizii interpretative, în sens larg, toate deciziile Curții Constituționale care nu cuprind o simplă declarare a constituționalității/neconstituționalității normelor criticate. În delimitarea deciziilor simple de cele interpretative, avem în vedere atât structura și conținutul considerentelor, cât și ale dispozitivului, respectiv circumstanțierea constituționalității sau neconstituționalității, după caz, în cuprinsul dispozitivului deciziei. Aceasta întrucât, în majoritatea cazurilor, interpretările pe care Curtea Constituțională le realizează doar în cuprinsul considerentelor sunt inerente examenului de constituționalitate, sprijinind construirea raționamentului care conduce la dispozitivul deciziei. Altfel spus, orice decizie a Curții Constituționale are la bază o interpretare juridică, dar nu orice decizie a Curții Constituționale constituie decizie interpretativă.

Desigur că și deciziile interpretative constată constituționalitatea sau neconstituționalitatea, însă într-o anumită interpretare a textului de lege supus controlului de constituționalitate. În acest mod, textul de lege este „salvat”, în sensul că el va fi în continuare aplicat, însă în interpretarea obligatorie stabilită de către Curtea Constituțională, respectiv cu eliminarea acelei interpretări constatată ca fiind neconstituțională.

Acest tip de decizii sunt specifice controlului *a posteriori*, unde obiectul controlului de constituționalitate îl constituie norme în vigoare, iar „salvarea” textului de lege poate fi preferabilă pentru a evita un vid legislativ cu consecințe păgubitoare.

În controlul *a priori* este preferabilă intervenția legiuitorului pentru eliminarea sensului neconstituțional, în concordanță cu decizia Curții Constituționale. Aceasta nu exclude însă posibilitatea recurgerii la mecanismul deciziilor de interpretare, respectiv la pronunțarea unor decizii de conformitate a legii sub rezerva unei anumite interpretări, atunci când există o anumită urgență, intrarea în vigoare a legii fiind vitală pentru viața socio-politică și economică. O asemenea decizie – dar care nu a vizat sensul constituțional/neconstituțional al legii, ci aplicarea sa astfel încât să se asigure caracterul constituțional al acesteia, a avut ca obiect dispozițiile Legii pentru modificarea și completarea Legii nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, cu privire la care Curtea a statuat că sunt constituționale în măsura în care nu se aplică referendumurilor organizate în decurs de un an de la data intrării în vigoare a legii⁷.

În situația constatării constituționalității, respectiv neconstituționalității legii într-o anumită interpretare, aceasta nu își încetează aplicabilitatea, ci continuă să existe în fondul activ al legislației, fiind înlăturată doar interpretarea/interpretările neconstituționale. Referitor la interpretarea

⁷ Decizia nr. 334/2013, publicată în M. Of. nr. 407 din 5 iulie 2013.

constatată ca fiind constituțională, aceasta devine obligatorie *erga omnes* în virtutea art. 147 alin. (4) din Constituție.

2. Conduita legiuitorului în raport de deciziile Curții Constituționale

2.1. Importanța instituirii obligativității deciziilor Curții Constituționale

Obligativitatea deciziilor Curții Constituționale reprezintă un factor de stabilitate a Constituției, precum și a întregului sistem de drept, prin efectul de constituționalizare pe care îl realizează. Totodată, prin intermediul lor se realizează un permanent proces de dezvoltare și adaptare a conceptelor constituționale. Astfel, „dacă multitudinea presiunilor sociale exercitate asupra Curții Constituționale pe calea excepțiilor de neconstituționalitate este un factor perturbator al stabilității constituționale, acesteia i se opune decizia Curții Constituționale care are rolul de a detensiona situațiile conflictuale prin indicarea textului de lege pe baza căruia urmează a fi soluționate cauzele civile, penale sau de altă natură de către instanțele de judecată. În măsura în care aceste decizii absorb în cuprinsul lor transformările petrecute în plan social, ele dau semnificații noi termenilor Constituției, conceptelor cu care aceasta operează, deschizând drumul perpetuei sale înnoiri”⁸.

Deciziile Curții Constituționale constituie, astfel, un factor de uniformizare a dreptului, inclusiv prin valorificarea documentelor internaționale și a practicii instanțelor internaționale și, din această perspectivă, de simplificare a acestuia.

Deplina realizare a acest efecte este însă condiționată de dialogul Curții Constituționale cu legiuitorul, de modul în care acesta din urmă procedează la îndeplinirea obligațiilor sale constituționale raportat la deciziile Curții. Chiar dacă textul constituțional reglementează efectele pe care deciziile de constatare a neconstituționalității le produc, ceea ce înlătură riscul intrării în vigoare, respectiv a aplicării unei legi/norme constatate ca fiind neconstituționale, în practică este necesară intervenția legiuitorului, pentru a acoperi un vid legislativ, pentru a clarifica o anumită normă, pentru a răspunde astfel imperativului securității juridice. Inclusiv în cazul deciziilor interpretative, „salvarea” normei într-o anumită interpretare dată de Curtea Constituțională nu trebuie să fie urmată de o stare de pasivitate din partea legiuitorului. Chiar dacă norma constatată constituțională sau neconstituțională într-o anumită interpretare continuă să se aplice în interpretarea stabilită ca fiind constituțională, este de dorit ca acțiunea Curții Constituționale să fie complinită de cea a legiuitorului, în sensul redactării normei prin înlăturarea sensului constatat neconstituțional sau de a adăuga completările necesare în sensul deciziei Curții Constituționale.

⁸ I. Vida, *Obligativitatea deciziilor Curții Constituționale pentru instanțele judecătorești – factor de stabilitate a Constituției și a practicii judiciare*, în PR nr. 3/2004, p. 202

În practică însă, în lipsa unor sancțiuni exprese, promptitudinea reacției legiuitorului în sensul modificării legii și al punerii de acord cu Legea fundamentală, potrivit deciziei instanței de contencios constituțional, ține de comportamentul constituțional loial. Curtea Constituțională nu îl poate obliga să legifereze și nici nu se poate substitui acestuia, în sensul de a modifica sau completa norma supusă controlului de constituționalitate. O statistică publicată pe site-ul Curții Constituționale, și care evidențiază conduita legiuitorului în raport deciziile Curții Constituționale relevă, deopotrivă, situații în care acesta a dat curs deciziilor Curții, dar și numeroase situații de pasivitate, când constatarea neconstituționalității nu a fost urmată de nicio măsură legislativă⁹.

Există, de asemenea, situații în care legiuitorul a procedat la adoptarea de norme care nesocoteau deciziile Curții Constituționale, sancționate de Curte atunci când a fost sesizată în acest sens.

2.2 Nerespectarea de către legiuitor a deciziilor Curții Constituționale

■ *Constatarea perpetuării viciului de neconstituționalitate în noul act normativ adoptat de Parlament*

Au existat situații în care Curtea Constituțională a României a fost chemată să examineze modul în care Parlamentul României a pus în acord prevederile unei legi cu decizia sa pronunțată în control *a priori*. Astfel, de exemplu, prin Decizia nr. 419/2005¹⁰, sesizată fiind de către Președintele României să se pronunțe cu privire la felul în care Parlamentul României a pus în acord prevederile Legii privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente cu Decizia sa nr. 375/2005¹¹, Curtea a constatat că această punere în acord a fost realizată.

În alte cazuri, Curtea a constatat că viciul de neconstituționalitate a fost perpetuat în noul act normativ adoptat de Parlament, motiv pentru care, pentru aceleași considerente enunțate în precedent, a constatat neconstituționalitatea acestuia. Astfel, prin Decizia nr. 1018/2010¹², în considerarea deciziei sale anterioare în materie (nr. 415/2010) și a obligației Parlamentului de a pune de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Legii fundamentale, Curtea a constatat că „*adoptarea de către legiuitor a unor norme contrare celor hotărâte într-o decizie a Curții Constituționale, prin care se tinde la păstrarea soluțiilor legislative afectate de vicii de neconstituționalitate, încalcă Legea fundamentală. Or, într-un stat de drept, astfel cum este proclamată România în art. 1 alin. (3) din Constituție, autoritățile publice nu se bucură de nicio autonomie în raport cu dreptul, Constituția stabilind în art. 16 alin. (2) că nimeni nu este mai presus de*

⁹ www.ccr.ro, Statistici periodice – Implementarea deciziilor Curții Constituționale, 2010-2015

¹⁰ M. Of. nr. 653 din 22 iulie 2005.

¹¹ M. Of. nr. 591 din 8 iulie 2005.

¹² M. Of. nr. 511 din 22 iulie 2010.

lege, iar în art. 1 alin. (5) că respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”.

De asemenea, atunci când legiuitorul nu a răspuns obligației sale de interpretare autentică a legii, Curtea a procedat la pronunțarea unei decizii prin care, în limitele competenței sale, a supliniit pasivitatea legiuitorului. Astfel, constatând existența unui conflict juridic de natură constituțională între autoritatea judecătorească, reprezentată de Înalta Curte de Casație și Justiție, și autoritatea legiuitoare, reprezentată de Senatul României, prin omisiunea acestuia din urmă de a finaliza procedura parlamentară cu privire la sesizarea Agenției Naționale de Integritate și referindu-se la conduita de urmat în situația dată, Curtea a procedat și la sublinierea unei obligații a legiuitorului menită să înlăture pe viitor astfel de conflicte. Observând că hotărârea Senatului prin care se va dispune cu privire la problema în cauză se întemeiază pe dispozițiile art. 25 alin. (2) teza a II-a din Legea nr. 176/2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice, pentru modificarea și completarea Legii nr. 144/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Integritate, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative, text de lege care prevede că: „*Dacă persoana a ocupat o funcție eligibilă, nu mai poate ocupa aceeași funcție pe o perioadă de 3 ani de la încetarea mandatului*”, și având în vedere cele două interpretări de care este susceptibil textul în discuție, Curtea a constatat că trebuie să existe o concordanță între litera legii și voința inițială a legiuitorului. Ca urmare, Curtea a reținut că „*pentru a decide cu privire la încetarea sau nu a calității de senator, Parlamentul trebuie să procedeze, în prealabil, la interpretarea legală a dispozițiilor menționate, în conformitate cu prevederile art. 69 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, potrivit cărora: «(1) Intervențiile legislative pentru clarificarea sensului unor norme legale se realizează printr-un act normativ interpretativ de același nivel cu actul vizat, prin dispoziții interpretative cuprinse într-un nou act normativ sau prin modificarea dispoziției al cărui sens trebuie clarificat. (2) Interpretarea legală intervenită potrivit alin. (1) poate confirma sau, după caz, infirma ori modifica interpretările judiciare, arbitrale sau administrative, adoptate până la acea dată, cu respectarea drepturilor câștigate»*” – „*prin urmare, Parlamentul României trebuie să declanșeze procedura legislativă în scopul adoptării unei legi prin care fie se interpretează dispozițiile art. 25 alin. (2) din Legea nr. 176/2010*”¹³.

Ulterior, sesizată fiind cu o cauză care a readus în discuție interpretarea aceluiași text de lege și constatând că până la momentul respectiv, contrar art. 147 alin. (4) din Constituție, Parlamentul nu a adoptat o lege care să clarifice sensul sintagmei „*aceeași funcție*” din cuprinsul art. 25 alin. (2) teza a II-a din Legea nr. 176/2010, Curtea a procedat la circumstanțierea înțelesului acesteia

¹³ Decizia nr. 460/2013, publicată în M. Of. nr. 762 din 9 decembrie 2013.

în concordanță cu dispozițiile Constituției, reținând că, deși „în ipoteza de față este în discuție o inacțiune a autorității legiuitoare legislative, Curtea, în virtutea rolului său de garant al supremației Constituției, stabilit prin art. 142 alin. (1) din Legea fundamentală, nu poate ignora viciul de neconstituționalitate astfel creat”; „în absența unei legi care să lămurească semnificația sintagmei menționate, Curtea constată că persistența unei norme, care, prin neclaritatea sa, este susceptibilă de interpretări multiple, ce pot conduce la adoptarea unor soluții juridice diametral opuse într-un domeniu fundamental al statului de drept – ocuparea funcțiilor eligibile –, este contrară principiului constituțional al obligativității respectării Constituției, supremației sale și a legilor”.

Astfel, pornind de la premisa că intenția legiuitorului a fost aceea de a sancționa persoanele cu privire la care s-a constatat încălcarea regimului juridic privind incompatibilitățile sau conflictul de interese, fără a face vreo diferență între tipul funcțiilor electiv deținute, Curtea a constatat că atribuirea pentru sintagma „aceeași funcție” a înțelesului unic de „funcția care a generat starea de incompatibilitate sau conflict de interese” este de natură să lipsească de eficacitate norma juridică respectivă, contrar spiritului Legii nr. 176/2010. Pe cale de consecință, pentru a integra prevederile art. 25 alin. (2) teza a II-a în litera și spiritul Legii nr. 176/2010, astfel încât acestea să corespundă voinței reale avute de legiuitor la momentul adoptării lor, „conținutul acestora trebuie interpretat în sensul că odată constatată definitiv existența unei stări de incompatibilitate sau conflict de interese, persoana în sarcina căreia această stare a fost stabilită decede din dreptul de a mai ocupa orice altă funcție eligibilă, prevăzută de art. 1 din lege, pe o perioadă de 3 ani de la încetarea mandatului”; „în litera și spiritul legii, poate subzista doar interpretarea potrivit căreia o persoană care a ocupat, spre exemplu, funcția de consilier local sau județean și cu privire la care s-a constatat starea de incompatibilitate sau încălcarea regimului privind conflictul de interese nu mai poate ocupa, pe o perioadă de 3 ani de la încetarea mandatului, nicio altă funcție eligibilă (spre exemplu, senator, deputat, primar, consilier local etc.)”. Curtea a admis așadar excepția de neconstituționalitate ridicată în cauză și a constatat că prevederile art. 25 alin. (2) teza a II-a din Legea nr. 176/2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice, pentru modificarea și completarea Legii nr. 144/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Integritate, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative sunt constituționale în măsura în care sintagma „aceeași funcție” se referă la toate *funcțiile eligibile* prevăzute de art. 1 din aceeași lege¹⁴.

■ *Constatarea neconstituționalității soluțiilor legislative*

Constatarea unor situații precum cele relevate mai sus a determinat, de altfel, orientarea Curții Constituționale în sensul constatării neconstituțio-

¹⁴ Decizia nr. 418/2014, publicată în M. Of. nr. 563 din 30 iulie 2014.

nalității soluțiilor legislative. Aceasta înseamnă, atât cantitativ, cât și calitativ, mai mult decât simpla constatare a neconstituționalității dispoziției sau dispozițiilor legale cu privire la care Curtea este sesizată. Controlul de constituționalitate transcende astfel cadrul strict al limitelor sesizărilor adresate Curții, în scopul asanării sistemului legislativ de acele dispoziții care reiau soluții legislative constatate ca fiind neconstituționale. Astfel, de exemplu, observând că, după sesizarea Curții Constituționale cu privire la neconstituționalitatea Legii pentru modificarea alin. (1) al art. 27 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale și înainte de soluționarea acestei sesizări, Guvernul a adoptat O.U.G. nr. 38/2012 pentru modificarea Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale¹⁵, având în structura sa un articol unic care consacră o soluție legislativă identică¹⁶, Curtea a constatat neconstituționalitatea legii cu privire la care a fost sesizată, prin care se elimină atribuția Curții de a se pronunța asupra constituționalității hotărârilor Parlamentului. Totodată, Curtea a reținut – cu referire la ordonanța de urgență ulterioară și care nu forma, din punct de vedere formal, obiect al controlului de constituționalitate – că actele de reglementare primară ulterioare nu pot păstra conținutul normativ al unei norme legale neconstituționale și să se constituie astfel într-o prelungire a existenței acesteia¹⁷. Pornind de la constatarea neconstituționalității acestei soluții legislative și având în vedere prevederile art. 147 alin. (2) și (4) din Constituție, prin mai multe decizii (nr. 728 din 9 iulie 2012¹⁸, nr. 729 din 9 iulie 2012 și nr. 732 din 10 iulie 2012¹⁹), Curtea Constituțională, în temeiul art. 3 alin. (2) din Legea nr. 47/1992, a hotărât cu privire la competența sa de a se pronunța asupra constituționalității hotărârilor plenului Camerei Deputaților, hotărârilor plenului Senatului și hotărârilor plenului celor două Camere reunite ale Parlamentului, luând în considerare, pe de o parte, dispozițiile articolului unic din ordonanța de urgență a Guvernului mai sus arătată și, pe de altă parte, considerentele și dispozitivul Deciziei nr. 727/2012.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 445 din 4 iulie 2012.

¹⁶ Ordonanțele de urgență sunt de imediată aplicare, acestea intrând în vigoare numai după depunerea la Parlament și după publicarea în Monitorul Oficial al României.

¹⁷ Decizia nr. 727/2012, publicată în M. Of. nr. 477 din 12 iulie 2012; a se vedea și Decizia nr. 1615 din 20 decembrie 2011, publicată în M. Of. nr. 99 din 8 februarie 2012; soluția a fost criticată în doctrină, arătându-se că, în cauză, Curtea s-a pronunțat din oficiu asupra O.U.G. nr. 38/2012, procedând „cu exces de putere”, câtă vreme singura situație când se poate pronunța din oficiu privește inițiativele de revizuire a Constituției – a se vedea D.A. Tofan, *L'odysee du contrôle de la Cour constitutionnelle sur les Résolutions du Parlement et des deux chambres. Il s agit vraiment de la garantie de la suprématie de la Constitution?*, în *La Cour Constitutionnelle – garant de la suprématie de la constitution*, Institutul European, 2014, p. 177-193.

¹⁸ Publicată în M. Of. nr. 478 din 12 iulie 2012.

¹⁹ Publicate în M. Of. nr. 480 din 12 iulie 2012.

■ *Obligativitatea considerentelor deciziilor Curții Constituționale*

Chiar dacă această temă reprezintă, practic, o dezvoltare a problematicei efectelor deciziilor Curții Constituționale, referirea repetată realizată chiar în cuprinsul deciziilor Curții reprezintă o modalitate prin care aceasta readuce în atenția autorităților publice implicate în procesul de legiferare problema efectivității justiției constituționale²⁰, în contextul unei vădite instabilități legislative.

Având de soluționat cauze care, așa cum s-a observat în Decizia nr. 1257/2009²¹, pun în discuție *„comportamentul constituțional de ordin legislativ al Executivului față de Parlament și, nu în cele din urmă, față de Curtea Constituțională”*, Curtea a precizat, în chiar cuprinsul deciziilor, care sunt consecințele constatării neconstituționalității, subliniind, totodată, caracterul obligatoriu al acestor considerente. O astfel de practică este necesară, întrucât determină nu doar preîntâmpinarea emiterii unor noi acte normative neconstituționale, ci și înlăturarea acelor acte subsecvente care sunt fundamentate pe acte normative deja constatate ca fiind neconstituționale și, astfel, împiedicarea perpetuării unor situații incompatibile cu principiile statului de drept, astfel cum sunt acestea prevăzute de Legea fundamentală.

Procedând astfel, într-o jurisprudență constantă, începând cu Decizia Plenului nr. 1/1995²² Curtea a statuat că puterea de lucru judecat ce însoțește actele jurisdicționale, deci și deciziile Curții Constituționale, se atașează nu numai dispozitivului, ci și considerentelor pe care se sprijină acesta. În consecință – a reținut Curtea –, atât Parlamentul, cât și Guvernul, respectiv autoritățile și instituțiile publice trebuie să respecte întru totul atât considerentele, cât și dispozitivul deciziilor pe care Curtea Constituțională le pronunță. Acest efect specific al actelor Curții Constituționale este o consecință a rolului său, care nu s-ar putea realiza în mod plinar dacă nu s-ar recunoaște valoarea obligatorie a interpretării date de Curte textelor și conceptelor Legii fundamentale.

Cu privire la utilizarea de către Curte a sintagmei „putere de lucru judecat” aceasta semnifică expresia obligativității *erga omnes* a interpretării pe care Curtea o dă Constituției, obligativitate care se întemeiază pe dispozițiile constituționale ale art. 1 alin. (3) și (5), art. 142 alin. (1) și art. 147 alin. (4). Nu este vorba, așadar, de o autoritate de lucru judecat ca instituție a procedurii

²⁰ A se vedea și: Decizia nr. 17/2015, publicată în M. Of. nr. 79 din 30 ianuarie 2015; Decizia nr. 196/2013, publicată în M. Of. nr. 231 din 22 aprilie 2013; Decizia nr. 163/2013, publicată în M. Of. nr. 190 din 4 aprilie 2013; Decizia nr. 102/2013, publicată în M. Of. nr. 208 din 12 aprilie 2013; Decizia nr. 1039/2012, publicată în M. Of. nr. 61 din 29 ianuarie 2013; Decizia nr. 536/2011, publicată în M. Of. nr. 482 din 7 iulie 2011; Decizia nr. 414/2010, publicată în M. Of. nr. 291 din 4 mai 2010; Decizia nr. 415/2010, publicată în M. Of. nr. 294 din 5 mai 2010.

²¹ Publicată în M. Of. nr. 758 din 6 noiembrie 2009.

²² Publicată în M. Of. nr. 16 din 26 ianuarie 1995.

civile cu care se completează procedura în fața Curții Constituționale, ci de efectul specific al deciziilor Curții Constituționale.

■ *Formularea de recomandări pentru legiuitor*

Distinct de efectele mai sus explicitate, dând expresie aceleiași orientări a Curții Constituționale în raport cu legiuitorul, reținem deciziile prin care sunt formulate „recomandări” pentru legiuitor.

Astfel, de exemplu, prin Decizia nr. 61 din 14 ianuarie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 76 din 3 februarie 2010, Curtea a reținut că *”actuala reglementare a sistemului electoral românesc prezintă o serie de imperfecțiuni, și, ca atare, se impune o reconsiderare a acesteia [...], care să asigure, sub toate aspectele, organizarea și desfășurarea unor alegeri democratice în România. [...] Trebuie, în primul rând, să se pornească de la realitățile economice, politice și sociale ale țării, de la rolul partidelor politice în procesul electoral, de la necesitatea raționalizării Parlamentului și, în final, să fie reglementat un tip de scrutin corespunzător concluziilor desprinse și care să aibă corespondent în tipurile de scrutin care se regăsesc în majoritatea statelor europene”*. Tot astfel, prin Decizia nr. 51/2012²³, Curtea a constatat că este necesară o reexaminare de ansamblu a Legii nr. 35/2008²⁴. În cadrul preocupărilor de revizuire a legislației electorale – a mai reținut Curtea, o atenție sporită trebuie acordată posibilității cetățenilor români cu drept de vot care domiciliază în străinătate de a-și exercita dreptul de vot, în cadrul unei proceduri speciale, care să se desfășoare în corelare cu orele oficiale ale României între care se desfășoară procesul de votare.

De altfel, cu privire la sistemul electoral, Curtea a evidențiat, prin Hotărârea nr. 39/2009²⁵, necesitatea ca întreaga legislație electorală referitoare la alegerea Camerei Deputaților și a Senatului, a Președintelui României, alegerile pentru Parlamentul European, precum și la alegerea autorităților administrației publice locale să fie reexaminată, urmând a fi concentrată într-un cod electoral, ale cărui dispoziții comune și speciale să asigure, în concordanță cu principiile constituționale, organizarea unui scrutin democratic, corect și transparent. Curtea a subliniat că reglementarea sistemului electoral trebuie să se facă, potrivit art. 73 alin. (3) lit. a) din Constituție, prin lege organică adoptată în cadrul dezbaterilor parlamentare, cu respectarea interdicției prevăzute la

²³ Publicată în M. Of. nr. 90 din 3 februarie 2012.

²⁴ care a fost modificată la două luni de la adoptarea de către Parlament prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2008, publicată în M. Of. nr. 409 din 30 mai 2008, și la 5 luni de la adoptare prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 97/2008, publicată în M. Of. nr. 630 din 29 august 2008. Prin această din urmă ordonanță au fost aduse 92 de modificări și completări legii, în condițiile în care legea adoptată inițial de Parlament cu respectarea art. 75 și art. 76 alin. (1) din Constituție cuprindea 76 de articole și o anexă referitoare la circumscripțiile electorale.

²⁵ Publicată în M. Of. nr. 924 din 30 decembrie 2009

art. 115 alin. (6) din Legea fundamentală și cu respectarea documentelor internaționale care stabilesc principiile fundamentale ale unor alegeri democratice.

3. Concluzii

Problematica analizată vizează, în esență, efectivitatea justiției constituționale, care se concretizează în modul în care sunt respectate și puse în executare actele Curții Constituționale. S-a opinat sub acest aspect că *„eficiența deciziilor a fost și este în strânsă legătură cu comportamentul constituțional loial al autorităților publice”*. Întrucât acest comportament implică o mare marjă de apreciere și o componentă de relativitate, considerăm că este necesară intervenția legislativă în sensul consacrării exprese a unor mecanisme de punere în executare, respectiv a unor sancțiuni pentru nerespectarea deciziilor Curții Constituționale²⁶. Având în vedere marea responsabilitatea Curții Constituționale, nu doar cât privește soluțiile pe care le pronunță, ci și de motivarea acestora, precum și de necesitatea unei temeinice argumentări a revirimentelor jurisprudențiale a căror frecvență poate constitui un factor de perturbare a securității juridice, reținem, în final, ideea necesarului echilibru și circumscrierea în normele Constituției și a principiilor statului de drept, a activității și actelor Curții Constituționale, pe de o parte, respectiv ale Parlamentului (și, de altfel, a oricărei alte autorități), pe de altă parte.

²⁶ În unele state europene chiar instanțele constituționale pot avea un rol în desemnarea organului competent să execute decizia sa sau/și de a stabili modul în care va fi pusă în executare; exemplele se regăsesc la adresa www.ccr.ro – al XV-lea Congres al Curților Constituționale Europene, Raport general.

COMPLEXITATE ȘI SIMPLIFICARE ÎN DREPT DIN PERSPECTIVĂ EPISTEMOLOGICĂ

Ion CRAIOVAN*

Abstract:

The proliferation of legal normativity impressive, more or less necessary, excess regulation, legislative duplication, legislative inflation tend to shape a true legal disease in the contemporary world, affecting accessibility, clarity, understanding, quality, efficiency, place and role law in society, social life in general. Among the remedies envisaged and simplify positive law stands – grosso modo – the instrument (technical), and the resulting action to reduce excessive legal normativity. The concept of simplification in law is far from being configuration – at national and European level, even under the pressure of facts was operationalized more intuitive, or initiated and developed extensive political-legal and social processes. No doubt, overcoming this situation involves multiple approaches, theoretical and practical efforts conjugation, systematic social action guided by a conception able to optimize this complex process. In this context, try below, to address legal normativity favorite simplification in terms of knowledge, the rigors of scientific endeavor, with major implications for practice related. I tried to argue that legitimacy, value and effects of legal, social and human simplify legal normativity are deeply marked by how it relates to a painting epistemologic – a general conception of scientific expertise and its specificity in law. It is desirable that this inherent reporting, be informed, explicit and systematic. Of course, this epistemological vision is complex, controversial, always becoming and elusive, but includes highly relevant theses, high-impact, which I tried to invoke, whose ignorance extremely negative consequences.

Keywords: law, complexity, simplification, epistemology, value, hermeneutics

Considerații introductive

Proliferarea impresionantă a normativității juridice, mai mult sau mai puțin necesară, excesul de reglementare, paralelisme legislative, inflația legislativă, tind să contureze o adevărată maladie juridică în lumea contemporană care afectează accesibilitatea, claritatea, înțelegerea, calitatea, eficiența, locul și rolul dreptului în societate, viața socială în genere. Între remediile preconizate se remarcă și simplificarea dreptului pozitiv, înțeleasă – grosso modo – ca instrument (tehnică), acțiune și rezultat de reducere a normativității juridice excesive. Conceptul de simplificare în drept este departe de a fi configurat în

* Prof. univ. dr.; cercetător științific onorific al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; email: icraiovan@yahoo.com.

plan național și european, deși sub presiunea faptelor a fost operaționalizat mai mult intuitiv și s-au inițiat și se derulează ample procese politico-juridice și sociale care îl invocă. Fără îndoială că depășirea acestei stări de fapt implică abordări multiple, conjugarea unor eforturi teoretice și practice, acțiune socială sistematică ghidată de o concepție aptă să optimizeze acest proces complex. În acest context, încercăm în cele ce urmează, să abordăm simplificarea normativității juridice predilect din perspectiva cunoașterii, a rigorilor unui demers științific, cu implicații majore pentru practica aferentă. Desigur că nu ne putem referi decât la câteva repere epistemologice care se impun în materie, o teorie complexă care să eficientizeze acțiunea socială în cauză implicând, după părerea noastră, abordări multi-inter-transdisciplinare, concertarea contribuțiilor unor diverși specialiști – juriști, politologi, sociologi, filosofi, psihologi, economiști, lingviști, oameni de cultură ș.a.

I. Reflecții conceptuale asupra cuplului conceptual complexitate - simplificare în drept

Încercarea de analiză conceptuală a simplificării în drept poate debuta cu configurarea unei clase de entități teoretice cu note distincte dar și interferente, care să rețină, cel puțin termeni ca: tehnică legislativă, tehnică juridică, metodologie juridică, proces legislativ, politică legislativă, politică juridică, proiect social ș.a., dar și termeni ai unei clase conexe: drept de calitate, drept eficient, drept inteligent, raționalitatea dreptului, drept dezirabil, funcții și finalități ale dreptului.

Între vulnerabilitățile conceptuale ale termenului de simplificare în drept, vehiculat în diverse contexte, autorul Mircea Duțu¹ remarcă ipostaza sa lingvistică, de termen menționat de fiecare dată la singular, deși vizează pluralismul, reducționismul semnificațiilor termenului care tinde să fie confundat cu simplismul, ambiguitatea și relativitatea sa în măsura în care nu este conturat în raport cu complexitatea necesară și inevitabilă a dreptului ș.a.

Conceptul de complexitate², abordat lingvistic ca „multilateralitate, multivalență și polivalență” relevă în epistemologia generală, gradul de organizare a unui obiect de orice natură, ideea unei totalități superioare unor părți componente, folosită inițial în biologia holistă, cu aplicare extinsă după elaborarea teoriei generale a sistemelor de L. Von Bertalanffy, fiind astăzi un concept central pentru diferite programe de cercetare. În domeniul social, de pildă în sociologie, conceptul indică faptul că, într-un sistem nu toate elementele pot sta în același timp, în relație cu ele, deoarece numărul posibil de relații

¹ M. Duțu, *Simplificarea legislației și a acțiunii administrative*, în *Pandectele Române* nr. 12/2014.

² A se vedea V. Melchiorre ș.a., *Enciclopedie de filosofie și științe umane*, Ed. All Educational, București, 2004, p. 169.

crește exponențial în raport cu creșterea elementelor, ajungându-se la mărimi care nu pot fi supuse unui control imediat din partea sistemului însuși. Aceasta împiedică realizarea tuturor opțiunilor posibile. Există așadar mai multe posibilități decât se poate comunica și este necesar să se opereze o selecție între diferite relații. Se poate remarca faptul că acest concept implică inherent simplificarea și se instituie polar într-un cuplu complexitate - simplificare. Nivelul de complexitate nu este numai produsul organizării interne a sistemului social, ci depinde și de interacțiunea cu mediul natural și global în care este inserat și cu relația sistem-mediu. Astfel, sistemul poate controla și selecta informațiile din exterior.

În contextul abordării științifice, complexitatea este înțeleasă ca o caracteristică a emergenței unui fenomen din multiple interacțiuni fiind abordată de multe ori, de teoria sistemelor. O distincție relevantă în materie este aceea de complexitate organizată și complexitate dezorganizată (W. Weaver, 1948). Complexitatea dezorganizată este abordată de teoria probabilității și de statistică, de modelele matematice, în timp ce complexitatea organizată reclamă depășirea acestor abordări. Ea pune problema controlului interrelațiilor, a reducerii variațiilor independente, a creării unui regim de corelare și uniformitate a diferitelor interacțiuni, a relevării structurilor care suportă modelări și simulări cu ajutorul computerelor. Un exemplu de complexitate organizată îl constituie sistemele biologice, autoorganizatoare care se adaptează cu succes la mediu, în competiție cu alte sisteme mai puțin organizate sau cu mediul înconjurător, relevându-se că trăsătura complexității este relativă. Astăzi complexitatea constituie obiect disciplinar, multidisciplinar – matematică, informatică, biologie, sociologie –, dar și interdisciplinar, în efortul de a configura o teorie integrativă a complexității.

În relație cu procesul cunoașterii complexitatea impune o teză epistemologică esențială³: un obiect complex – cum este fără îndoială dreptul – nu poate fi cunoscut, decât cu consecințe nefaste, reduționiste și deformatoare, dintr-o singură perspectivă, oricare ar fi aceasta. Așadar, o unică perspectivă, în cunoașterea juridică nu este suficientă, chiar dacă aceasta este asumată de juriști. Mai ales în contemporaneitate, fenomenul juridic internalizează și activează dimensiuni considerate în perioada modernă ca externe, adiacente, puțin relevante. Astfel, din perspectivă filosofică dreptul este un fapt filosofic, cel puțin având în vedere că antrenează în cel mai înalt grad condiția umană, fiind în orice societate un proiect normativ imperativ cu privire la om, un fapt sociologic – *ubi societas ibi jus* –, un fapt politologic – instrument normativ în mâna puterii instituită democratic sau nu, un fapt moral nefiind, în mod esențial, dincolo de bine și de rău ș.a. Cunoașterea juridică este tributară mai multor

³ H. Longino, *Science as Social Knowledge: Values and Objectivity in Scientific Inquiry*. Princeton, Princeton University Press, 1990

paradigme – normativă, conceptuală, morală, comportamentală și trebuie să avem în vedere prin ce paradigmă simplificăm.

Se relevă astfel că abordarea conceptuală a simplificării indică natura sa multidimensională, de concertare a pluralismului punctelor de vedere, astfel încât putem remarca drept trăsături definitorii cel puțin următoarele:

- Integrativitatea. Nevoia realizării unei osmoze între rezultatele oferite de diferite abordări – filosofică, tehnică, științifică ș.a. Astfel, simplificarea încorporează o puternică dimensiune filosofică, de pildă atunci când trebuie să corecteze efectele unui principiu de filosofie juridică privind înțelegerea libertății juridice, a edificării normativității juridice – a reglementa cât mai multe relații sociale pentru a asigura perfecționarea socială și de a promova alt principiu – a da libertate juridică mai mare actorilor juridici, reglementând doar ceea ce este interzis. Abordarea simplificării juridice trebuie să aibă în vedere că tehnica juridică – o demonstrează numeroase cercetări în materie nu este pură, ea cristalizează conținuturi filosofice cum deja am remarcat, fiind impregnată și de concepții politice, sociale, morale ș.a. Astfel, măsurile inițiate în privința simplificării, pe diverse paliere, la nivel național sau regional, reclamă voința politică și alegerea dintre diverse opțiuni, a actorilor politico-juridici la nivel național sau la nivelul Uniunii Europene

- Optimizarea. Simplificarea normelor juridice nu este numai reduționistă, ci propune soluții juridice de text considerate dezirabile, în raport cu textele suprimate. În primul rând trebuie evitate posibilele efecte nocive sau efecte perverse, ca de pildă afectarea unor drepturi și libertăți fundamentale în numele "simplificării". Aceasta implică o viziune asupra dreptului, antrenează înțelegerea lumii contemporane și a omului, chintesența spirituală a epocii, contextul cultural, analiza paradigmatelor de cunoaștere a dreptului, ample procese de interpretare, politica legislativă, radiografia realităților sociale în raport cu un proiect social. La modul ideal ea solicită, așa cum am mai remarcat, echipe pluridisciplinare, alcătuite din juriști, politologi, sociologi, psihologi, filosofi, economiști, lingviști, traducători ș.a.

- Deschiderea practic acțională. Conceptul simplificării normativității juridice este prin excelență, practic, acțional, menit să ghideze transformări și edificări presante de drept pozitiv, apt să susțină proiecte sociale, perfecționarea societății, creșterea calității vieții. De aceea au mare importanță indicatorii de acțiune în materie, implementarea lor susținută promovarea unui drept inteligent, ca una dintre expresiile dezirabile ale simplificării dreptului. Astfel, pentru România s-au făcut evaluări doctrinare în privința simplificării ca remediu și pentru un "rău românesc," a cauzelor care a condus la această situație, a nevoii de reformare a dreptului pozitiv românesc ca sistem flexibil, accesibil și eficient, a contribuției aduse de noile coduri românești la procesul simplificării, a imperativului îndeplinirii programului strategic al Uniunii

Europene în materie⁴. În documentele programatice ale Uniunii Europene⁵ care vizează simplificarea legislației ca program strategic sunt vehiculate termeni operaționali și idei directe precum: stil clar, simplu, concis, perceptibil; principii uniforme de prezentare și legistică; reglementare inteligentă și performantă; elaborarea de politici bazate pe date concrete; consultare a părților interesate; a „evalua înainte de a acționa”; acțiune comună, prioritară și responsabilă ș.a.

Conceptul de simplificare în drept poate fi configurat ca desemnând o activitate inovativă, pluridisciplinară, de reducere a materiei normativității juridice a dreptului pozitiv, stufoase, repetitive, redundante, blocante, cu consecințe sociale nocive, ineficace, prin protejarea semnificațiilor necesare și promovarea unui drept dezirabil

II. Repere epistemologice ale simplificării materiei legislative

1. Realitate. Realitate juridică, realități juridice multinivelare, înțelegerea contextelor

În ce societate trăim? La ce realitate ne referim atunci când abordăm problema simplificării dreptului pozitiv? Abordările contemporane, dintr-o perspectivă sau alta, relevă complexitatea problemei și uneori, caracterul ei bulversant, cel puțin prin ipostazele sale. În acest sens, ilustrăm perspectiva informațională care poate seiza:

"Societatea inertă, al cărei canal refuză, în general, sau anihilează informațiile din afară și oferă universului un minim de răspuns. Societatea receptivă care privește cu aviditate informația pe care o asimilează constituie o memorie bogată, dar reacționează slab în afară. Societatea difuză care acceptă informațiile, reținând foarte puține, transmițându-le cu foarte puține modificări proprii. Societatea activă care caută informația, o organizează, o utilizează și construiește răspunsuri care influențează puternic mediul. Societatea explozivă a cărei viață nu cunoaște proporții normale între fluxul informațiilor exterioare și cele interioare"⁶. O societate a cunoașterii? O societate informațională? O societate a conștiinței (în devenire...)?⁷

Ca element principal al controlului social, dar și ca tehnică de inginerie socială, dreptul trebuie să fie concertat cu alte sisteme normative, să fie

⁴ M. Duțu, *Dreptul – între teoretice și avatarurile mondializării*, Ed. Academiei Române&Universul Juridic, București, 2014, p. 251-260.

⁵ *Documente, etape și comentarii*, în M. Duțu, *op. cit.*, în Pandectele Române nr. 12/2014.

⁶ O. Onicescu, *Principes de logique et de philosophie mathématique*, Edition de l'Académie de la Roumanie, Bucharest, 1971, în V. Stancovici, *Filosofia integrării*, București, Ed. Politică, 1980, p. 268-270.

⁷ V. Stănescu, *Drumul spre libertate. De la cunoașterea senzorială la transcunoaștere*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 24-25

valorificat în funcție de potențialul și valențele sale specifice, adecvat contextului local, național sau global, unei realități multinivelare. Pentru că putem distinge dintr-o perspectivă totalizatoare, holistică, o multitudine de realități – nu toate aceste niveluri pot fi reglementate juridic, dar toate marchează, într-un fel sau altul, dimensiunea juridică, conceperea, interpretarea și aplicarea dreptului: „... realitatea obiectivă; realitatea existențială, a vieții fizice; realitatea virtuală; realitatea onirică, din lumea viselor; realitatea transcendentă, esențială, ascunsă, vizionară; realitatea mistică (ocultă); realitatea escatologică, a memoriei subiectului și a creației acestuia după moarte, care presupune continuitate, extensia și durata depinzând de valoarea memoriei, de la familiar la universal; realitatea cosmică, o realitate care ne proiectează la sursă; telerealitatea, o realitate a televiziunii, pe care o trăim astfel cum ne programează televiziunea, adică înlocuirea conștiinței și a spiritului științific cu contrafacerea și manipularea”⁸. Conceptul de realitate juridică este considerat, de asemenea, destul de ambiguu, având în vedere cel puțin faptul că depinde de această multiplă realitate construită, de fiecare dată altfel, fiind de geometrie variabilă, în funcție de concepția consacrată într-o societate sau alta în privința surselor dreptului – a izvoarelor sale formale –, de contexte. Astfel, o realitate socială poate fi, în același timp, juridică sau nonjuridică în diferite sisteme de drept sau arii juridice naționale. De pildă, consumul unor droguri, prostituția, homosexualitatea sau moartea eugenică. Sau, o realitatea juridică poate deveni nonjuridică prin dezincriminare sau abrogare, după cum o realitate socială devine și realitate juridică, în măsura în care cade sub incidența normelor juridice, fiind posibil ca această situație să fie reversibilă.

Procesul simplificării normativității juridice este nevoit să includă explicația socialului, analiza corelației text juridic – realitate, efortul interpretativ pentru a se stabili ceea ce se poate reduce și ceea ce este dezirabil. În acest sens, câteva idei din literatura de specialitate pot fi avute în vedere:

- Orice observație socială este impregnată de teorie, textele juridice nu sunt motivate numai de spiritul autorității. Sunt implicate interdisciplinaritatea și spiritul integrativ. Modelul pozitivist este bazat pe realitatea empirică, susținând că în științele sociale nu există obiectivitate și că toată cunoașterea este hermeneutică. Trebuie însă gândit în termenii pluralismului epistemologic, care relevă și alte abordări pertinente.

- Importanța schemelor de înțelegere a socialului (J. M. Berthelot)⁹: causal; structural; funcțional; hermeneutic; acțional; dialectic. Se privește realitatea la diferite niveluri. Cunoașterea depinde de paradigma adoptată. De exemplu: holistic/individual. Abordarea structurală (relevantă la nivel macrosocial)/

⁸ *Ibidem*, p. 275.

⁹ J.M. Berthelot (ed.), *Epistemologie des sciences sociales*, PUF, Paris, 2001, p. 457 și urm.

abordarea acțională (la nivel individual); funcționalism/culturalism ș.a. Disciplinele abordează orizontal-economic, geografic, timp social, relații sociale, cultura, mentalul, dar aceste scheme au avantajul că depășesc granițele dintre ele, sunt transdisciplinare.

- Imposibilitatea de a înțelege realitatea socială complet și continuu. Aceasta depinde de poziția observatorului, de nivelul abordat, de schemele de inteligibilitate, de disciplină. Se realizează orizonturi și deschideri, prin conjugarea perspectivelor, care nu trebuie să trunchieze fundamental. Apar diferite modele din diferite "realități". Perspectivile nu pot fi luate în calcul în același timp, dar pot fi analizate în termeni de relevanță.

- Realitatea juridică există ca obiect epistemologic – dar este construită de agent, în funcție de context, invarianți, regulile jocului juridic. Conform normativismului, realitatea juridică este dată de norme iar schema de inteligibilitate este cauzală – validitatea se întemeiază pe norma superioară. Dar ea este insuficientă când se pune problema sensului, a interpretării (ca în arheologie sau istoria artei).

- Cum conceptualizezi faptele depinde de schemele de inteligibilitate. Fundamentul ontologic al dreptului rămâne corpul de norme. Acesta însă nu se poate rămâne închisat. Trebuie valorificați toți vectorii cunoașterii – disciplinaritatea, interdisciplinaritatea, transdisciplinaritatea. Acest efort cultivă nu mituri universale, ci înțelegeri universale, holistice, unitare. De unde și nevoia de interacțiuni și contribuții reciproce între epistemologiile particulare (cum este cazul și al epistemologiei juridice) și epistemologia generală (ca experiență generală a cunoașterii științifice)¹⁰.

2. Raționalitate și valoare în simplificarea dreptului pozitiv

De multe ori, conceptul de raționalitate este înțeles ca o evidență care nu trebuie explicitată, el evocând o trăsătură inerentă a omului, legată în special de gândirea logică, de corectitudinea acesteia, de întemeierea argumentativă și promovarea unui demers clar, accesibil, întemeiat care dă satisfacție principiilor și contextelor logice. Din această perspectivă, a dimensiunii logice a raționalității, procesul simplificării dreptului beneficiază de contribuții clasice, ale logicii aristotelice dar și a altor tipuri de logică, precum logica deontică în contemporaneitate. Ele trebuie să aibă ca rezultat precizia unor termeni, eliminarea unor contradicții legislative, a unor paralelisme, promovarea unor texte juridice coerente ș.a. Abordarea epistemologică a raționalității, reține

¹⁰ G. Samuel, *Does one need an understanding of methodology in law before one can understand methodology in comparative law?*, în M. Van Hoecke (ed.), *Methodologies of legal research. Which kind of method for what kind of discipline*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2013, p. 206-208.

logicitatea ca o ipostază importantă a raționalității dar nu se reduce la aceasta¹¹. Ea este multidimensională și include raționalitatea relevantă de abordarea istorică, teoretică, practică, critică, creativă și care include în câmpul științei valorile ca entități prețuite de comunitățile umane, pentru că dau satisfacție condiției umane a unui timp istoric. Așadar raționalitatea procesului simplificării se configurează numai în măsura în care acest proces se conexează și valorifică experiența istorică a tradiției naționale, a diverselor tipuri de drept, doctrina juridică și jurisprudența – normele imanente ale practicii exemplare ca sursă de obiectivitate, demersul critic al diverșilor specialiști, ea convertind informații din întreaga rețea generală a cunoașterii. Raționalitatea este un concept relativ, construibil în diverse contexte, nu poate fi gândit în afara limbajului, presupune competență, nu este descriptiv, ci valoric și normativ. Raționalitatea astăzi nu mai este un fapt dat, ci este abordată metodologic, ca totalitate de cerințe – care pot fi criticate, schimbate istoric, mereu perfectibile – la care trebuie să ne supunem în gândire, vorbire și acțiune. Ea se raportează în cel mai înalt grad la omul concret al unui spațiu istoric, la destinatarii normelor juridice, la experiența și nevoile acestora, în conformitate cu ceea ce este dezirabil într-o societate democratică, cu valorile cardinale precum demnitatea umană, libertatea, dreptatea, alte drepturi cetățenești care sunt consacrate de Constituția României, de documentele programatice ale Uniunii Europene și de cele universale, precum Declarația universală a drepturilor omului.

3. Interpretare și hermeneutică în simplificarea dreptului pozitiv.

Procesul simplificării dreptului pozitiv este impregnat de interpretarea juridică – specie a hermeneuticii, ca teorie generală a înțelegerii. În acest sens evocăm doar câteva teze, relevante de literatura de specialitate¹²:

- Interpretarea este o schemă de inteligibilitate pentru cunoașterea juridică. Este considerată inima doctrinei juridice. Evoluțiile sale istorice pot avea multiple momente de referință precum dreptul roman, rolul glosatorilor în evul mediu, analiza structurală, hermeneutica deconstructivă (P. Legrand) din drept comparat, configurându-se un traseu sinuos dar care accede de la norme la înțelegeri profunde, la mentalități, la structura lor.

- Se avertizează că reguli juridice înțelese ca similare, fiind identice ca text, depind ca înțeles(!). În procesul interpretativ, diverse paradigme abordează diferit. Astfel, paradigma culturală relevă rolul mentalităților, al valorilor împărtășite, funcționalismul- ceea ce ele trebuie să facă, abordarea dialectică – rolul în contradicțiilor a trecherilor și sintezelor ș.a. Obiectul simplificării nu îl constituie textele identice, ci textele care au identitate de semnificație, fiind

¹¹ A. Botez (coord.), *Privire filosofică asupra raționalității științei*, Ed. Academiei, București, 1983.

¹² G. Samuel, *op. cit.*, p. 177-205.

posibile texte identice cu semnificații diferite, de pildă în dreptul Uniunii Europene în relație cu dreptul intern, lucru ilustrat de studiile de dreptul comparat și situația traducerilor.

- Lingvistica juridică comparativă, a subliniat rolul metodologic al limbajului care este deja interpretant (Wittgenstein). Limba nu este numai o fațadă a dreptului dar și climat preinterpretant¹³.

- Simpla traducere – *ad litteram* – poate fi deformatoare. S-a relevat importanța și solidaritatea de context a normelor, cu concepte, surse, argumentație, bază doctrinară și nevoia de a explora temeiurile lor profunde. Textul juridic este doar scheletul, funcția dreptului depinde de contextul cultural. Trebuie să descoperim dreptul sub camuflaj lingvistic, să căutam gândirea de bază și a reconstrui un drept valid, a argumentelor generale care să nu fie încălcate de particularizări funcționale.

- Dar dreptul are și dimensiuni simbolice și este conectat cu întreaga cultură națională. La extrem, este imposibil să înțelegi integral dreptul străin pentru că diferențele de cultură juridică sunt incomensurabile.

- Un concept juridic nu este numai un cuvânt, el este entitate a unei construcții teoretice și atunci înțelesul său depinde de întreaga construcție¹⁴. În dreptul Uniunii Europene trebuie să interpretăm solidar cu valorile, obiectivele și principiile consacrate de această tipologie contemporană a dreptului. Atunci doctrina juridică nu este numai descriere și reconstrucție dar și parte explicativă a unei construcții mai ample, interdisciplinare, transdisciplinare și cu valențe prescriptive – cum *homo juridicus* construiește socialul și propria sa existență.

În loc de concluzii

Legitimitatea, valoarea și efectele juridice, sociale și umane ale simplificării normativității juridice sunt profund marcate de modul în care aceasta se raportează la un tablou epistemologic – o concepție generală asupra experienței științifice, cât și a specificității acesteia în drept. Este de dorit ca această raportare inerentă, să fie în cunoștință de cauză, explicită și sistematică. Desigur că, această viziune epistemologică este complexă, controversată, mereu în devenire și greu de surprins, dar propune și teze extrem de pertinente, de mare impact, a căror ignorare produce consecințe extrem de nefaste. În acest sens, am invocat spre reflecție o serie de idei directoare precum:

- Demersul științific în drept – vizează un obiect complex – juridicitatea, ca dimensiune a umanului, care nu se poate sustrage altor conexiuni și interdependențe, rămânând deschis teoriei și practicii. În cunoaștere nu există

¹³ J. Husa, *Comparative law, legal linguistics and methodology of legal doctrine*, în M. Van Hoecke, *op. cit.*, p. 209-225.

¹⁴ *Ibidem*, p. 226.

obiecte simple, ci doar simplificate. De aici și obligația considerării și a punctelor de vedere complementare sau rivale.

- Nici un obiect complex nu poate fi cunoscut numai dintr-o perspectivă. Nevoia de deschidere, perspectivelor diverse, de selecții relevante, dar nu blocante.

- Nevoia de relaționare cu centre metodologice diverse, de arsenal și strategii metodologice.

- Lucrurile sunt distincte dar nu separate (B. Croce). Aceasta implică depășirea granițelor care să deschidă spre alte câmpuri de cunoaștere. Trebuie activați toți vectorii cunoașterii: disciplinaritatea, interdisciplinaritatea, transdisciplinaritatea cu deschidere spre transcendent.

- raționalitatea este multidimensională, complexă, având ca referința centrală înțelegerea omului și a sensului vieții, ca proiect minimal comun ceea ce ne unește în mod imperativ: salvarea Terrei, pacea, drepturile omului ș.a.

Această abordare se opune vulgarizării simplificării normativității juridice relevând în mod paradoxal că simplificarea este tot atât de complexă ca și complexitatea pe care dorește să o reducă!

SIMPLITATEA FORMEI ȘI COMPLEXITATEA CONȚINUTULUI NORMATIV AL CONSTITUȚIEI

Dr. **Marius ANDREESCU***

Abstract:

The coding is not only the expression of the political will of the law maker, it firstly is a complex juridical technique for the choosing and systematization of the normative content necessary and adequate to certain social, political, economical, institutional realities. Since Constitution is a law, yet it nevertheless distinguishes itself from the law, the problem is to establish which juridical norms it contains. The solving of this problem needs to consider the specific of the fundamental law and also of the requirements of the coding theory. The determining with all scientific stringency of the normative content of the Constitution is indispensable both for the removal of any inaccuracy in delimiting the differences from the law, for the stability and predictability of the fundamental law and last, but not the least, for the reality and effectiveness of its supremacy.

In our study we realize an analysis based on compared criterions of the techniques and exigencies for the choosing and systematization of the constitutional norms with reference to their specific, to the practice of other states and within a historical context. The analysis is aiming to the actual proposals for the revising of the Constitution.

Keywords: *constitutional norms, constitutional norm establishing criterions, technical-juridical structure, supremacy of Constitution, normative content*

1. PRINCIPIILE DREPTULUI, POSIBILĂ SOLUȚIE LA CERINȚA SIMPLITĂȚII ÎN SFERA JURIDICULUI

Simplitatea este un concept care în mod constant se regăsește în elaborările teoretice ale teologiei, dar și în majoritatea doctrinelor filozofice, fiind asociat ideii de unitate a rațiunii și, în general, a existenței. Înțelegerea conceptului de simplitate, implică un raport comparativ cu accente contradictorii: simplitatea se opune diversității și realităților compuse care nu stau sub o lege sau sub o ordine. Simplitatea nu exclude însă complexitatea conținutului, fie el rațional, al unei idei sau a unei realități obiective. Simplitatea este contrară uniformității: ea este expresia „unului divers în sine”. În planul realității, conceptul de „persoană”, de exemplu, exprimă, în opinia noastră, coexistența dialectică dintre simplitatea formei și adâncimea inepuizabilă a complexității conținutului existențial.

* Judecător, Curtea de Apel Pitești; lector univ. dr., Universitatea din Pitești; email: andreescu_marius@yahoo.com.

Considerăm ca fiind semnificative în planul gândirii filozofice reflecțiile marelui filozof român Constantin Noica: „Ritmul istoriei, în gândirea filozofică. Simplitatea *elementului* presocratic (care dă compunerea lumii), simplitatea *cunoașterii de sine*, cu Socrate, a *Ideii*, cu Platon, a *formeii*, logice și substanțiale, cu Aristotel, a *subiectivității*, cu creștinismul, a *divinului*, cu filozofia medievală, a *naturilor simple*, cu Descartes, a *percepției și reprezentării*, cu empiriștii, a *monadei*, cu Leibniz, a *conștiinței transcendente*, cu Kant, a *Eului*, cu Fichte, a *Spiritului*, cu Hegel. Pulsațiile istoriei”¹.

În sensurile mai sus arătate, simplitatea poate fi acceptată ca un concept fundamental al dreptului, mai ales în forma impusă de realitățile contemporane. În sfera juridicului, diversul, opus simplității, este format în mod deosebit din multitudinile reglementărilor normative, ce nu răspund unei idei unificatoare și unității principiului care exprimă esența. Cerința simplității în sfera juridicului, în opinia noastră, este cel mai bine exprimată și poate fi realizată prin principiile dreptului, deoarece forma lor normativă, simplă, păstrează în același timp complexitatea conținutului.

În cele ce urmează, încercăm o succintă analiză a noțiunii de principiu în drept asociat atât ideii de simplitate, cât și ideii de complexitate a conținutului. Actul normativ care prin natura sa poate să evidențieze cel mai bine această îmbinare între simplitatea formei și complexitatea conținutului, specifică principiului în drept, este constituția. De aceea, vom particulariza analiza asupra principiilor dreptului cu referire la conținutul normativ al constituției.

În filozofie și, în general în știință, principiul are o valoare teoretică și explicativă deoarece este menit a sintetiza și exprima bazele și unitatea existenței umane, a existenței în general și a cunoașterii în diversitatea lor de manifestare. Descoperirea și afirmarea principiilor în orice știință conferă certitudine cunoașterii, atât prin exprimarea *elementului prim*, care există prin el însuși, fără a avea nevoie de a fi dedus sau demonstrat, cât și prin realizarea coeziunii de sistem, fără de care cunoașterea și creația științifică nu ar putea exista. Principiul are multiple semnificații în filozofie și știință, dar pentru demersul nostru științific, reținem pe acela de: „element fundamental, idee, lege de bază pe care se întemeiază o teorie științifică, un sistem politic, juridic, o normă de conduită sau totalitatea legilor și a noțiunilor de bază ale unei discipline”². Locul comun al sensurilor termenului de principiu îl formează *esența*, o categorie importantă pentru filozofie ca și pentru drept.

O bună sistematizare a sensurilor pe care le are noțiunea de principiu este realizată într-o monografie³: „a) principiul întemeietor al unui domeniu al

¹ C. Noica, *Carte de înțelepciune*, Ed. Humanitas, București, 2009, p. 71.

² *Dicționar explicativ al limbii române*, Ed. Republicii Socialiste România, București, 1975, p. 744.

³ Ghe. C. Mihai, R. I. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria și filozofia dreptului*, Ed. All Beck, București, 1997, p. 19

existenței; b) ceea ce ar fi ascuns cunoașterii directe și necesită prelucrări logico-epistemologice; c) concept logic ce ar permite cunoașterea fenomenului particular.” Această sistematizare, aplicată la drept înseamnă: „a) discuția referitoare la esența dreptului; b) dacă și cum am cunoaște esența; c) operativitatea așezării în fenomenalitatea dreptului, corelată sau nu cu esența”⁴. Nevoia spiritului de a urca până la principii este naturală și deosebit de persistentă. Orice construcție științifică sau sistem normativ trebuie să se raporteze la principii care să le garanteze sau să le întemeieze.

Dreptul, deoarece presupune raportul deosebit de complex, între esență și fenomene, precum și o dialectică specifică fiecăreia dintre cele două categorii în planul realității teoretice, normative dar și sociale, nu poate fi în afara principiilor. Mircea Djuvara afirma: „Toată știința dreptului nu consistă în realitate, pentru o cercetare serioasă și metodică, decât în a degaja din multitudinea dispozițiilor de lege esențialul lor, adică tocmai aceste principii ultime de justiție din care derivă toate celelalte dispoziții. În felul acesta întreaga legislație devine de o mare claritate și se prinde ceea ce se cheamă spiritul juridic. Numai astfel se face elaborarea științifică a unei legi”⁵. Sunt actuale cuvintele marelui filozof Kant pe care le propunem spre meditație oricărui legiuitor contemporan: „E veche dorința care, cine știe când?, se va împlini odată: să se descopere o dată, în locul infinitei varietăți a legilor civile *principiile lor*, căci numai în acesta poate consta secretul de a simplifica, cum se spune, legislația”⁶. În opinia noastră acesta este punctul de plecare pentru înțelegerea principiilor dreptului.

În literatura de specialitate, nu există o opinie unanimă cu privire la definirea și semnificațiile principiilor dreptului⁷. Pot fi identificate o serie de elemente comune pe care le subliniem mai jos: a) Principiile de drept sunt idei generale, postulate călăuzitoare, prescripții fundamentale sau fundamente ale sistemului de drept; b) Principiile generale ale dreptului configurează structura și dezvoltarea sistemului de drept, asigură unitatea, omogenitatea, echilibrul, coerența și capacitatea dezvoltării acestuia; c) Autorii disting între principii fundamentale ale dreptului, ce caracterizează întregul sistem de drept și care reflectă ceea ce este esențial în cadrul tipului de drept respectiv și principii valabile pentru anumite ramuri de drept sau instituții juridice.

⁴ *Ibidem*, p. 20

⁵ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 265.

⁶ I. Kant, *Critica Rațiunii Pure*, Ed. Universul Enciclopedic Gold, București, p. 276-277.

⁷ A se vedea în acest sens: I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 30; Ghe. Boboș, *Teoria generală a statului și dreptului*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 186; N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1999, p. 112-114; I. Craiovan, *Tratat elementar de teorie generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 209; R. Motica, Gheorghe Mihai, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Alma Mater, Timișoara, 1999, p. 75.

Una dintre marile probleme ale doctrinei juridice o reprezintă raportul dintre principiile dreptului, normele de drept și valorile sociale. Opiniile exprimate nu sunt unitare, ele diferă în funcție de concepția juridică. Școala dreptului natural, raționalistii, filozofia kantiană și hegeliană a dreptului admit existența unor principii în afara normelor pozitive și superioare acestora. Principiile dreptului se întemeiază pe rațiunea umană și configurează valoric întreaga ordine juridică. Spre deosebire, școala pozitivistă a dreptului, normativismul kelsian consideră că principiile sunt exprimate prin normele dreptului și în consecință nu există principii de drept în afara sistemului de norme juridice. Eugeniu Speranția stabilea o corespondență între drept și principiile dreptului: „Dacă dreptul apare ca un total de norme sociale, obligatorii, unitatea acestei totalități este datorată consecvenței tuturor normelor față de un număr minim de principii fundamentale, ele însele prezentând un maximum de afinitate logică între ele”⁸. În legătură cu această problemă, în literatura de specialitate română s-a exprimat ideea că principiile de drept sunt prescripții fundamentale ale tuturor normelor juridice⁹. Într-o altă opinie, se consideră că principiile de drept orientează elaborarea și aplicarea normelor juridice, ele au forța unor norme superioare, regăsite în textele actelor normative, dar pot fi și deduse din „valorile sociale permanente” atunci când nu sunt formulate expres prin normele dreptului pozitiv¹⁰.

Considerăm că principiile generale de drept se delimitează de normele pozitive ale dreptului, dar indiscutabil există o relație între cele două realități. De exemplu, egalitatea și libertatea sau echitatea și justiția sunt fundamente valorice (valori) ale vieții sociale. Ele trebuie să-și găsească expresia juridică. În acest fel apar conceptele juridice care exprimă aceste valori, concepte care devin fundamente (principii) ale dreptului. Din aceste principii derivă apoi normele juridice. Spre deosebire de celelalte reglementări normative, principiile generale ale dreptului au valoare explicativă deoarece conțin temeiurile existenței și evoluției dreptului¹¹.

Alături de alți autori¹² ne exprimăm opinia, că normele juridice se raportează la principiile dreptului în două sensuri: normele conțin și descriu cele mai multe dintre principii; principiile se realizează apoi prin aplicarea în practică a conduitei prescrise de norme. În raport cu principiile normele juridice au valoare explicativă, teleologică mai restrânsă, scopul normelor fiind să conserve valorile sociale, nu să-și explice rațiunea cauzală a existenței lor.

⁸ E. Speranția, *Principii fundamentale de filozofie juridică*, Cluj, 1936, p. 8. A se vedea în același sens N. Popa, *op. cit.*, p. 114.

⁹ N. Popa, *op. cit.*, p. 114.

¹⁰ I. Ceterchi, I. Craiovan, *op. cit.*, p. 30

¹¹ N. Popa, *op. cit.*, p. 116-117.

¹² N. Popa, *op. cit.*, p. 116-117, R.I. Motica, Gh. C. Mihai, *Teoria generală a dreptului. Curs universitar*, Ed. Alma Mater, Timișoara, 1999, p. 78.

Principiile dreptului sunt expresia valorilor promovate și apărute de drept. Am putea spune că cele mai generale principii ale dreptului coincid cu valorile sociale promovate de drept.

Pot fi identificate câteva trăsături mai importante ale principiilor dreptului:

A) Orice principiu de drept trebuie să fie de ordinul esenței. El nu se poate identifica cu un caz concret sau cu o apreciere individuală a relațiilor juridice. Principiul trebuie să reprezinte stabilitatea și echilibrul raporturilor juridice, indiferent de varietatea reglementărilor normative sau ale aspectelor particulare specifice realității juridice. În consecință, principiul de drept trebuie să fie opus aleatorului și să exprime necesitatea ca esență. Fiind de ordinul esenței, principiile dreptului au caracter generalizator, atât pentru varietatea raporturilor juridice, cât și pentru normele dreptului. În același timp exprimând esențialul și generalul realității juridice, principiile dreptului sunt temei pentru toate celelalte reglementări normative.

Există mari principii ale dreptului care nu depind de consacrarea lor prin norme juridice, dar norma de drept le determină conținutul concret, în raport cu timpul istoric de referință.

B) Principiile dreptului sunt consacrate și recunoscute prin constituții, legi, cutumă, jurisprudență, documente internaționale sau formulate în doctrina juridică.

Cu toată varietatea modului de consacrare și recunoaștere a principiilor dreptului, se desprinde necesitatea cel puțin a recunoașterii lor pentru a putea fi caracterizate și aplicate în sistemul de drept. Această consacrare sau recunoaștere nu este suficient să fie doctrinară, ci trebuie să se realizeze prin norme sau jurisprudență. Trebuie totuși realizată o distincție între consacrarea sau recunoașterea principiilor dreptului, iar pe de altă parte, aplicarea lor.

C) Principiile de drept reprezintă valori pentru sistemul de drept, deoarece exprimă atât idealul juridic, cât și cerințe obiective ale societății, au un rol reglator pentru relațiile sociale. În situația în care norma este neclară sau nu există, soluționarea litigiilor se poate realiza direct în baza principiilor generale sau speciale ale dreptului. Ca ideal, ele reprezintă un temei coordonator pentru opera de legiferare.

Principiile dreptului, prin natura, generalitatea și profunzimea lor, sunt teme de reflecție în primul rând pentru filozofia dreptului. Numai după construcția lor în sfera metafizicii dreptului, aceste principii pot fi transpuse în teoria generală a dreptului, pot fi consacrate normativ și aplicate în jurisprudență. Mai mult, există un cerc dialectic deoarece „înțelesurile” principiilor dreptului, după consacrarea normativă și elaborarea jurisprudențială urmează a fi elucidate tot în sfera filozofiei dreptului.

O asemenea constatare impune totuși distincția între ceea ce am putea numi: *principii construite ale dreptului*, iar pe de altă parte *principii metafizice ale dreptului*. Distincția pe care o propunem are ca temei filozofic deosebirea dintre „construit” și „dat” în drept.

Principiile construite ale dreptului sunt, prin natura lor, reguli juridice de maximă generalitate, elaborate de doctrina juridică sau de către legiuitor, în toate situațiile consacrate explicit de normele dreptului. Aceste principii pot constitui structura internă a unui grup de raporturi juridice, a unei ramuri sau chiar a sistemului unitar al dreptului. Pot fi identificate următoarele trăsături: 1) sunt elaborate în interiorul dreptului, fiind de regulă, expresia manifestării de voință a legiuitorului, consacrată în norme de drept; 2) sunt exprimate întotdeauna explicit prin normele juridice; 3) opera de interpretare și aplicare a dreptului este în măsură să descopere sensurile și determinațiile principiilor construite ale dreptului care, evident, nu pot depăși limitele conceptuale ale acestora stabilite de norma juridică. În această categorie regăsim principii precum: publicitatea ședinței de judecată, principiul contradictorialității, al supremației legii și Constituției, principiul neretroactivității legii, etc.

Principiile metafizice ale dreptului pot fi considerate ca un „dat” față de realitatea juridică și prin natura lor sunt exterioare dreptului. La originea lor nu au o elaborare juridică, normativă, respectiv jurisprudențială. Ele sunt un „dat” transcendental și nu transcendent al dreptului, prin urmare, nu sunt „dincolo” de sfera dreptului, dar sunt „altceva” în sistemul juridic. Altfel spus, reprezintă esența valorică a dreptului, fără de care această realitate construită nu ar putea avea dimensiune ontologică. Nefiind construite, ci reprezentând un „dat” transcendental, metafizic al dreptului, nu este necesar să fie exprimate explicit prin normele juridice. Principiile metafizice pot avea și o existență implicită, descoperită sau valorificată în opera de interpretare a dreptului. Ca dat implicit și totodată ca esență transcendentală a dreptului, aceste principii trebuie să se regăsească, până la urmă, în conținutul oricărei norme juridice și în orice act sau manifestare ce reprezintă, după caz, interpretarea ori aplicarea normei juridice. Trebuie subliniat că existența principiilor metafizice fundamentează și natura teleologică a dreptului, deoarece orice manifestare în sfera juridicului, pentru a fi legitimă, trebuie să fie adecvată unor astfel de principii.

În opinia noastră, principiile metafizice ale dreptului sunt: *principiul dreptății; principiul adevărului; principiul echității și al justiției; principiul proporționalității; principiul libertății*. Într-un studiu viitor, vom expune pe larg considerentele ce ne îndreptățesc să identificăm principiile mai sus menționate ca având o valoare metafizică și transcendentală în raport cu realitățile juridice¹³.

¹³ Pentru dezvoltări a se vedea M. Andreescu, *Scurte considerații despre principiile dreptului și filosofia dreptului*, în *Dreptul*, nr. 12/2012, pp 71-86

II. PRINCIPII ȘI NORME CONSTITUȚIONALE

Normele constituționale sunt prevederi care conțin formularea unor principii generale ale dreptului sau ale dreptului constituțional. Aceste norme consfințesc puterea statală, bazele și organizarea puterii, definesc unele instituții sau consacră principii aplicabile drepturilor fundamentale. În acest context subliniem faptul că reglementările constituționale care conțin formularea unor principii ale dreptului nu pot fi excluse din sfera noțiunii de normă juridică deoarece regăsim ansamblul trăsăturilor specifice acestora¹⁴.

Conformitatea întregului drept cu Legea fundamentală este o consecință importantă a supremației Constituției, și trebuie înțeleasă nu numai prin corespondența în conținut și formă a normelor inferioare ca forță juridică cu cele constituționale dar și prin necesitatea transpunerii regulilor și principiilor constituționale (în spiritul sau litera lor) în alte reglementări juridice.

Reținem ca trăsătură importantă a normelor constituționale, ce decurge din principiul supremației legii fundamentale, posibilitatea și chiar necesitatea de a fi transpusă, concretizată prin reglementări normative, în celelalte ramuri ale sistemului unitar al dreptului. În raport cu acest element de specificitate a normelor dreptului constituțional, este necesar pentru legiuitorul constituant de a stabili un conținut sintetic, generalizator al conținutului acestor norme și nu unul analitic, procedural. În situația în care, în conținutul normativ al unei constituții ar predomina caracterul descriptiv, procedural al normelor, acestea și-ar pierde mult din finalitatea constituționalismului, aceea de a fi un factor generalizator, de esență, pentru întreg sistemul de drept. Totodată, generalitatea formulării normei de drept constituțional, nu exclude claritatea și precizia acesteia. Prin urmare, orice operă de codificare în materia dreptului constituțional, este dificilă deoarece trebuie să îmbine dialectic generalitatea specifică unor norme ce cuprind principii ale dreptului, iar pe de altă parte claritatea și precizia, acestea din urmă absolut necesare pentru a asigura corecta aplicare a lor și a evita în acest fel arbitrarul sau posibilitatea afirmării în numele unor valori constituționale a intereselor politice partizane. În îndeplinirea acestei cerințe, poate fi verificată în practica de transpunere și interpretare a normelor constituționale întâlnită la toate autoritățile statului.

Una dintre problemele importante pentru elucidarea specificului normelor de drept constituțional vizează răspunsul la întrebarea dacă toate prevederile constituționale conțin norme juridice. Dispozițiile constituționale care vizează sistemul economic, social sau financiar sunt norme de drept constituțional cu valoare de principiu și nu simple deziderate politice, deoarece reglementează conduita subiectelor de drept care iau parte la relațiile sociale specifice.

¹⁴ I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2004, vol. I, p. 20; G. Burdeu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 1966, p. 71-90.

Totodată, normele constituționale în discuție stabilesc veritabile drepturi și obligații juridice pentru subiectele de drept. De exemplu obligația constituțională pentru legiuitorul derivat (Parlament sau Guvern) ca în procesul de legiferare să se conformeze acestor reglementări constituționale, în caz contrar poate interveni sancțiunea neconstituționalității actelor normative în cauză. Reținem în concluzie că toate prevederile constituționale conțin norme juridice deoarece au trăsăturile esențiale ale unei norme de drept: prescriu conduita subiectelor cărora li se adresează și generează obligații juridice, iar nerespectarea unor astfel de obligații poate atrage sancțiuni juridice specifice dreptului constituțional.

Structura logico-formală a normei de drept constituțional trebuie să cuprindă toate cele trei elemente: ipoteză – dispoziție – sancțiune. Trăsătura particulară a acestor norme constă în modul de exprimare al sancțiunii. Astfel, pentru mai multe dispoziții poate fi prezentă o singură sancțiune. Totodată există sancțiuni specifice în dreptul constituțional, de exemplu declararea ca neconstituțional a unui act normativ sau revocarea unui organ statal. Dat fiind rolul structurant al normelor de drept constituțional pentru întreg sistemul de drept, aprecierea structurii logico-formală a normelor constituționale trebuie făcută și prin raportarea la alte categorii de reglementări juridice. Pentru reglementările de principiu sau de maximă generalitate cuprinse în legea fundamentală, unele sancțiuni se regăsesc în normele altor ramuri de drept (drept civil, drept penal, drept administrativ). În această privință, soluția de principiu a fost corect menționată în doctrină: „cred că pot fi regăsite sancțiuni chiar în normele constituționale pentru încălcarea oricărei dispoziții cu condiția de a fi identificată exact obligația sau îndrituirea, cu alte cuvinte conduita subiectelor de drept”¹⁵.

Un alt element de particularitate pentru principiile cu valoare normativă ale dreptului constituțional se referă la obiectul de reglementare. Fără a intra în amănunte, reținem ideea cuprinsă în doctrina contemporană, potrivit căreia elementul comun și propriu doar relațiilor sociale care formează obiectul de reglementare al normelor dreptului constituțional, este faptul că acestea apar în procesul instaurării, menținerii și exercitării statale a puterii¹⁶.

Toate normele cuprinse în constituție sunt norme de drept constituțional, și totodată principii ale dreptului, chiar dacă unele dintre acestea reglementează și relații sociale specifice altor ramuri de drept. Având în vedere faptul că dreptul constituțional, în mod deosebit constituția, cuprinde norme cu valoare de principiu referitoare nu numai la organizarea și funcționarea autorităților statului dar și cu referire la sistemul social și economic. În consecință, obiectul de reglementare al dreptului constituțional. Îl formează relațiile sociale care

¹⁵ *Ibidem*, p. 21.

¹⁶ I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 14

apar în procesul instaurării, menținerii și exercitării statale a puterii, sar și cele referitoare la bazele puterii și bazele organizării puterii. Aceste categorii se referă la suveranitatea poporului, caracterele și atributele statului, la teritoriu și populație, inclusiv cele referitoare la trăsăturile fundamentale ale sistemului social economic.

Din punct de vedere tehnic, juridic, obiectul de reglementare al normelor cu valoare de principiu ale dreptului constituțional și implicit al unei constituții, poate fi împărțit în două categorii de relații sociale: a) relații specifice de drept constituțional care se referă la organizarea și exercitarea puterii statale și care nu pot forma obiectul de reglementare pentru alte ramuri juridice; b) relații cu o dublă natură juridică, reglementate atât de normele dreptului constituțional, cât și de normele altor ramuri ale dreptului¹⁷. Existența unor astfel de relații juridice se justifică deoarece între ramurile dreptului nu există o demarcație rigidă. Trebuie să se aibă în vedere și forța juridică superioară a normelor dreptului constituțional, criteriul ce le diferențiază de toate celelalte norme ale dreptului și care le conferă o valoare structurantă pentru întreg sistemul de drept.

III. CONȚINUTUL NORMATIV AL CONSTITUȚIEI

Constituția este o lege, dar în același timp prin forța juridică și conținutul său se deosebește de toate celelalte legi. Totodată, supremația legii fundamentale îi conferă acesteia calitatea de izvor formal principal pentru toate ramurile de drept.

La o analiză comparativă a reglementărilor cuprinse în constituțiile contemporane se constată că diversitatea istorică, politică, socială, națională, culturală, religioasă etc. a statelor, nu are ca rezultat nemijlocit și o diversitate a conținutului normativ pentru legile fundamentale. Conținutul constituțiilor statelor moderne prezintă multe asemănări și uneori formulări aproape identice ale unora dintre instituțiile reglementate¹⁸. Această asemănare este determinată în principal de identitatea obiectului de reglementare a normelor constituționale.

Pe de altă parte, diversitatea de conținut normativ înlătură ideea unor standarde uniforme general valabile pentru constituțiile contemporane. Diversitatea de conținut normativ este consecința faptului că legea fundamentală a unui stat este determinată sub aspectul conținutului de realitățile sociale, politice și economice, de caracterele și atributele statului respectiv exprimate istoric și în același timp de voința legiuitorului constituant, în esență o voință politică, la un anumit moment istoric.

¹⁷ A se vedea I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 16-18; Gh. Iancu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 12-15.

¹⁸ A se vedea C. Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 208-209.

Alături de alți autori, considerăm că definiția științifică a constituției, este principalul criteriu pentru identificarea conținutului normativ. Un astfel de criteriu asigură generalitatea necesară pentru a da un caracter științific elaborărilor științifice în materie și explică în același timp unitatea de reglementare dar și diversitatea normativă constituțională.

Pentru scopul acestui demers științific, reținem esența oricărei încercări de a defini legea fundamentală și anume: „Constituția este așezământul politic și juridic fundamental al unui stat”¹⁹. În accepție juridică, legea fundamentală este actul prin care se determină statutul puterii și totodată ansamblul regulilor juridice, având ca obiect reglementarea instaurării exercitării și menținerii puterii, precum și reglementarea bazelor puterii, a bazelor organizării puterii.

Concepția juridică asupra constituției se poate exprima în două sensuri diferite, respectiv în sens material și în sens formal. Analizate separat, accepțiunea formală și respectiv materială nu pot fi un criteriu suficient pentru identificarea conținutului normativ al legii fundamentale. Acceptarea criteriului formal are drept consecință faptul că legea fundamentală ar putea să reglementeze orice fel de relații sociale, indiferent de importanța lor sau obiectul de reglementare²⁰. Criteriul material este de asemenea unilateral pentru că exclude elementele procedurale, necesare pentru o caracterizare științifică a legii fundamentale. Demersul științific privind identificarea conținutului normativ al constituției trebuie să aibă în vedere cumulat atât accepțiunea formală, cât și materială la care se mai adaugă și dimensiunea politică de care am făcut vorbire mai sus. Prin urmare, considerăm că pot fi identificat trei criterii în vederea stabilirii conținutului normativ al unei constituții:

Stabilirea conținutului normativ al constituției se realizează în funcție de specificul, importanța și valoarea relațiilor sociale reglementate. Ne raliem opiniei exprimate în literatura de specialitate potrivit căreia, spre deosebire de alte categorii de acte normative, normele cuprinse în constituție trebuie să reglementeze relații sociale fundamentale care sunt esențiale pentru instaurarea, menținerea și exercitarea puterii, dar și cele referitoare la bazele puterii, respectiv bazele organizării puterii. De aceea, normele constituționale, sunt totdeauna principii ale dreptului având rol determinant în stabilirea și funcționarea organelor de guvernare și în stabilirea formei statului, respectiv al caracterelor și atributelor acestuia.

Expresia normativă a principiilor constituționale, ele însele simple ca formă normativă, dar complexe prin natura și conținutul determinat de obiectul de reglementare, constituie un izvor și temeiul normativ-valoric al unității și simplității întregului sistem normativ al statului. Raportare legiuitorului la

¹⁹ I Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 88

²⁰ De exemplu Constituția Elveției, prin art. 25 bis instituie reguli de tăiere a bovinelor.

principiile constituționale, nu numai pentru a garanta simpla corespondență formală dintre norma juridică și legea fundamentală, dar mai ales pentru a legifera în sensul acestor principii și având ca finalitatea conținutul acestora, este o condiție pentru a elimina diversitatea de norme, consecința firească a excesului de putere al guvernanților în materie legislativă. Există prin urmare două modalități prin care puterea poate să legifereze: prima, care face abstracție de raportarea teleologică la principiile constituționale și în general la principiile dreptului, urmărind numai corespondența formală cu normele constituționale, și a doua orientată teleologic spre conținutul, sensurile și limitele impuse de principiile dreptului. În prima situație, rezultatul este diversitatea normativă, lipsită de un factor rațional, unificator; în a doua ipoteză există cel puțin posibilitatea realizării simplității și unității sistemului normativ în complexitatea conținutului.

Este important a sublinia dinamismul constituțional. Legea fundamentală este un act dinamic, deschid și într-un continuu proces de cristalizare. Starea de constituționalitate se realizează printr-un proces continuu și complex de interpretare și aplicare a textelor cuprinse în corpul constituției de către autoritățile statului. De altfel, normele constituționale nu pot și nu trebuie să ofere definiții. De exemplu, și în Constituția României există astfel de concepte, definibile pe cale de interpretare și care au format obiectul de analiză al Curții Constituționale: „spirit de toleranță și respect reciproc” [art. 29 alin. (3)]; „identitate” [art. 30 alin. (6)]; „viață particulară” [art. 30 alin. (6)]; „principiile statului de drept” [art. 48 alin. (2)]; „utilitate publică” [art. 44 alin. (3)]; „proporționalitate și morală publică” (art. 53) sau „situații extraordinare” [art. 115 alin. (4)].

Conținutul normativ al constituției trebuie înțeles și determinat și cu luarea în considerare a criteriului teleologic evidențiat în definiția mai sus exprimată. Și anume rolul structurant al legii fundamentale pentru întreg sistemul social, politic și statal, garant al drepturilor și libertăților fundamentale. Legea fundamentală trebuie să realizeze echilibrul dinamic social dar și stabilitatea și armonia instituțională, garantarea eficientă a drepturilor fundamentale, în esență cerințele unei reale democrații constituționale bazate pe valorile statului de drept, a echilibrului instituțional și social și a proporționalității²¹.

²¹ Pentru dezvoltări privind aplicarea principiului constituțional al proporționalității la organizarea statală a puterii a se vedea M. Andreescu, *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 267-298.

VALORILE GENERAL-UMANE CA PLATFORMĂ A SIMPLIFICĂRII ȘI AMELIORĂRII CALITĂȚII DREPTULUI

Dr. Valentin-Stelian BĂDESCU*

Abstract:

Any modern society is characterized by an intense legislative activity, but for it to achieve its objective, namely social progress must be materialized in a legal system stable, unified, correlated and interrelated. Take the necessary measures to ensure a regulatory framework to meet the requirements of accessibility and foresee ability rule of law is an imperative requirement to modernize and improve the quality right through simplification. The complexity of the legal phenomenon has become a record. The law loses its monumentality pyramid intimidating for a plasma rules of increasingly overlapping clasped relations of complementarily, synergy negotiation carried out in the horizontal dimension.

Cuvinte cheie: *the law, the general human values, the doctrine, the complexity of the legal phenomenon, the emphasized legislative instability, the simplification of law*

1. Argumentum

De obicei, când începi și scrii un nou material despre importanța dreptului și rolul său regulator în societate, faci apel la memorie, la bogata bibliografie și doctrina din domeniul studiat. Iată, acum, în acest caz, pentru această lucrare nu am procedat așa, pur și simplu Dumnezeu mi-a relevat primele cuvinte, mi-a dat înțelepciunea și curajul necesar de a porni la drum. Un drum anevoios care presupune o altă abordare, mai puțin tradițională și neconvențională, ci o revenire la origini, la factorii care au configurat geneza dreptului. Mai exact, la acele valori perene care cârmuiesc și statornicesc statutul nostru de ființe umane, pentru că, așa cum ne-a învățat încă din secolul trecut Giorgio Del Vecchio, dreptul nu este decât un regulator al vieții sociale, al relațiilor sociale. El nu poate fi un motor, un creator al unor realități sociale, mai ales într-o societate democratică¹.

Studierea conceptelor valorilor general-umane din perspectivă inter, pluri, și transdisciplinară, moral religioasă și filosofică, implică mai multe paliere și oferă o posibilitate eficientă, dar puțin utilizată la noi, pentru abordarea

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; lect. univ. dr., Universitatea Europei de Sud-Est Lumina București.

¹ Ioan Alexandru, *Scopul revizuirii constituției: consolidarea democrației*, în Revista Academica, nr. 5/2014, p. 41.

multiplelor întrebări în legătură cu simplificarea și ameliorarea calității dreptului. Astfel, ne interesează respectarea unui drept aplicabil între oameni egali, de la Dumnezeu, între stat și cetățenii săi, între state și populația lumii. Nu o facem dintr-un simplu capriciu de autor de carte juridică, doar pentru a atenua din neputința și suferința semenilor noștri care, într-o lume din ce în ce mai globalizată, se simt tot mai singuri și mai abandonați de semenii lor, de statele lor, care cu monstruoase birocratii strivesc sufletele oamenilor și care în ciuda chemării dreptului în ajutorul lor, acesta se depărtează tot mai mult de om. Mai ales că, acum, amploarea și complexitatea fenomenului juridic a devenit o evidență, așa cum afirma destul de recent distinsul și reputatul Profesor univ. dr. Mircea Dușu într-o monografie dedicată științelor juridice din România².

Orice societate modernă se caracterizează printr-o activitate normativă intensă, însă pentru ca aceasta să-și atingă obiectivul urmărit, respectiv progresul social, trebuie să se materializeze într-un sistem legislativ stabil, unitar, corelat și interrelaționat. Adoptarea măsurilor necesare asigurării unui cadru normativ care să răspundă exigențelor referitoare la accesibilitatea și previzibilitatea normei de drept este și o cerință a Curții Europene a Drepturilor Omului care, în jurisprudența sa constantă, a statuat cu valoare de principiu importanța asigurării accesibilității și previzibilității legii, inclusiv sub aspectul stabilității acesteia.

Incertitudinea, fie ea legislativă, administrativă sau legată de practicile urmate de autorități reprezintă un factor important pe care Curtea de la Strasbourg îl are în vedere atunci când apreciază conduita statelor din perspectiva respectării principiilor statuate de Convenția europeană a drepturilor omului, fiind subliniat de către aceasta că atunci când este vorba de o chestiune de interes general, autoritățile publice sunt obligate să reacționeze în timp util, în mod corect și cu cea mai mare coerență³. Mai mult, aceeași instanță a statuat că norma legală trebuie să fie suficient de accesibilă și previzibilă, astfel încât să-i permită cetățeanului să dispună de informații suficiente asupra normelor juridice aplicabile într-un caz dat și să fie capabil să prevadă într-o manieră rezonabilă consecințele care pot apărea. Astfel, într-o hotărâre Curtea a reținut că previzibilitatea legii nu trebuie să fie neapărat însoțită de certitudini absolute⁴. Certitudinea, chiar dacă este de dorit, este dublată uneori de o rigiditate excesivă, or, dreptul trebuie să știe să se adapteze schimbărilor de situație. Există multe legi care se servesc, prin forța lucrurilor,

² Traian Ionașcu, Mircea Dușu, *Istoria științelor juridice în România*, Ed. Academiei Române, București, 2014, p. 119.

³ Pentru detalii, a se vedea, MEMORANDUM, Implicațiile adoptării Legii nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a noului Codul penal asupra republicării unor acte normative, preluat, la data de 22.12.2014, de pe site-ul: <http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=EJj1AM0857k%3D&tabid=2342>

⁴ Este vorba de Hotărârea din 25.08.1998, pronunțată în cauza *Hertel c. Elveția*.

de formele mai mult sau mai puțin vagi, a căror interpretare depinde de practică, așa cum se întâmplă și în cazul judecătorului român. În plus, instanța europeană a decis că legea internă pertinentă care înglobează atât dreptul scris, cât și pe cel nescris, trebuie să fie formulată cu o precizie suficientă pentru a permite persoanelor interesate, care pot apela, la nevoie, la sfatul unui specialist, să prevadă într-o măsură rezonabilă, în circumstanțele speței, consecințele ce pot rezulta dintr-un act determinat.

Numai că, realitatea normativă cu care se confruntă România, Franța, dar și Uniunea Europeană, pentru a da numai câteva exemple, nu poate fi ignorată. Numărul mare al actelor normative adoptate anual a determinat apariția unei instabilități legislative accentuate, cadrul juridic fiind frecvent supus modificării și/sau completării. Totodată, se poate constata faptul că dintre actele normative adoptate în ultima perioadă, un număr destul de mare modifică ori abrogă acte normative adoptate recent. Prin aceasta sistemul dreptului pierde din monumentalitatea sa piramidală intimidantă în favoarea unei plasmă de norme, din ce în ce mai împreunate, suprapuse în raporturi de complementaritate, de negociere, de sinergie, desfășurate în dimensiunea orizontală. Nici pe verticală, lucrurile nu se prezintă altfel. Unul dintre sensurile globalizării sau europenizării, vizează, fără îndoială, extensia geografică maximă, la nivelul planetei ori al Europei, a ceea ce s-ar conveni să denumim pretutindeni și cu aceleași semnificații *drept*, iar ideea unui drept unic sau european, dreptul care ar transcende toate drepturile pozitive, pentru ansamblul oamenilor și nu un drept necesar fiecărei societăți sugerează că oricând am face este inutil. Nu trebuie să ne sugereze nimeni acest lucru, a devenit banal pentru practicienii dreptului, avocați, judecători ori pentru cercetătorii fenomenului juridic că dreptul ca și societatea a intrat într-o criză profundă, nu una economică, financiară, ci una morală. Omenirea trăiește ultimele clipe ale unui sistem obosit, perimat și inadapdat secolului 21. Dinamica societății a atins un punct critic, un punct de la care societatea nu mai poate evolua, ci doar involua. Tehnologia a atins un grad de dezvoltare căruia marea majoritate a oamenilor nu-i mai fac față, fapt ce a influențat în mod paradoxal și complexitatea fenomenului juridic.

2. Complexitatea fenomenului juridic

Complexitatea fenomenului juridic a devenit o evidență. Frontiera între diferitele categorii de norme persistă, desigur, dar ele interacționează, virează spre vag, predominante devenind raporturile de interdependență analoage firelor unei țesături. Așa cum remarca E. Morin, promotorul „gândirii complexe”, „complex” înseamnă „a țese împreună”, iar complexitatea „o țesătură de constituante eterogene, asociate în mod inseparabil.” Dar tot Morin remarca faptul că respectiva complexitate „este un cuvânt-problemă și nu un cuvânt soluție”. Certitudinea, indispensabilă pozitivistilor, tinde să fie înlocuită de

îndoială, de dinamică și permanentă mișcare care marchează din ce în ce mai profund analiza.

Într-adevăr, una dintre marile schimbări în abordarea dreptului o reprezintă abandonarea progresivă a identificării sale cu o gramatică autosuficientă, pentru un discurs juridic fluid, spre a se ajunge la a se înțelege că, înainte de a fi o tehnică, este un limbaj pe care societatea îl ține asupra ei înseși. Și pentru a fi perceput în toate armoniile sale, acest discurs presupune convergența abordărilor prin mobilizarea altor cunoașteri decât cea juridică, asupra unei lumi interdisciplinare și polifonice. De aici concluzia că, în orice caz, complexitatea nu este contrară „simplicității”, complexul nefiind în mod necesar complicat. Ea ar fi mai degrabă contrară unidimensionalității, unilateralității ca denegare a bogăției creatoare a realității. Sunt tot atâtea probleme la care se pot adăuga multe altele cărora, prin cercetări adecvate, trebuie să li se aducă dezlegări corespunzătoare. În orice caz, dacă în privința necesității și oportunității schimbării de abordare, de paradigmă chiar, în sensul analizei dreptului și ca știință, nu numai ca tehnică, nu există îndoială, referitor la câmpul investigațiilor aferente noilor perspective, astfel descrise, discuțiile rămân deschise⁵.

Într-o atare perspectivă, ceea ce ne apare ca soluție salvatoare, este tot dreptul și este dificil să găsești în analele cugetului uman un enunț al căruia gânditor care s-ar potrivi mai bine problematicii acestei conferințe decât „*simplificarea – imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului*”. Este meritul aceluiași sagace teoretician, cercetător, dascăl și remarcabil avocat, profesorul Mircea Duțu⁶, care într-un scurt excurs asupra situației actuale a științelor juridice din România, aduce în discuție noțiunea de „*dreptul suplu*”.

Este adevărat, conceptul aparține doctrinei franceze a dreptului, mai exact, Consiliului de Stat al Franței (instanța supremă de contencios administrativ) care a impus pe piața ideilor și a practicii juridice un nou concept provocator: cel de drept suplu! Documentul recomandă autorităților publice a se dota cu o doctrină a recurgerii și a folosirii frecvente a dreptului suplu, pentru a contribui la politica de simplificare a normelor și promovare a calității reglementărilor legale. Spre a se ajunge aici, s-a avut în vedere multiplicarea actelor oficiale de genul codurilor de bună conduită, recomandărilor de bune practici, în special în domeniul medical, noii guvernante economice a Uniunii Europene. Câteva exemple, foarte diverse, care au ca punct comun a nu impune obligații precise, ci a exercita, într-o societate complexă și incertă unde reglementarea câștigă în extensie și în forță, o funcție apreciată de destinatarii lor. Și lucrul cel mai important: acestea sunt manifestări ale aceluiași fenomen: *dreptul suplu*.

⁵ T. Ionașcu, M. Duțu, *op. cit.*, p. 119.

⁶ Mircea Duțu „*Dreptul suplu*”, între concept și practică, articol publicat în revista *Pandectele Române* nr. 6/2014 și preluat la data de 22.12.2014 de pe site-ul <http://blog.wolterskluwer.ro/2014/07/dreptul-suplu-intre-concept-si-practica>.

Se consideră că publicând un studiu pe această temă, Consiliul de Stat francez exprimă o dublă ambiție. El dorește, mai întâi, să contribuie la conștientizarea producerii și utilizării crescânde a dreptului suplu atât de către actorii publici, cât și de întreprinderi, în Franța și în lume. Din această perspectivă, definiția dreptului suplu pleacă de la examenul dezvoltărilor concrete ale fenomenului și vizează ansamblul de instrumente care răspund la trei condiții cumulative: au ca obiect modificarea ori orientarea comportamentelor destinatarilor lor suscitând, în măsura posibilă, adeziunea lor; nu creează prin ele însele drepturi ori obligații pentru destinatari; prezintă, prin conținutul și modul lor de elaborare, un grad de formalizare și de structurare care le aseamănă cu regulile de drept⁷.

Pentru acuratețea și fluența argumentării vom prelua ad literam textul aceluiași exeget, potrivit căruia o caracterizare sugestivă a fenomenului *dreptului suplu* ne-o oferă în prefața lucrării Jean-Marc Sauvé, vicepreședintele Consiliului de Stat, conform căreia „nu există nicio contradicție între recunoașterea dreptului suplu, precum și a expansiunii sale și o mai bună calitate a dreptului. Dând o mai mare putere de inițiativă actorilor și dincolo de ea mai multă responsabilitate, dreptul suplu contribuie la oxigenarea ordinii noastre juridice. Printr-o utilizare rațională, el poate contribui din plin la politica de simplificare a normelor și la sporirea calității reglementării.” Într-adevăr, postulatul subînțeles al Consiliului de Stat nu este nicidecum cel al devalorizării izvoarelor tradiționale ale dreptului, ori a marilor obiective de păstrare a normativității legii și ameliorare a calității dreptului. În această optică dreptul suplu constituie mai mult o soluție decât un risc. Printr-o folosire rațională el poate contribui la politica de simplificare a normelor și sporire a calității reglementării. Totodată, oferă, înainte de toate, actorilor publici spații de expresie juridică diferite de instrumentele pur prescriptive, care trebuie să rămână legile și celelalte acte normative (juridice). Existența unor atari zone este de natură să consolideze, în contrapunct forța normativă atașată instrumentelor tradiționale ale dreptului, evitând „poluarea” lor prin dispoziții normative. Dreptul suplu permite mai ales o lărgire a gamei mijloacelor de acțiune atât ale autorităților publice, cât și ale actorilor privați, chiar dacă va fi necesar să fim atenți pentru ca aceste norme de orientare a conduitelor să nu se dezvolte și afirme anarhic și nici ca să afecteze negativ principiul legalității. Iar concluzia justă, exprimată și în raportul anual al Consiliului de Stat rămâne evidentă: dreptul suplu nu este marca degenerării ordinii noastre juridice, ci, pur și simplu, semnalul adaptabilității sale. Nu există nicio contradicție între recunoașterea ori expansiunea sa și o mai bună calitate a dreptului. Acordând o mai mare putere de inițiativă actorilor și dincolo de ea de responsabilitate,

⁷ *Idem.*

dreptul suplu contribuie la o veritabilă regenerare a sistemului juridic⁸. Am îndrăzni, fără a ne ridica la anvergura autorilor precitați, să așezăm lângă adjectivul *suplu* și pe cel *simplu*. De ce? Un răspuns, tot simplu, ne oferă dicționarul nostru⁹, care precizează că *simplu* se află în opoziție cu „compus”, „complex”, iar simplitatea este „însușirea sau faptul de a fi *simplu*, lipsit de adaosuri (inutile), de ornamente; sobrietate, de artificialitate, pe când *suplu* se referă la ființe sau despre corpul lor ori despre părți ale acestuia), care are conformație, talie, grosime etc. mică; care are forme puțin proeminente”.

De aceea cred că simplitatea, mai mult decât suplețea, ar asigura mai bine igienizarea, asanarea ori oxigenarea dreptului nostru cel de toate zilele, ea ar da mai multă claritate, zeul suprem căruia trebuie să i se închine toată strădania celor ce fac, aplică sau scriu despre drept. Să scriem fraze scurte, clare. Regula ar trebui să fie și aici aceea că cu cât o problemă este mai complexă cu atât ea trebuie exprimată în scris mai simplu. Exprimarea simplă presupune fraze scurte, directe. O frază cu o structură complicată, arborescentă, cu nenumărate propoziții independente intercalate, nu poate comunica simplu lucrurile complicate. Cel mai probabil, le va complica suplimentar¹⁰.

Oare numai avocații și judecătorii trebuie să fie clari și preciși, textele tratatelor și monografiilor care trasează liniile directoare, actele normative și în general viața noastră nu ar trebui să presupună claritate și precizie, întrucât acolo unde apa este tulbure vor pescui numai pescarii înșelători. Mai ales acum, când tehnologia a transformat lumea și practica juridică așa cum o știam acum o cincizeci de ani. Comunicarea și colaborarea cu clienții și echipa virtuală de consultanți se face în timp real, folosind transmisii securizate peste internet. Modul în care sunt produse și asamblate documentele juridice este în mare parte automatizat. Conectarea cu instanțele virtuale permite vizualizarea imediată a tuturor procedurilor judiciare în care este implicat clientul. Aplicații mobile îți permit să evaluezi instantaneu care sunt potențialele probleme juridice ridicate de un obiect sau de o persoană aflată în apropierea ta. Scopul fundamental al codificării însă nu s-a schimbat. De mii de ani regulile clare și precise pentru toți construiesc o lume mai bună. Aplicațiile software bazate pe coduri matematice au înlocuit în mare parte metalimbajul juridic. Programatorii sunt astăzi arhitecții regulilor care țin societatea în echilibru.

Numai că simplificarea, singură, nu poate fi, în opinia noastră soluția modernizării și ameliorării calității dreptului, mai ales că normele juridice declanșează multe dintre transformările care au loc în jurul nostru, iar dinamica lumii în care trăim este tot mai alertă. O nouă dinamică socială are nevoie de

⁸ *Idem*.

⁹ http://www.dex.ro/index.php?a=srch&d=18&id_srch=f6640ace6c3ddf6fa58e46f7367dfece&il=ro&p=1

¹⁰ A se vedea, pentru alte detalii, T. Neacșu, *Stilul documentelor juridice. Folosește fraze și paragrafe scurte*, în revista Monitorul Jurisprudenței nr. 22/2014.

arhitecți care o pot modela. Juriștii se redefinesc odată cu lumea, pot fi ei noii arhitecți ai codurilor care țin societatea în echilibru? Poate dreptul să asigure în continuare societății din care își trage seva, instituțiile și interacțiunile pe fundamentul actualelor reguli prosperitatea și egalitatea cetățenilor și a țărilor lor în lumea de azi și cea viitoare? Care sunt acele reguli clare și egale ce vor putea produce asanarea legislației și implicit igienizarea dreptului? Răspunsul este clar, vorbim despre acele valori general-umane care pot asigura prin simpla lor receptare simplificarea și ameliorarea dreptului, dar și a dialogului dintre civilizații, așa cum vom încerca să dezvoltăm în secțiunea următoare.

3. Despre valorile general – umane

Este de conceput că una dintre platformele în baza cărora ar putea fi eficientizat dreptul se cere edificată din valorile morale general-umane, numite și valori morale elementare. Recunoscând existența și semnificația valorilor general-umane, este important să se țină cont și de valorile naționale, inclusiv de trăsăturile spirituale specifice fiecărui popor, etnii. Nu întâmplător în Constituție au apărut articole precum acela legat de egalitatea în drepturi, indiferent de religie, indiferent de etnie. Aceste lucruri nu au apărut în Constituție pentru că cineva a crezut că sună bine, ci au fost incluse acolo fiindcă în Europa, timp de sute de ani, s-au dus războaie din astfel de motive. Iar faptul că în toate constituțiile moderne apare egalitatea în drepturi este rezultatul unui proces lung, al unui proces dureros, rezultatul multor războaie și al multor neînțelegeri¹¹.

Cu toată originalitatea obiceiurilor și normelor morale ale diverselor grupuri (mari sau mici) de oameni, în viața acestora există și un substrat moral comun sau cel puțin unele puncte de conexiune în comportamentul lor. Cu alte cuvinte, fiecare sistem moral include în sine (într-o măsură sau alta) elemente general-umane care îi orientează pe oamenii de pretutindeni să se comporte identic în situații și cazuri similare. Prin urmare, nu putem concepe morala unui popor ca o sferă închisă și complet diferită de morala altor popoare. Cu atât mai mult, nu putem admite ca validă, veridică, adevărată poate fi numai o morală (creștină, iudaică, musulmană, budistă etc.), iar celelalte ar constitui o acumulare istorică de non-valori de abateri regretabile și chiar condamnabile de la adevărata moralitate.

Este bine cunoscut că normele/valorile morale ca regulatoare ale relațiilor în societate, au apărut o dată cu formarea colectivităților complexe de oameni, adică mult înainte de apariția religiilor organizate, îndeosebi a celor care le avem la ora actuală. Este, de asemenea, știut că moralitatea constituie pivotul vieții spirituale a oamenilor, ea include în sine considerente privind sensul vieții, scopurile ei finale și mijloacele de realizare a lor¹².

¹¹ Klaus Iohannis, *Pas cu pas*, Ed. Curtea Veche, București, 2014, p. 155.

¹² Alexandru N. Roșca, *Valorile morale general-umane ca platformă a dialogului dintre civilizații*, în dialogul civilizațiilor, Ed. Almor-Plus, Chișinău, 2013, p. 11.

Sunt mai multe reguli comportamentale pe care le regăsim la toate popoarele și care din cele mai vechi timpuri alcătuiesc conținutul principal al tuturor sistemelor morale. Ca dovezi de netăgăduit ale fondului moral comun servesc monumentele literare din India, China, Egipt, Grecia, Babilon, precum și ale altor popoare din trecutul istoric îndepărtat. Citind acestea, dar și altele de felul lor, te fură gândul dacă nu cumva oamenii acelor epoci, rămase mult în urmă erau moral mai curați decât contemporanii noștri. Desigur, structura, conținutul și relevanța normelor morale pot să se modifice odată cu schimbarea condițiilor istorice. Normele, valorile morale sunt impuse de societate, iar ea se află mereu în schimbări de formă și de fond. Pe parcursul secolelor, raporturile dintre societate și individ s-au modificat în favoarea individului, ultimul obținând mai multe libertăți față de prima, mai multe posibilități de a se manifesta de a se evidenția și de a se autoafirma în condiții competitive. Ca rezultat, principiul general acceptat de altădată „Eu nu m-am deosebit de altcineva” astăzi nu mai constituie o virtute, ci mai degrabă un handicap. Cadrul societal contemporan cere de la individ inițiativă, creativitate, originalitate în toate domeniile sale de activitate publică și chiar particulară¹³.

Dar ceea ce ne interesează aici este nucleul moral unic, propriu tuturor popoarelor de oricând, adică acele norme etice care, indiferent de epocă și spațiu natural – geografic rămân mai mult sau mai puțin constante și au menirea de a-l înălța pe om de a umaniza relațiile dintre oameni indiferent de rasă, etnie, religie etc. Din acest punct de vedere, sunt semnificative și alte scrieri vechi, cum ar fi *Cartea cântecelor și imnurilor (Sin Zin)*, din China, Mitul Babilonean despre facerea lumii, Poemul eroic despre Ghilgames, Vedele indiene, Poemele lui Homer etc. unde se spune cu toată claritatea că fericirea și bunăstarea materială, onoarea și respectul ar trebui să aparțină oamenilor de înaltă moralitate. Și tot aici este exprimat regretul că în realitate de întâmplă cu totul altfel, că distincțiile, decorațiile și premiile adeseori se repartizează nu după merite, că beneficiază și prosperă cei amoral și nedrepti. Desigur, în cazul societăților și civilizațiilor secularizate, cu un grad mai înalt al democrației, libertăților individuale etc. „deschiderea ușilor” pentru filiații de la o civilizație la alta se face mai ușor, și acest fapt l-au demonstrat țările occidentale. Problemele ce apar în legătură cu această deschidere, care în Europa s-a dovedit a fi prea largă, țin de contactele și conlucrările intercivilizatorice la nivel interpersonal și intergrup, unde oamenii de diferite culturi comunică, activează și conviețuiesc alături zi cu zi.

O astfel de transformare se obține prin muncă asiduă, iar noi ne aflăm încă abia la început. Încercăm să schimbăm o paradigmă. Este un lucru pe care nu

¹³ *Ibidem*, p. 12.

l-am inventat noi, dar esența schimbării este următoarea: în întreg secolul XX, am transformat dreptul din ceea ce a fost în drept pentru societate. Acum, în secolul XXI, trebuie să transformăm dreptul înapoi, un drept pentru oameni. Această schimbare este complicată, costă mult, iar modificările de paradigmă propriu-zise reprezintă numai o parte din proces. Cea mai importantă dimensiune trebuie să se petreacă în mentalitatea oamenilor, iar acesta este un lucru mai dificil; schimbările de mentalitate iau mai mult timp. Dincolo de orice considerente teoretice spectaculoase sau spectaculare, dreptul nu are forța de a rezolva, în mod eficient, problemele fundamentale cu care se confruntă o societate. Poate, cel mult, să creeze iluzia remedierii acestora. Nu se poate concepe niciun proiect serios de dezvoltare socială fără a lua în considerare gradul său de aplicabilitate și adecvare a sa la mijloacele pe care societatea le are în momentul respectiv la dispoziție. De aceea, în raport cu identificarea și soluționarea problemelor reale, dreptul fără morală este doar un discurs secundar. Uneori, apare falsa impresie că un drept s-a stins sau a rămas doar o etichetă politică. În realitate, s-au produs doar radicale modificări ale principalelor componente ale discursului, echivalând cu fenomene adaptative la somațiile realității. Din cele expuse în lucrarea de față, am putea face unele generalizări și concluzii precum urmează.

4. Concluzii

Am îndrăznit în cercetarea noastră științifică să reflectăm la câteva întrebări cu privire la imperativul modernizării și ameliorării calității dreptului prin simplificare și să privim întreg ansamblul juridic statal nu doar ca pe un produs al forțelor politice și economice, dar să propunem ca normele juridice să devină mai morale întrucât dreptul și morala sunt strâns legate între ele, completându-se reciproc. Cunoștințele acestora au aceeași structură logică și sunt paralele cu informațiile aparținătoare științelor naturii. Dar morala este cea care domină dreptul. În acest spirit nu poate exista regulă de conduită conformă cu justiția să nu fie în același timp și conformă cu morala. Mai mult, ceea ce e greșit moral nu poate fi niciodată corect politic. Fără morală dreptul ar fi o simplă formă lipsită de substanță, unde legea pozitivă este doar cu numele¹⁴. Este acel drept fatalmente flexibil. Rațional vorbind, flexibilitatea dreptului este mai degrabă un capriciu al acestuia pentru a fi mereu contemporan, european, globalizant și globalizator încercând să-și demonstreze astfel utilitatea socială. Altfel, asincronia spațio-temporală și socială a dreptului nu numai că îi convertește semnificația în „baroce” elemente decorative, inutile sau chiar

¹⁴ Sabin Știr, *Fundamentul moral și religios al dreptului*, Ed. Risoprint, Cluj-Napoca, 2014, p. 355.

absurde, dar, uneori, îl transformă în calamitate artificială ceea ce ar putea conduce la un moment dat la blocaj final al sistemului în general, al celui juridic, în special.

Cu referire specială la România, unde sistemul de justiție reprezintă pilonul de bază al statului de drept și, implicit, al unei societăți democratice stabile și responsabile opinăm că fără un sistem de justiție modern, adaptat cerințelor societății contemporane (reducerea duratei proceselor, jurisprudență unitară, integritate, transparență etc.) și capabil să răspundă provocărilor viitorului, nu se poate asigura fundamentul dezvoltării economice și sociale a societății românești. Crearea unui sistem judiciar modern, eficient și transparent implică atât îmbunătățirea cadrului normativ și instituțional aferent, cât și implementarea unor standarde de management la nivelul instituțiilor sistemului judiciar, care să confere calitate actului de justiție.

Procesul de modernizare a sistemului judiciar din ultimii ani, reprezentat în principal de adoptarea a patru noi coduri, a înregistrat progrese incontestabile. Cu toate acestea, provocările care stau în fața sistemului judiciar pe calea eficientizării și funcționării la parametri optimi sunt în continuare numeroase, sistemul trebuind să facă față noilor provocări generate de schimbările la nivel legislativ și de asigurarea resurselor necesare aplicării acestuia. Totodată, prin investirea în capacitatea instituțională a sistemului judiciar, se va asigura și atingerea obiectivului general de creare a unei administrații publice mai eficiente, prin îmbunătățirea capacității de formulare și implementare a politicilor publice în domeniu, sporirea transparenței activității judiciare, precum și prin creșterea calității serviciilor publice furnizate cetățenilor. În acest sens, pentru asigurarea unui act de justiție eficient, accesibil și de calitate, o așteptare legitimă a cetățenilor unei societăți întemeiate pe respectul normei de drept, Guvernul a adoptat Strategia de dezvoltare a sistemului judiciar 2015-2020. S-a pornit de la premisa că modul în care este înfăptuită justiția influențează în mod direct coordonate fundamentale de funcționare a societății românești, precum separația puterilor în stat, securitatea juridică, dezvoltarea economică.

Provocările secolului al XXI-lea în domeniul justiției necesită răspunsuri pe măsură din partea instituțiilor și organismelor responsabile pentru administrarea sistemului judiciar și realizarea actului de justiție, bazate pe managementul strategic integrat, gestionarea eficientă a resurselor, recurgerea la mijloace inovative de soluționare a problemelor justiției¹⁵. Strategia pornește de la nevoile reale ale societății, ale cetățenilor, beneficiari ai actului de justiție, iar obiectivele strategice trebuie asumate și de sistemul judiciar, astfel încât

¹⁵ Preluată la data de 24.12.2014 de pe site-ul: <http://www.just.ro>

Strategia să nu rămână un document de sertar, ci să fie un punct de reper concret în activitatea judecătorilor și procurorilor din România. Scopul final al tuturor acestor demersuri este creșterea încrederii cetățeanului în actul de justiție, pentru că România are nevoie de o viziune unitară de dezvoltare a sistemului astfel încât să reușim să avem o și mai mare celeritate în soluționarea cauzelor, iar justițiabilii să aibă parte de o justiție eficientă și cu costuri cât mai reduse. Mai ales că, la acest moment, în legislația națională există o serie de dispoziții legale căzute în desuetudine sau care înregistrează aspecte de contradictorialitate cu reglementarea în vigoare, se impune realizarea unei asanări a legislației active, potrivit prevederilor art. 17 din Legea nr. 24/2000¹⁶. Astfel, este necesar ca, în procesul de elaborare a proiectelor de acte normative, să se urmărească abrogarea expresă a dispozițiilor legale căzute în desuetudine sau care cuprind aspecte contradictorii în raport cu alte dispoziții legale în vigoare. În acest sens, Strategia vizează asanarea cadrului legislativ în vigoare și cuprinde o serie de măsuri precum:

- inventarierea tuturor actelor normative, la nivel de lege, ordonanțe și ordonanțe de urgență ale Guvernului asupra cărora s-a intervenit legislativ în ultimii ani și care nu conțin dispoziții de republicare și înlocuirea unor acte normative care, datorită numeroaselor intervenții legislative prezintă dificultăți în aplicare;

- promovarea unui act legislativ care să constituie temei de republicare pentru toate actele normative modificate substanțial, având în vedere că unele dintre aceste acte nu au un astfel de temei și concentrarea unor acte normative dintr-un anumit domeniu într-o reglementare unică prin înlăturarea paralelismelor în reglementare.

În contextul inflației legislative, se impune ca, ulterior activității de republicare, să fie realizată și o analiză a cadrului normativ din perspectiva paralelismelor în reglementare. În acest sens, ținând cont și de prevederile art. 16 din Legea nr. 24/2000, este necesară efectuarea de către fiecare instituție a unei evaluări a legislației din domeniul său de competență, din perspectiva existenței acestor paralelisme legislative. În cazul în care astfel de paralelisme sunt identificate, va fi necesară amendarea corespunzătoare a legislației pentru înlăturarea acestora, potrivit alin. (2) al aceluiași articol, fie prin abrogare, fie prin concentrarea materiei în reglementări unice.

Multe dintre aceste norme reglementează situații juridice similare sau chiar identice pentru care nu s-ar justifica emiterea unor reglementări distincte. De asemenea, foarte multe acte normative au suferit multiple modificări în

¹⁶ Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, a fost republicată în M. Of. nr. 260 din 21 aprilie 2010.

intervale de timp foarte scurte, făcând dificilă urmărirea evoluției legislative de către destinatarul normei. Astfel, se poate concluziona că suntem în prezența unui exces legislativ, de natură să determine lipsa de previzibilitate a normei de drept și dificultatea aplicării acesteia. Chiar, numărul mare de decizii pronunțate de către Înalta Curte de Casație și Justiție în soluționarea recursurilor în interesul legii (69 de hotărâri în ultimii 4 ani¹⁷) reprezintă un indiciu al faptului că acest fenomen legislativ poate conduce la interpretări neunitare ale normelor de drept și la lipsa de accesibilitate a acestora.

Mai mult, promovarea unei „bune guvernări” publice presupune raționalizarea modului de funcționare a statului și a instrumentelor folosite, printre care se află și cele de natură normativă. Proliferarea normelor juridice – la nivel național, al Uniunii Europene și internațional – reprezintă astăzi un fenomen general, ce generează costuri – juridice, administrative, economice etc. – tot mai apăsătoare pentru individ și întreaga societate. În aceste condiții și având în vedere mijloacele tehnico-juridice pe care legislația în vigoare le pune la dispoziția legiuitorului pentru a limita efectele unei tendințe de reglementare extensivă, apreciem că se impune asanarea și igienizarea cadrului legislativ în vigoare prin simplificarea, sub diferitele sale aspecte – simplificarea administrativă, a limbajului ori a tehnicilor legislative –, o metodă veche, frecvent utilizată, dar un concept nou care încearcă să se afirme în câmpul teoriei juridice. Simplificarea dreptului ca acțiune administrativ-juridică a cunoscut diverse experiențe naționale și la nivelul UE. Ele au acreditat o serie de principii de desfășurare, au stabilit obiective de atins și promovat metode și tehnici specifice de realizare a acestora.

În fine, în calitate de componentă a proiectului de umanizare societală și reper valoric, dreptul luat ca exigență meliorativă exprimă însăși năzuința de autodepășire a omului, de împlinire în zarea idealului, împlinire mereu reluată în forme istoricește determinate, pe cicluri ale devenirii. Dreptul rămâne în menirea sa, unul dintre criteriile valorice permanente al ascendenței condiției umane. Omul are a se regăsi în câmpul radiant al unei raționalități superioare, obținută prin lucrarea modelatoare a dreptului, ajuns astfel să fie expresia conștiinței de sine.

Privind astfel lucrurile dreptul nu poate absenta de la neconținută construcție și reconstrucție umanizatoare. Problema este aici, după cum credem, aceea de a-l feri de deturnări înstrăinate în raport cu finalitatea sa autentică. În acest sens, omul parte a naturii, a cuprins-o în ființa sa ca dimensiune existențială. Dar propria lui natură privită ca natură umană, dă sens

¹⁷ 2012 – 10 hotărâri de admitere; 2011 – 23 hotărâri de admitere; 2010 – 10 hotărâri de admitere; 2009 – 26 hotărâri de admitere

nou naturalității sale prin achizițiile multimilenare de socialitate și spiritualitate. În cadrul ei se cristalizează valorile împărtășite, principiile și regulile comune. Ele se așează ca un suprastrat pe stratul biosului, de la care primește determinarea, dar o călăuzește sublimând-o superior energetic. Acum natura insului este umană prin condiția la care s-a ridicat. Condiția umană este deja așteptarea a ceea ce trebuie să fie. Omul s-a proiectat prin aceasta în orizontul valorii, al idealului. S-a putut ivi, astfel, și dreptul înțeles ca expresie juridic îndrumătoare a viețuirii neînstrăinate a omului. S-a produs în timp, o transmutație axiologică. Pe fondul ei, dreptul se revendica nu direct naturii umane, datului ei biopsihic, cât condiției umane, adică exigenței valorizatoare a naturii omenești. Perenitatea dreptului stă în perenitatea și universalitatea condiției umane. Aceasta din urmă, vizează un *dincolo*, implică năzuința autodepășirii, în timp ce natura umană nu e decât obiectul ei sau, în cel mai bun caz, rezultatul ei, mereu perfectibil¹⁸.

¹⁸ Ioan Humă, *Dreptul natural, justă măsură a drepturilor omului*, în Studii și cercetări juridice, Anul 1(57), nr. 2/2012, p. 171.

OPORTUNITATEA – FUNDAMENT AL RĂSPUNDERII JURIDICE?

OPPORTUNITY – LEGAL BASIS FOR LIABILITY?

Ana MOCANU-SUCIU*

Abstract:

Legal liability is an institution of great importance in generous range of legal institutions; through its legal and shall ensure compliance by those who despise them or a penalty is imposed for such conduct.

The interest of society to defend itself against acts that are dangerousness for the social values considered important and protected by legal rules is mitigated by the need to respect the fundamental principles that provide legal enforcement of sanctions.

Among the conditions that must be met to become incident liability is committing an illegal act.

In public administration lawfulness of administrative decisions is doubled of opportune character.

It is closely related to the discretionary power of the administrative authorities and its exercise is the exclusive responsibility of these authorities.

In judicial proceedings establishing legal liability often extends the foundation of the legality of decisions subject to control their opportunity.

In judicial trial establishing legal liability often extends the foundation of the legality of decisions subject to control their opportunity. In this paper I analyze the legality of this approach to legal liability conditions.

Răspunderea juridică este una dintre cele mai importante instituții ale dreptului; ca urmare a nașterii raportului juridic de răspundere se nasc obligații în sarcina persoanelor fizice sau juridice în lipsa consimțământului lor, aspect care limitează libertatea de acțiune a destinatarului persoanei obligate.

Pentru aceste motive se impune ca normele juridice să consacre în mod clar și explicit condițiile în care intervine răspunderea juridică pentru a nu se extinde în mod nejustificat, netemeinic sfera împrejurărilor în care intervine răspunderea juridică, legată indispensabil de forța de constrângere a statului care garantează, în acest fel, respectarea dreptului.

Identificarea corectă și deplină a îndeplinirii condițiilor răspunderii juridice este relevantă de împrejurarea că doar încălcarea unei norme juridice la nașterea

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu; email: anasuciucop@gmail.com.

ilicitului, indiferent cât de gravă este încălcarea unor norme sociale de altă natură decât normele juridice: norme morale, norme economice, norme religioase, etc., dar care nu se bucură de apărarea lor prin forța de constrângere a statului.

În doctrină au fost identificate condițiile răspunderii juridice, care sunt aplicabile oricărei forme a răspunderii juridice, indiferent de natura sau scopul acesteia. Acestea sunt următoarele:

- Existența unui subiect de drept cu capacitate de a răspunderii, care devine subiectul răspunderii juridice și care are obligația de a suporta consecințele faptelor sale stabilite în final prin actul de sancționare emis în urma unei proceduri reglementată de lege;

- Existența unei fapte ilicite săvârșite de subiectul răspunderii juridice sau, atunci când legea permite, de persoanele pentru care este obligat să răspundă;

- Săvârșirea faptei cu vinovăție, iar în unele cazuri, precum în dreptul penal, cu forma de vinovăție prevăzută de lege;

- Fapta ilicită care fundamentează declanșarea procedurii de aplicare a sancțiunii să fi produs un rezultat periculos, fie că este un rezultat material, fie că este un rezultat care nu se materializează într-o modificare fizică, ci constă într-o stare de pericol, rezultat care pune în pericol valorile sociale apărute prin normele juridice;

- Existența unei legături de cauzalitate între fapta săvârșită și rezultatul periculos;

- Inexistența unor împrejurări care înlătură caracterul ilicit al faptei sau răspunderea juridică.

Din ansamblul condițiilor răspunderii juridice oportunitatea are relevanță în procesul de stabilire a caracterului ilicit al faptei săvârșite de subiectul răspunderii juridice sau de persoanele pentru care este ținut să răspundă.

În conturarea noțiunii de faptă ilicită legiuitorul face trimitere în permanență la lege, arătând că răspunderea intervine pentru fapte prin care sunt încălcate norme juridice. Astfel, art. 1357 alin. (1) C. civ. instituind răspunderea pentru fapta proprie dispune că „Cel care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârșită cu vinovăție, este obligat să îl repare”.

Conturând caracterul legal al sancțiunilor de natură penală art. 1 C. pen. dispune că «(1) Legea penală prevede faptele care constituie infracțiuni. (2) Nicio persoană nu poate fi sancționată penal pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală la data când a fost săvârșită». În aceleași coordonate este definită și infracțiunea în art. 15 alin. (1) ca fiind fapta prevăzută de legea penală săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o. (2) Infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale». Tot prin raportare la încălcarea normelor juridice Codul muncii definește abaterea disciplinară în art. 247 alin. (2) ca fiind „o faptă în legătură cu munca și care constă într-o acțiune sau inacțiune săvârșită cu vinovăție de către salariat, prin

care acesta a încălcat normele legale, regulamentul intern, contractul individual de muncă sau contractul colectiv de muncă aplicabil, ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici ” iar Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici dispune în art. 75 că răspunderea juridică a funcționarilor publici este atrasă de încălcarea cu vinovăție a îndatoririlor de serviciu. Abaterea disciplinară este definită în Statutul funcționarilor publici de art. 77 ca fiind „încălcarea cu vinovăție de către funcționarii publici a îndatoririlor corespunzătoare funcției pe care o dețin și a normelor de conduită profesională și civice prevăzute de lege”.

Din examinarea acestor definiții legale a faptelor ilicite care atrag răspunderea juridică se observă că, deși de natură juridică diferite, au în comun fundamentul răspunderii: încălcarea unei norme juridice și nu a unor norme de altă natură juridică, respectiv economică, morală, religioasă, etc.

În practică deseori ridică probleme identificarea limitei până la care autoritatea de control poate să aprecieze că acțiunea subiectului controlat se încadrează în limite legale atunci când acesta are posibilitatea de a acționa nu doar în temeiul legalității, ci și în temeiul oportunității.

În doctrină au existat două curente de idei cu privire la raportul dintre legalitate și oportunitate. Astfel, o parte a doctrinei susține ideea că oportunitatea este un element component al legalității, astfel că se poate aprecia valabilitatea unui act juridic și pentru neoportunitate, iar o altă parte a doctrinei susține că legalitatea este distinctă de oportunitate¹.

Având în vedere evoluția legislației și practicii judecătorești se poate constata apariția unui curent care conciliază opiniile anterioare și care apreciază că atunci când subiectul de drept poate să acționeze în baza oportunității acesta nu este scutit de a respecta legislația în vigoare, astfel că principiul legalității nu are de suferit². Este subliniat caracterul distinct al oportunității manifestată în domeniul administrației publice prin puterea discreționară de care dispune aceasta de legalitate, arătându-se că rămâne pe deplin valabilă definiția dată de Michoud puterii discreționare: „Există putere discreționară ori de câte ori o autoritate acționează liber, fără ca să-i fie dictată conduita sa, printr-o regulă de drept.”

Sub acest aspect considerăm că este sugestivă concluzia unui autor³: „Războiul Troian a durat zece ani, după Homer. Puțin, dacă îl comparăm cu lungimea disputei teoretice care a marcat ultimul sfert de veac al secolului XX, iscată pe marginea raporturilor posibile dintre legalitatea și oportunitatea

¹ Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 41 și urm;

² Dana Apostol Tofan, *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 9 și rum;

³ Ovidiu Podaru, „Școala de la București ”versus ”Școala de la Cluj”: război troian sau pseudo-conflict?, *Studia Jurisprudenția Cluj Napoca* nr. 2/2009, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=303>

actului administrativ. O dispută atât de lungă, încât a căpătat, pe alocuri, valențe teatrale”.

Situații relativ sensibile, ce se impune a fi corect apreciate, se nasc atunci când în cadrul controlului administrativ exercitat fie de autorități ierarhic superioare asupra autorităților ierarhic inferioare, fie de autorități de control specializate, precum Curtea de Conturi, obiectivele controlului nu vizează strict aspecte de legalitate, ci și aspecte ce țin de oportunitate. Astfel, dacă interesul public este un element structural al eșafodajului legalității activității administrative, oportunitatea este dreptul de apreciere sau puterea discreționară a autorităților publice care se concretizează într-o anume libertate de care se bucură administrația publică în activitatea sa⁴.

Curtea de Conturi este instituția specializată care exercită controlul asupra modului de formare, de administrare și de întrebuințare a resurselor financiare ale statului și ale sectorului public⁵.

Deși activitatea de control desfășurată de Curtea de Conturi este definită de art. 2 lit. a) din Legea nr. 94/1992 ca o activitate „prin care se verifică și se urmărește modul de respectare a legii privind constituirea, administrarea și utilizarea fondurilor publice” constatăm că aceasta este dublat de un control de oportunitate, denumit audit al performanței, care vizează „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.” [art. 2 lit. d)].

În continuare, respectiv în art. 2 lit. f)-h) aceste concepte sunt definite din perspectiva managementului și nu a legalității. Eficacitatea reprezintă gradul de îndeplinire a obiectivelor programate pentru fiecare dintre activități și raportul dintre efectul proiectat și rezultatul efectiv al activității respective; eficiența reprezintă maximizarea rezultatelor unei activități în relație cu resursele utilizate iar economicitatea este definită ca minimizarea costului resurselor alocate pentru atingerea rezultatelor estimate ale unei activități, cu menținerea calității corespunzătoare a acestor rezultate.

Deși prin aceste obiective ale controlului se excede sferei controlului de legalitate, legiuitorul revine la limitele firești ale acestui control și dispune că în opinia de audit se exprimă concluzia auditorului care se exprimă în scris asupra situațiilor financiare și/sau a programului sau activității auditate, în legătură cu realitatea, fidelitatea și conformitatea acestora cu *reglementările* aplicabile domeniului.

Caracterul legal al controlului este subliniat și de definirea expresă în lege a legalității și regularității pe care auditorul extern le urmărește în activitatea de

⁴ Anton Trăilescu, *Drept administrativ*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 206;

⁵ Art. 1 alin. (1) și art. 21 alin. (1) din Legea nr. 94/1992 cu privire la organizarea și funcționarea Curții de Conturi, republicată în M. Of. nr. 238 din 3 aprilie 2014;

audit. Astfel, legalitatea reprezintă „caracteristica unei operațiuni de a respecta toate prevederile legale care îi sunt aplicabile, în vigoare la data efectuării acesteia” [art. 2 lit. n)], iar regularitatea reprezintă „caracteristica unei operațiuni de a respecta sub toate aspectele ansamblul principiilor și regulilor procedurale și metodologice care sunt aplicabile categoriei de operațiuni din care face parte” [art. 2 lit. q)].

Controlul exercitate de Curtea de Conturi prezintă un interes tot mai accentuat în ultima perioadă având în vedere faptul că în numeroase situații rapoartele de control emise de această instituție fundamentează începerea urmăririi penale pentru infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul săvârșite de persoanele cu atribuții în gestionarea bugetelor publice.

Ca urmare, subliniem importanța decelării concluziilor cu privire la legalitatea formării, administrării și utilizării fondurilor publice de concluziile cu privire la oportunitatea acestora, circumscrise sub forma analizării eficienței, eficacității și economicității utilizării lor.

Considerăm că atragerea răspunderii juridice poate să se producă doar ca urmare a încălcării normelor juridice, nu și pentru derapajul de la reguli și principii de altă natură, de regulă de natură economică, așa cum sunt cele trei caracteristici analizate în cadrul controlului administrativ efectuat asupra unei activități din sectorul public.

Pentru aceste aspecte poate interveni răspunderea doar dacă obiective de altă natură decât juridică au dobândit caracter juridic prin consacrarea lor în acte juridice, precum obiectivele stabilite în cadrul contractului de management.

În acest sens s-a arătat că mențiunile auditorilor trebuie să vizeze fiecare dintre elementele arătate, respectiv legalitate, eficacitate, eficiență și economicitate, însă sunt circumscrise tot noțiunii de legalitate atunci când se precizează că „orice constatare a unei nelegalități va trebui să indice textele legale imperative încălcate în cursul realizării operațiunii supuse controlului, după cum orice încălcare a regularității va trebui constatată prin referire expresă la principiile sau regulile procedurale, metodologice ce nu au fost respectate în cursul operațiunii respective”⁶.

Cu toate acestea, apreciem că nu întotdeauna respectarea normelor juridice materiale și procedurale aplicabile operațiunilor desfășurate în cadrul activității administrației publice asigură și atingerea unor obiective extrajuridice, precum cele de natură economică deoarece în cadrul constantelor dreptului sunt recunoscute legile obiective din natură și societate⁷ care scapă voinței legiuitorului care este oglindită în norma juridică. De asemenea, pot interveni o serie de factori externi (crize economice, mișcări sociale, creșterea șomajului,

⁶ Dan Drosu Șaguna, *Recuperarea prejudiciului constatat în urma controlului Curții de Conturi – între norme speciale și principii*, în *Curierul Judiciar* nr. 3/2013, p. 137-138;

⁷ Ioan Santai, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Alma Mater, Sibiu, 2014, p. 145;

calamități naturale, etc.) care pot influența acțiunile administrației și care pot conduce la costuri mai ridicate pentru prestarea unui serviciu public și, implicit, la reducerea economicității operațiunii administrative.

Această distincție considerăm că prezintă relevanță pentru determinarea competenței instanței de judecată de a cenzura și, bineînțeles, de a desființa actul juridic atacat ori de a dispune măsuri reparatorii; instanța de judecată, chiar instanța de contencios administrativ, este competentă să cerceteze doar legalitatea actului juridic sau operațiunii supusă analizei și nu alte elemente care pot releva un caracter neoportun, dar legal al acesteia.

Ca urmare condiția acțiunii ilicite care fundamentează răspunderea juridică este necesar a fi îndeplinită și în cazul controlului efectuat asupra operațiunilor derulate de administrația publică întrucât, astfel cum s-a remarcat⁸, „Față de necesitatea îndeplinirii condițiilor răspunderii în vederea recuperării prejudiciului, se impune determinarea sferei faptelor ilicite cauzatoare de prejudicii, astfel cum acestea pot fi descoperite de controlul Curții de Conturi, în limitele elementelor acestui control. (...) ...indiferent de particularitățile care dau conținut fiecărui astfel de element supus controlului, o faptă ce a cauzat prejudicii nu poate fi considerată ilicită decât în măsura în care încalcă o prevedere legală”.

Având în vedere aceste aspecte considerăm că documentele care cuprind concluziile auditorilor externi ai Curții de Conturi sau ai altui organism cu atribuții generale sau speciale de control nu pot constitui prin ele însele temeiul și singura probă pentru angajarea răspunderii juridice; instanța de judecată are rolul, pe de o parte, să deceleze motivele de nelegalitate de motivele de neoportunitate invocate în actul de control în legătură cu operațiunile administrative controlate, iar pe de altă parte are dreptul, dar și obligația în temeiul principiului nemijlocirii, de a verifica temeinicia motivelor de nelegalitate și, de aici, existența faptei ilicite, care rămâne singurul fundament al răspunderii juridice, indiferent de natura sa.

⁸ Dan Drosu Șaguna, op. Cit., p. 139;

“SMART REGULATION” – FACTOR ESENȚIAL ÎN AMELIORAREA ACCESULUI LIBER LA JUSTIȚIE

Minodora CLIVETI

Abstract:

Legislation encompasses the regulating norms at the level of a state or international organization. Legislation should include norms that are clear, simple and easy to understand in order to facilitate knowledge at the level of the recipients and implicitly to improve unhindered access to justice.

The characteristics of legislation have become an object of analysis at the EU level especially in the context of the enlargement process where the EU had to cope with various national judicial norms which influenced the applicability of some of EU's fundamental principles such as subsidiarity and proportionality.

Measures taken at the EU level in view of simplifying legislation should be accompanied by similar measures at national level.

“Smart regulation” entails a reform in the rule of law starting from its “cell” – the judicial norm: optimizing drafting, anticipating effects, effective monitoring of impact, facilitating contact between the norm and its target recipients – the ones that implement it as well as the ones that need to respect it. Justice becomes truly accessible when legislation is clear, predictable, known and therefore in position to be respected.

Keywords: *legislation implementation, smart regulation, access to justice*

Legislația reprezintă ansamblul actelor normative la nivelul unui stat sau al unor organizații internaționale. Legislația trebuie să cuprindă norme clare, simple, ușor de înțeles și accesibile, acestea fiind caracteristici de natură a facilita mai buna cunoaștere a normei juridice de către destinatarii acesteia, cu un rol implicit în ameliorarea accesului liber la justiție.

Caracteristicile legislației au devenit obiect de analiză la nivelul Uniunii Europene mai ales după extinderea acesteia, când Uniunea s-a văzut obligată să facă față unor norme juridice naționale extrem de variate, care distonau sau puneau în discuție, de multe ori, aplicabilitatea unora dintre principiile fundamentale de funcționare a legislației, respectiv principiul subsidiarității și principiul proporționalității.

Expres prevăzute de Tratatul Unional în art. 5 alin. (4) și (5) al Protocolului la tratat, aceste principii reprezintă pietre de hotar care impun statelor membre modalități clare de reglementare a diferitelor domenii prin intermediul normelor juridice. Se impune ca proiectele de acte normative să fie justificate prin prisma acestor principii, să conțină expuneri de motive și de oportunități ale necesității

adoptării acestora, în așa fel încât, respectând principiile invocate, să se realizeze armonizarea intereselor Uniunii, a guvernelor naționale, a autorităților locale, entităților comerciale și, mai ales, ale cetățenilor.

În discursul său privind starea Uniunii din 2013, președintele Comisiei Europene, Jose Manuel Barroso, sublinia importanța unei reglementări inteligente și declara că Uniunea Europeană trebuie să fie „mare, pentru aspectele majore și mai mică, pentru aspectele mai nesemnificative”, subliniind importanța subsidiarității și considerând că „subsidiaritatea nu este un concept tehnic. Este un principiu democratic fundamental. O Uniune apropiată de cetățenii europeni presupune ca deciziile să fie adoptate cât mai deschis posibil și cât mai aproape de cetățeni”¹.

Încă din 1992, prin declarația de la Birmingham a fost afirmat angajamentul ferm al instituțiilor europene în direcția creării unei legislații clare, constante, accesibile, iar prin Acordul instituțional din 22 decembrie 1998 realizat între Parlamentul European, Consiliul Uniunii Europene și Comisia Comunităților

Europene s-a stabilit foaia de drum în vederea realizării acestui obiectiv privind actele normative comunitare.

S-a recomandat și elaborarea unui ghid de bune practici, iar Parlamentul European s-a implicat activ în rezolvarea în concret a acestei ținte strategice. În decizia Parlamentului European privind modificările ce trebuie aduse regulamentului de procedură al PE pentru adaptarea procedurilor interne la cerințele de simplificare a legislației comunitare², ca și în Raportul privind programul „O mai bună legiferare în UE”³, se subliniază importanța deosebită a unei legislații clare, limpezi, accesibile. Se propune chiar înființarea unui Comitet independent pentru evaluări de impact în vederea monitorizării impactului modificărilor legislației. Se propune ca statele membre să pună în practică mecanisme de consultare și programe de simplificare a legislației.

O mai bună legiferare este caracterizată drept una care contribuie la reducerea birocrăției și a sarcinii administrative, dar și care vizează dereglementări, simplificarea legislației existente, participarea tuturor actorilor guvernamentali și neguvernamentali relevanți la procesul legislativ, inclusiv cei ce le pun în aplicare.

Preocuparea PE în acest domeniu se menține, astfel încât la 23 iulie 2012 este prezentat raportul Comisiei de afaceri juridice: „O mai bună legiferare – Aplicarea principiilor subsidiarității și al proporționalității”(2010)⁴, care salută rolul parlamentelor naționale în elaborarea procesului legislativ european, fiind evidențiată importanța apariției unei proceduri inedite până la 22 mai 2012,

¹ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_en.htm

² Doc. nr 2005/2238/REG

³ Doc. nr.2007/2095/INI din 4 09 2007

⁴ Doc. nr. 2011/2276/INI

când a fost ridicat "cartonașul galben" (pct. 10) prin avizarea negativă motivată a unor propuneri de regulamente ale Consiliului –COM (2012) 0130.

Același document salută adoptarea de către CE a recomandării Parlamentului privind publicarea de informații privind punerea în aplicare, abordând astfel problema „suprareglementării” (pct. 35) și propune sancționarea statelor care se angajează cel mai mult în suprareglementarea directivelor, în sensul ca acestea să fie numite, alături de cele care sunt cele mai mari „contraveniente în ceea ce privește transpunerea tardivă, imprecisă sau incompletă a legislației comunitare” (pct. 35).

La 28 01 2014 un alt raport referitor la adecvarea reglementărilor UE la principiile subsidiarității și al proporționalității-“Al 19-lea raport privind o mai bună legiferare pe anul 2011”⁵ este prezentat plenului Parlamentului European de către Comisia pentru afaceri juridice. Reținând că agenda privind reglementarea inteligentă reprezintă o încercare de consolidare a eforturilor pentru o mai bună legiferare, raportul solicită din nou Comisiei Europene renegocierea Acordului instituțional din 2003 privind o mai bună legiferare, în vederea acordării cu noul mediu legislativ creat de intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona și pentru a-l armoniza cu Programul pentru o reglementare inteligentă și performantă-rezultate și viitoare etape, inițiat de CE în decembrie 2012.

Această „reglementare inteligentă” presupune o abordare eficientă a provocărilor unei mai bune legiferări, capabilă să ajute instituțiile europene să reacționeze la situațiile de criză. De asemenea, se consideră că reforma legislativă și reforma practicilor legislative europene reprezintă instrumente de bază pentru a obține creșterea economică, competitivitatea și creșterea locurilor de muncă în Europa. (pct. 31). De remarcat așadar, adaptarea argumentelor în sprijinul optimizării legislației la condițiile concrete economice, sociale și politice în care se face analiza acestui fenomen pentru anul 2011: apar argumente concrete, referirile teoretice, oarecum vagi, generale, din rapoartele anterioare, sunt dublate de menționarea scopurilor clare ale acestui proces de reglementare inteligentă. Aceasta încetează să fie un subiect teoretic, doctrinar, și se ancorează în realitățile anului 2011, când criza economică trezește tot mai multe îngrijorări la nivelul cetățenilor europeni și al reprezentanților acestora în Parlamentul European.

Raportul propune ciclizarea politicilor de reglementare prin respectarea unor etape: inițiere, realizare a evaluării de impact, consultare, aplicare, implementare și evaluare a legislației aplicate, toate acestea fiind părți ale unui proces de gândire coerent. „A gândi la scară mică”, a evalua „ex-ante” într-un mod îmbunătățit orice nouă prevedere legală, reprezintă imperative ale unei elaborări inteligente a legilor (pct. 32): se face, de pildă, o propunere Comisiei

⁵ Doc. nr. 2013/2077/INI

de a implementa un program destinat IMM cu tema: "Primele 10 cele mai împovărătoare acte legislative pentru IMM" (pct. 34), se sugerează extinderea bunei practici a „cărților albe”, instrumente de lucru care proiectează în ani, decenii chiar, programe complexe, construite total, inclusiv normative, pentru reglementarea unor domenii anume (pct. 36).

Sugestii precum simplificarea legislației în vederea optimizării mediului de reglementare (pct. 39), o mai bună colaborare între organismele de evaluare a impactului normativ de la nivelul Parlamentului European și al Comisiei Europene sunt insistent susținute. După cum și elaborarea unei definiții a „suprareglementării” ca fiind politica statelor care în procesul de transpunere a directivelor UE depășesc cerințele minime (pct. 40), suprareglementare care trebuie evitată.

Măsurile luate la nivel european în vederea simplificării legislative nu pot avea efecte fără luarea de măsuri asemănătoare la nivel național. România, de pildă, este statul membru al UE cu o legislație stufoasă: în prezent sunt în vigoare 65.240 de acte normative: 6247 legi, 2336 OUG, 84 OG, 21.480 HG și 34.323 alte acte cu caracter normativ⁶. În acest hățiș legislativ este extrem de greu de respectat principiul *nemo censetur legem ignorare*, principiu antic inclus în fundamentele dreptului de pe vremea când legile se afișau în forumul roman și erau, astfel, accesibile tuturor. De fapt avea loc o deplasare a legii către cetățean, în loc de o căutare a legii de către acesta, cum se întâmplă în contemporaneitate.

Proliferarea normelor juridice este un fenomen general, explicabil, desigur, prin numeroși factori: ritmul vieții contemporane, schimbările dese ce se petrec în diferite domenii, creșterea populației, criza economică, criza materiilor prime, globalizarea, criminalitatea transfrontalieră etc. În același timp crește importanța acordată de dirigenți, în general, oamenilor, celor cărora li se adresează reglementările. Există, evident, interesul ca normele să fie accesibile publicului pentru ca acesta să le cunoască, să le înțeleagă și, prin consecință, să le respecte. O normă necunoscută îndeajuns, o normă neclară, imprevizibilă, care nu ajunge în mod efectiv la mentalul colectiv, nu poate fi respectată.

Există însă și necesitatea ca elaborarea normelor să se facă în interesul public, deci este imperios necesar ca și în plan intern legile să fie confruntate „ex-ante” cu realitățile spațiului și timpului în care urmează să se aplice. De aceea studiile de impact sunt esențiale: pentru a pre-testa felul în care normele se vor articula și acomoda în spațiul social, politic, economic, cultural dat și, mai ales, cât de utile vor fi acestuia. În acest mod se poate evita elaborarea de norme inutile, superflue, în acest mod se poate evita suprareglementarea care poate

⁶ Mircea Dutu, *Smart regulation – simplificarea legislației și a acțiunii administrative*, în Pandectele române nr. 12/2014.

pune mari probleme destinatarilor acestor norme dar și celor chemați să le aplice.

De aceea pot apărea fenomene nedorite cum sunt, de pildă, jurisprudența neunitară (considerată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului drept o formă de încălcare a principiului privind garantarea unui proces echitabil, conform art. 6 CEDO). O jurisprudență constantă contribuie la credibilizarea actului de justiție în fața cetățeanului, ceea ce reprezintă unul dintre caracterele fundamentale ale actului de justiție, pe lângă justețe, corectitudine, rod al muncii unui judecător imparțial și competent.

Un rol extrem de important poate avea codificarea, cu condiția ca aceasta să fie de natură a facilita accesibilitatea și aplicabilitatea normelor, de a fi de sine stătătoare (nedublată de alte norme, inclusiv de aplicare), dar și statornică, predictibilă, în sensul de a rezista pe piața juridică un timp rezonabil. Un cod care este amendat la câteva luni după ce a intrat în vigoare nu mai are, în nici un caz, rolul de simplificator al legislației.

În calitate de membru al Camerei Deputaților (2000-2008) am constatat existența unor asemenea probleme ce apăreau în procesul de realizare a legilor, așa încât am formulat câteva propuneri legislative în acest domeniu. Am pornit de la realitățile procesului de tehnică legislativă, în vigoare și în prezent: orice modificare adusă unui act normativ este publicată ca atare în Monitorul Oficial. Cu alte cuvinte, persoana care dorește să cerceteze legislația într-un anumit domeniu trebuie să studieze corpul legii de bază precum și modificările acestora (care constau, uneori, dintr-un singur articol), fără ca să existe obligativitatea republicării automate a întregului text modificat.

Consultarea a numeroase texte publicate separat, dar care fac parte din conținutul unui act normativ unic este dificilă și complicată, chiar pentru profesioniști. De aceea, prin Plx nr. 663/2006 am propus includerea în atribuțiile Consiliului legislativ a alertării Parlamentului cu ocazia modificărilor actelor normative a căror publicare nu este prevăzută în însuși textul modificării, în vederea republicării integrale a textului modificat. Propunerea a fost respinsă.

În schimb a fost aprobată și a devenit lege propunerea mea de reglementare a elaborării normelor de aplicare a legilor (Legea nr. 173/2007 privind completarea art. 53 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislative pentru elaborarea actelor normative), normele de aplicare fiind o altă cauză a dificilei cunoașteri și aplicări a legislației, mai ales atunci când aceste norme adaugă la lege.

Există și o inițiativă care a devenit Legea nr. 49/2007 pentru modificarea aceleași legi nr. 24/2000, care impune la art. 31 ca proiectele de acte normative să fie însoțite de un studiu de impact. Scopul acestui studiu este de a estima costurile și beneficiile aduse în plan economic și social prin adoptarea

proiectului de lege, precum și de a evidenția dificultățile care ar putea apărea în procesul de punere în practică a reglementărilor propuse.

Este poate nevoie să facem câteva reflecții și cu privire la efectele normei juridice *erga omnes* și să revenim asupra principiului clasic *nemo censetur legem ignorare*, pornind de la prezumția că simplificarea legislației este un proces menit a facilita buna cunoaștere a legii de către destinatarii acesteia-cetățenii, dar și o garanție a unui proces echitabil.

Menținerea acestui principiu între cele fundamentale ale sistemelor juridice a ajuns să pună probleme în prezent; numărul actelor normative în vigoare numai în România este uriaș, așa cum am menționat, cetățeanul român fiind obligat de calitatea sa de cetățean european să-și însușească și normele europene. Deși internetul este destul de prezent în România (mult mai puțin decât în alte state membre ale UE), este evident că cele câteva zeci de mii de acte normative în vigoare nu pot ajunge în mod concret și în timp util la cunoștința tuturor cetățenilor.

Este evident că și pentru consumatorii de internet consultarea legislației pe această cale este una anevoioasă, uneori riscantă, deseori costisitoare. Există o abundență de site-uri care cuprind texte legislative, de multe ori eronate, după cum și numeroase cărți tipărite care conțin prevederi legale, nu de puține ori neaduse la zi.

În România este dificil pentru o persoană insuficient școlită, care locuiește într-o zonă izolată, în mediul rural, nu numai să aibă acces la un text de act normativ, dar să-l și înțeleagă în așa fel încât să aibă reprezentarea exactă a prevederilor acestuia. De aceea, eroarea de drept este considerată posibilă și luată în considerare drept o cauză de înlăturare a caracterului penal al faptei, atât în doctrină⁷, cât și de norma juridică recentă. Noul Cod penal prevede la art. 30 alin. (5): „Nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită ca urmare a necunoașterii sau cunoașterii greșite a caracterului ilicit al acesteia din cauza unei împrejurări care nu putea fi în nici un fel evitată”.

Desigur, formularea textului de lege este limitativă, dar îmbucurător este faptul că un asemenea text a fost inclus în codul penal nou. Revine instanțelor de judecată rolul important al interpretării și aplicării normei juridice în sensul producerii de efecte juridice și în conformitate cu realitățile contemporane românești.

Chiar dacă principiul mai sus menționat trebuie menținut pentru păstrarea autorității statului și a normei juridice, admiterea, chiar cu limitări majore, a posibilității ca legislația în vigoare la un moment dat să nu poată fi cunoscută de toata lumea, este de salutat.

Și acesta este un semnal clar al recunoașterii implicite de către stat a unor probleme ale legislației noastre pe care le constatăm cu toți: legislația este

⁷ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei Române, București, 1992, p. 326.

supradimensionată, insuficient de previzibilă, de multe ori neclară, dublată de o jurisprudență neunitară.

Toate aceste realități au consecințe directe asupra felului în care se realizează în mod concret statul de drept, sintagmă utilizată într-o manieră abstractă. „Smart regulation” nu urmărește altceva decât reformarea felului în care statul de drept funcționează, pornind de la „celulă”, care este norma juridică: optimizarea elaborării, prognozarea efectelor acesteia, monitorizarea efectivă a impactului, facilitarea întâlnirii între normă și destinatari-cei ce o aplică, dar, mai ales, cei care trebuie să o respecte. Justiția devine accesibilă cu adevărat atunci când legislația este clară, predictibilă, cunoscută, prin urmare, aptă de a fi respectată.

EXPERTIZA TEHNICĂ JUDICIARĂ ÎN PERSPECTIVA MODERNIZĂRII ȘI AMELIORĂRII CALITĂȚII DREPTULUI

*Dr. ing. Cristina-Maria DABU**

Abstract:

The paper points the importance of the judicial technical expertise in the judicial process, the responsibility of the designate judicial technical expert and several directions in which we consider that the judicial technical expertise activity could be improved

Regulated by art. 330 - 340 New Code of Civil Procedure and the art. 172-181¹, new Code of Criminal Procedure, the judicial technical expertise is very important in order to clarify technical issues that may arise in some cases, both on the roles of civil courts processes, and in criminal courts.

In a legal system undergoing a process of modernization and improvement, the judicial technical expertise procedure also should pass through the same process of simplification, modernization and improvement.

In the cooperation with the courts, the judicial technical expert appointed by the court has multiple responsibilities in performing the expertise and drafting the report, responsibilities both towards the court and towards the parties involved in the process

Keywords: *judicial technical expertise, civil procedure, criminal procedure, legal system, simplification, modernization*

Cuvinte cheie: Expertiza tehnică judiciară, procedură civilă, procedură penală, sistem de drept, simplificare, modernizare

INTRODUCERE

Raportul de expertiză tehnică judiciară face parte dintre mijloacele de probă ce pot fi utilizate în procesele civile sau/sau penale. Ca urmare, asigurarea unei activități de expertiză tehnică judiciară la un nivel ridicat din punct de vedere al standardelor de calitate este esențială pentru buna desfășurare a proceselor.

Reglementată prin art. 330 - 340 Noul Cod de Procedură Civilă și prin art. 172 - 181¹, Noul Cod de Procedură Penală, Expertiza Tehnică Judiciară este importantă pentru lămurirea aspectelor tehnice ce pot să apară în spețe, atât în procesele de pe rolurile instanțelor civile, cât și în instanțele penale.

* Dr.ing. Inginerie Industrială, Jurist, Expert tehnic judiciar informatică-calculatoare, Membru titular al Comitetului Roman pentru Istoria și Filosofia Științei și Tehnicii din Academia Romană, Director general IBMC INTERNATIONAL SRL

În cadrul unui sistem de drept aflat în plin proces de modernizare și îmbunătățire, procedura expertizei tehnice judiciare trebuie la rândul ei să parcurgă un drum al simplificării, modernizării și ameliorării, prin raportarea la practicile și standardele de calitate din Uniunea Europeană.

EXPERTIZA TEHNICA JUDICIARA IN SISTEMUL ROMAN DE DREPT

Pentru a putea pronunța o hotărâre într-o cauză supusă judecății sau procedurii arbitrale, judecătorul (sau arbitrul) trebuie să cunoască raporturile juridice reale dintre părți, actele și faptele juridice care leaga părțile, împrejurările în care au condus la apariția conflictului între părți, pentru a putea aplica norma de drept corespunzătoare¹. Ca mijloc de probă în anumite situații, raportul de expertiza tehnică judiciară poate stabili existența sau inexistența raportului juridic, a actelor și / sau a faptelor juridice care constituie obiectul procesului. Pe cale de consecință, expertiza tehnică judiciară, activitatea de cercetare științifică și tehnică din partea unui specialist în domeniu, la cererea instanței, asupra unei situații de fapt, are o importanță deosebită în procesele în care raportul de expertiză este cerut ca mijloc de probă. Deși în cele mai multe situații expertiza tehnică judiciară se desfasoară la cererea instanței sau a uneia dintre părți în cadrul unui proces aflat în derulare, în practică există și situații în care expertiza tehnică judiciară poate fi încuviințată chiar dacă nu există un proces *pendente*, în cadrul procedurii de asigurare a dovezilor pe cale principală²

În postura sa de expert tehnic judiciar desemnat de instanța, putem afirma, fără a exagera, faptul că expertul judiciar devine un consultant al instanței pe domeniul sau de expertiză. Expertul tehnic judiciar poate semna din timp instanței lipsa de la dosar a unor documente necesare efectuării expertizei sau nereguli care a apar în documentele depuse de părți la dosar. Semnalarea din timp instanței, de către expert, a unor chestiuni de fapt de la dosar, poate schimba foarte mult în derularea procesului sau poate aduce la suprafața existența altor probleme. Se poate da exemplu în acest sens dosarul nr 2272/87/2014 Tribunalul Teleorman, Secția Contencios Administrativ si Fiscal.

Din experiența noastră în domeniul expertizelor tehnice judiciare informatice am constatat în mod frecvent lipsa la dosar a unor documente uzuale specifice managementului de proiect în domeniul IT&C, documente absolut necesare în anumite spețe: documentul de analiza, specificațiile tehnice, documentele de acceptanță, scenariile de test.

¹Av. E. Dragomir, Av. R. Palița, Drept procesual Civil, Sinteze pentru pregătirea examenelor de admitere și definitivare în profesia de avocat, Ed. A III-a, Ed. Nomina Lex, 2011, p.200

²V.M.Ciobanu, G. Boroi, T.C. Briciu, Drept procesual civil – Curs selectiv. Teste grilă, ed. 5, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p.284

Intr-o descriere sumară, fără a intra în amănunte:

- **Documentația de Analiza si Documentația de specificații tehnice** sunt documentații tehnice elaborate de echipele de proiect din partea furnizorului si beneficiarului, înainte de dezvoltarea/implementarea unui proiect informatic si conțin cerințele tehnice pe care beneficiarul proiectului le-a comunicat furnizorului în scopul implementarii optime a proiectului informatic.

- **Cazurile/scenariile de test** sunt documente ce conțin descrise cazuri de test pe care beneficiarul le-a stabilit de comun acord cu producătorul/furnizorul si prin executarea cărora furnizorul/producerul sa poata verifica faptul că proiectul informatic realizat/implementat de el corespunde cerințelor de calitate impuse de client.

- **Documentul de acceptanta** este cel care atesta faptul că la momentul livrării proiectul informatic a îndeplinit cerințele de calitate impuse de client

Toate documentele menționate mai sus trebuie sa aiba semnaturile reprezentanților furnizorului si beneficiarului la data elaborării documentului. Bineînțeles că nu în toate spețele în care se impune o expertiza informatică trebuie sa existe aceste documente. Expertul este cel care, în funcție de experienta si profesionalismul sau, isi poate da seama dacă în speta în cauza trebuie sa sau nu sa existe aceste documente.

În absenta acestor documente, care atesta obligațiile stabilite între părți la un moment dat, sunt situații în care dosarul însuși poate rămâne fără obiect. Este evident faptul că dacă expertul semnalează din timp către instanța lipsa acestor documente sau incorectitudinea lor, se poate reduce foarte mult durata procesului.

Importanța pe care sistemul român de drept o acorda expertului tehnic judiciar se poate observa cu precădere în articolele 41, alin 2 și art.332 din Noul Cod de Procedură Civilă. Conform art 41, alin 2 Noul Cod de Procedură Civilă, judecătorul nu poate fi expert în aceeași cauză, iar în conformitate cu art.332, recuzarea expertului se face pe baza acelorași principii ca și recuzarea judecătorului.

Ca urmare a acestei importanțe deosebite pe care legiuitorul o acordă expertului tehnic judiciar, în colaborarea sa cu instanțele expertul tehnic judiciar desemnat de instanță are la rândul sau mai multe responsabilități, atât în ceea ce privește efectuarea expertizei cât și întocmirea raportului de expertiză, atât față de instanță, cât și față de părțile implicate în proces:

1. Asigurarea unei expertize tehnice judiciare profesionale din punct de vedere al activității de cercetare științifică și tehnică a obiectivelor stabilite de instanță

2. O atitudine corectă și imparțială, astfel încât, prin activitatea și atitudinea sa, expertul tehnic judiciar să asigure părților accesul la un proces echitabil.

3. Având în vedere faptul că cei care vor lua decizii pe baza raportului de expertiză întocmit de expert sunt specialiști în drept, cu totul alt domeniu decât cel în care este efectuată expertiza, expertul tehnic judiciar are obligația morală și profesională de a redacta raportul de expertiză într-o manieră clară, precisă, corectă, evitând un limbaj prea tehnic, care ar putea induce instanței o stare de confuzie.

Asa cum menționam mai sus, potrivit art 41, alin 2 Noul Cod de Procedură Civilă, judecătorul nu poate fi expert în aceeași cauză. Cu alte cuvinte, expertiza tehnică judiciară este necesară și în cazurile în care judecătorul are cunoștințele tehnice de specialitate necesare soluționării cauzei și pronunțării hotărârii judecătorești. Considerentele care stau la baza acestui fapt sunt pe de-o parte acelea că raportul de expertiză întocmit de expert prezintă garanții mai mari de exactitate și de utilizare a celor mai recente rezultate științifice, pe de altă parte raportul de expertiză realizat de expert poate fi discutat în contradictoriu de către părți, în timp ce aprecierea judecătorului nu ar putea fi discutată în contradictoriu de către părți, aceasta neputând fi cunoscută decât la pronunțare sau, în unele cazuri, după redactarea hotărârii judecătorești³.

DIRECTII DE SIMPLIFICARE ALE PROCEDURII EXPERTIZEI TEHNICE JUDICIARE în VEDEREA MODERNIZARII SI IMBUNATATIRII DREPTULUI

Principalele aspecte în care considerăm că se pot aduce îmbunătățiri activității de expertiză tehnică judiciară prin modernizare și simplificare sunt :

- Procedura convocării părților
- Comunicarea cu instanțele
- Comunicarea cu experții parte încuviințați de instanță și cu părțile
- Integritatea experților tehnici judiciari
- Corectitudinea și loialitatea expertizei tehnice judiciare

Procedura convocării părților

Potrivit art. 335 din Codul de procedură civilă, convocarea părților și a experților parte pentru expertiză se face prin scrisoare recomandată, cu conținut declarat și confirmare de primire. Această metoda de convocare este benefică prin faptul că, în caz de neprezentare, partea care nu s-a prezentat nu poate invoca faptul că nu a primit convocarea, sau faptul că plicul ar fi fost gol, sau alte asemenea motivații. Dezavantajul pe care îl prezintă această metoda de convocare este acela al timpului destul de lung ce trebuie avut în vedere în

³V.M.Ciobanu, G. Boroș, T.C. Briciu, op.cit. p.282

planificarea expertizei, interval de timp ce în mod evident întârzie finalizarea procesului. Codul de procedură civilă menționează faptul că, sub sancțiunea nulității, citația sau convocarea trebuie transmisă părților cu minim 5 zile înainte de efectuarea expertizei. În practică, pentru a avea certitudinea faptului că partea a avut suficient timp pentru a ridica de la oficiul poștal convocarea, trebuie luate în considerare aproximativ 12 zile (în medie 2 zile de la depunerea convocării la oficiul poștal de către expert până ajunge scrisoarea la destinație și cele 10 zile cât poate aștepta scrisoarea recomandată la oficiul poștal al părții pentru a fi ridicată înainte de a fi returnată expeditorului). În caz contrar, partea poate invoca faptul că nu a avut timp să ridice recomandata de la oficiul poștal și nu a avut cunoștință despre convocare.

Ne întrebăm, în societatea informațională și informatizată în care trăim, în ce măsură email-ul ar putea fi considerat o soluție pertinentă în privința convocării părților, astfel încât să poată fi introdus ca metodă de convocare în Codul de procedură civilă, având în vedere faptul că este mult mai rapid și asigură o comunicare "în timp real". În plus, expertul are dovada email-ului transmis. Este adevărat, pe de altă parte, și faptul că în cazul scrisorii recomandate cu conținut declarat, există o certificare din partea unei persoane distincte - funcționarul oficiului poștal în privința faptului că s-a transmis convocarea, certificare care nu ar mai exista în cazul convocării prin email.

Comunicarea cu instanțele

Încurajarea unei comunicări deschise între expertul desemnat și instanța ajută pe de-o parte la evitarea unor întârzieri nedorite în proces, iar pe de altă parte contribuie la asigurarea unui climat de lucru profesionist în colaborarea cu părțile și cu experții parte aleși de părți. Totodată, o comunicare deschisă și în timp real cu instanța determină diminuarea presiunilor ce apar datorită diverselor interese ale părților, asigurând astfel un proces corect pentru justițiabili și contribuind prin aceasta la asigurarea independenței justiției în ansamblu. Se poate aduce ca exemplu în acest sens comunicarea între expert și instanța în dosarul nr. 34166/3/2012, Curtea de Apel București, Secția Penală II.

Pentru evitarea întârzierilor nedorite în procese și de asemenea pentru încurajarea unei comunicări deschise și în timp real între expertul tehnic judiciar și instanța, considerăm că ar fi binevenit câte un articol atât în Codul de Procedură Civilă, cât și în Codul de Procedură Penală care să precizeze că în cazul în care, din punct de vedere strict al domeniului sau de expertiză, expertul tehnic judiciar identifică în documentele din dosar lipsuri sau erori, acest lucru să îl comunice de îndată instanței. Considerăm că în acest mod s-ar eficientiza și activitatea de expertiză tehnică judiciară, deoarece existența sau absența documentelor necesare expertizei s-ar constata înainte de efectuarea expertizei, nu la momentul expertizei sau după, cât și timpul de derulare al procesului.

Bineînțeles că , în cazul în care se constata că partea care ar fi trebuit sa depuna actele nu le are si ca urmare expertiza tehnică judiciară nu poate fi efectuată practic din vina partii sau deoarece procesul rămâne fără obiect în lipsa documentelor solicitate de expert, este normal ca expertul sa isi primeasca onorariul integral pentru activitatea depusa.

Integritatea experților tehnici judiciari, corectitudinea și loialitatea expertizei tehnice judiciare

În privința integrității experților tehnici judiciari, corectitudinea și loialității expertizei tehnice judiciare, în anexa la Recomandarea nr (84) 5 a Comitetului Miniștrilor către statele membre asupra principiilor de procedură civilă menite să îmbunătățească funcționarea justiției, Principiul 2 recomandă:

1. În cazul în care una din părți declanșează proceduri vădit nefondate, instanța ar trebui să aibă posibilitatea de a se judeca cauza într-o procedură sumară sau, după caz, să impună o amendă acestei părți sau să o oblige la plata unor despăgubiri către cealaltă parte.

2. În cazul în care una din părți, încălcând regula loialității la care este ținută în derularea procesului, utilizează mijloace sau acte de procedură cu scopul clar de a întârzia procesul, judecătorul ar trebui să aibă posibilitatea fie să se pronunțe imediat pe fond, fie să impună sancțiuni precum decăderi⁴, plata unor amenzi sau a unor daune-interese; în cazuri particulare, avocatul poate fi constrâns la plata cheltuielilor de judecată.

3. Asociațiile profesionale de avocați trebuie îndemnate să prevadă sancțiuni disciplinare în cazurile în care un membru al acestora se comporta în maniera descrisă în paragrafele anterioare⁵.

Considerăm ca acest principiu ar trebui implementat și în privința experților tehnici judiciari și activitatea de expertiză tehnică judiciară.

Există situații în care, din dorința de a-și apăra clientul, expertul parte a întocmit rapoarte de expertiză în mod vadit nereale, cu intenția de a <<încurca sau păcăli instanța>>. Din punctul nostru de vedere, o asemenea practică , pe de-o parte, denotă o lipsă de profesionalism și de respect față de propria persoană din partea expertului tehnic judiciar care acceptă să elaboreze și să semneze un raport de expertiză care în mod evident denaturează adevărul științific și tehnic, iar pe de altă parte îngreunează actul de justiție. Se pot da ca

⁴ În varianta în limba engleză, sancțiunea constă în „a declara procedura nulă” (n.ns, CD)

⁵Coord. Jud. Cristi Danielet, Eficienta și echitatea justiției – Standarde Europene, Ministerul Justiției, București 2006

exemplu în acest sens opiniile separate ale experților parte din dosarul nr. 34166/3/2012, Curtea de Apel București, Secția Penală II, precum și punctul de vedere al expertului tehnic desemnat față de respectivele opinii separate.

În lucrarea *Ghid informativ privind expertiza tehnică judiciară*, publicat în format electronic pe site-ul Ministerului Justiției, sunt prezentate comparativ o serie de bune practici în domeniul expertizei tehnice judiciare din țări precum Austria, Marea Britanie, Franța, Polonia, Spania.

Dintre principiile valabile la nivel european privind activitatea de expertiză tehnică judiciară care pot fi extrase din respectivul ghid menționăm:

1. În cadrul proceselor expertizei judiciare îndeplinesc funcția de specialiști imparțiali
2. Expertizei judiciare se supun principiului obiectivității
3. Autonomia expertizei judiciare este valabilă doar în privința domeniului lor de expertiză din punct de vedere științific și tehnic.
4. Existența unui cod deontologic al experților judiciari
5. Răspunderea civilă sau penală a experților în cazul neîndeplinirii cu rea credință a sarcinilor sau îndeplinirea necorespunzătoare a acestora
6. Controlul activității experților de către instanța de judecată și părțile din proces
7. Respectarea termenelor și sancționarea expertului în cazul nerespectării nemotivate a termenelor ⁶.

CONCLUZII

Fară a epuiza subiectul, am încercat în lucrarea de față să punctăm importanța pe care expertiza tehnică judiciară o are în cadrul unui proces.

Am evidențiat totodată responsabilitatea pe care considerăm că trebuie să și-o asume expertul tehnic judiciar în momentul în care este desemnat de instanța, responsabilitate atât față de părți, cărora trebuie să le asigure accesul la un proces echitabil, cât și față de instanța, al carei consultant devine prin actul desemnării,

În partea a doua a lucrării am punctat câteva direcții în care considerăm că s-ar putea lucra pentru îmbunătățirea activității de expertiză tehnică judiciară.

Bibliografie:

1. Av. E. Dragomir, Av. R. Palița, *Drept procesual Civil, Sinteze pentru pregătirea examenelor de admitere și definitivare în profesia de avocat*, Ed. A III-a, Ed. Nomina Lex, 2011

⁶ Prof. Dr. Jurgen Schiller, dr. Friedrich Kicker & colab. *Ghid informativ privind expertiza tehnică judiciară*, <http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=a2km51%2BOX3s%3D&tabid=93> ultima vizită: 20.02.2015

2. V.M.Ciobanu, G. Boroș, T.C. Briciu, Drept procesual civil – Curs selectiv. Teste grilă, ed. 5, Ed. C.H. Beck, București, 2011

3. Coord. Jud. Cristi Danielet, Eficiența și echitatea justiției – Standarde Europene, Ministerul Justiției, București 2006

4. Prof. Dr. Jurgen Schiller, dr. Friedrich Kicker & colab. Ghid informativ privind expertiza tehnică judiciară, <http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=a2km51%2BOX3s%3D&tabid=93> ultima vizită: 20.02.2015

5. Noul Cod de Procedură civilă, Ed. Universul Juridic, București 2013

Noul Cod de procedură penală și Legea pentru punerea în aplicare, Ed. C.H.Beck, București 2014

PROVOCĂRI ȘI TENDINȚE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNEASCĂ PRIVIND SECURITATEA NAȚIONALĂ

*Dan Constantin MĂȚĂ**

Abstract:

The Romanian laws on national security are characterized by a conservative aspect determined by the difficulty of assuming the multidimensional character of this concept. Adopted in the first decade after the crash of the communist regime, they have numerous shortcomings generated by the process of the rule of law in a society affected by totalitarianism. In the past few years, in the context of the adoption of the new Criminal Code and the new Criminal Procedure Code, significant changes and legislative correlations have been made with the purpose of regulating national security according to criteria of efficiency and of the observance of individual liberties. Despite this, the main problem of the laws on national security refers to the systematization and nomenclature. The recent decisions of the Constitutional Court emphasised the reality of the existence of confusions and ambiguities generating the impression of incoherent laws in an essential field. The need for a radical reform of the laws on the national security of Romania is accepted unanimously. The concretization of this reform must consider the dynamics and challenges of the current security environment. At the same time, constitutional and conventional jurisprudence must be turned to good account, namely fundamental liberties should be guaranteed by maintaining a just balance between security and freedom. From the systematization perspective, the French model of codification of rules and procedures regarding national security can be an important reference.

Keywords: *national security, laws, reform, systematization*

Legislația privind securitatea națională a României se caracterizează printr-un aspect conservator determinat de dificultatea asumării caracterului pluridimensional al acestui concept. Adoptată în primul deceniu după prăbușirea regimului comunist ea prezintă numeroase neajunsuri generate de procesul edificării statului de drept într-o societate afectată de totalitarism. În primul rând, terminologia acceptată de legiuitorul român este inadecvată în raport cu teoriile actuale din domeniul studiilor de securitate care promovează un model holistic de analiză asupra securității naționale. În al doilea rând, mecanismul de autorizare a desfășurării activităților specifice în vederea culegerii de informații a fost considerat multă vreme ca fiind necorespunzător

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; email: danmata@uaic.ro.

în raport cu exigențele democrației, statului de drept și imperativului garantării drepturilor și libertăților fundamentale. Pe acest fundal, aprecierea conform căreia „legislația infra-constituțională în vigoare în materia securității naționale/.../este în mare măsură învechită și exprimă concepții securitare”¹ apare ca fiind rezonabilă.

În ultimii ani, în contextul adoptării noului Cod penal și a noului Cod de procedură penală, s-au realizat importante modificări și corelări legislative în scopul reglementării securității naționale pe criterii de eficiență și de respectare a libertăților individuale. În ciuda acestor îmbunătățiri, actuala legislație prezintă paradoxul de a nemulțumi pe toată lumea. Actorii implicați în politica de securitate națională reclamă lipsa unor măsuri care să permită un răspuns prompt și imediat față de orice riscuri și amenințări. Mediul politic se arată îngrijorat de dinamica alarmantă a mediului de securitate, acceptând în mod unanim necesitatea unei reformări radicale a legislației relevante. Nu în ultimul rând, societatea civilă privește cu mefiență orice încercare de a introduce noi mecanisme și proceduri în această materie, considerându-le expresia unei încercări de consolidare a pârghiilor de acțiune ale structurilor de forță ale statului în detrimentul libertăților individuale.

I. Scurtă perieghază legislativă

Reglementarea securității naționale beneficiază în România de o lege-cadru care definește o parte din conceptele fundamentale în materie, delimitează organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale, stabilește procedura în realizarea activității de informații și prevede sancțiuni de natură penală pentru persoanele care încalcă unele dispoziții ale sale. *Legea nr. 51 din 29 iulie 1991 privind siguranța națională a României*² este rezultatul unui proces legislativ ce a debutat la începutul anului 1991, înainte de finalizarea dezbaterilor asupra Proiectului actualei Constituții. Timp de peste două decenii a rămas neschimbată fiind aproape unanim criticată pentru lipsa de adaptare terminologică și instituțională la conceptele moderne asupra securității naționale și a activității de informații.

Noua formă a Legii nr. 51/1991³, rezultată în urma modificărilor aduse prin dispozițiile *Legii nr. 187 din 24 octombrie 2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal*⁴, modificată și completată, și, respectiv, ale *Legii nr. 255 din 19 iulie 2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010*

¹ Corneliu-Liviu Popescu, *Securitatea națională vs. Democrație, stat de drept și drepturile omului? Studiu critic asupra ante-proiectelor de lege privind securitatea națională*, în „Noua Revistă de Drepturile Omului”, nr. 2, 2006, p. 3.

² Publicată în M. Of. nr. 163 din 7 august 1991.

³ Republicată în M. Of. nr. 190 din 18 martie 2014.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012 și rectificată în M. Of. nr. 117 din 1 martie 2013.

privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale⁵, modificată, înlătură o parte din aceste neajunsuri. În mod concret, s-a modificat titlul în *Lege privind securitatea națională a României* iar în tot cuprinsul s-a înlocuit sintagma „siguranța națională” cu sintagma „securitate națională”. În acest fel s-a procedat la o necesară adaptare terminologică cu prevederile Constituției României și a documentelor internaționale precum și cu opinia majoritară din doctrina de specialitate. Definiția prevăzută în art. 1 din actuala formă a Legii nr. 51/1991, deși nemodificată în conținut și expusă în continuare la numeroase critici, oferă sub sintagma „securitate națională” o perspectivă mai apropiată de viziunea pluridimensională asupra acestui concept. Astfel, prin „securitatea națională a României se înțelege starea de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică necesară existenței și dezvoltării statului național român ca stat suveran, unitar, independent și indivizibil, menținerii ordinii de drept, precum și a climatului de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, potrivit principiilor și normelor democratice statornicite prin Constituție”.

Fundamentul realizării securității naționale îl reprezintă cunoașterea, prevenirea și înlăturarea amenințărilor interne sau externe ce pot aduce atingere valorilor prevăzute în primul articol al Legii nr. 51/1991. În cuprinsul acestui act normativ nu întâlnim și o definiție a noțiunii de amenințare la adresa securității naționale a României, deși ar fi fost binevenită având în vedere importanța acestei noțiuni în problema identificării celor mai eficiente mijloace de ocrotire a securității naționale⁶. Legiuitorul a preferat să abordeze problema amenințărilor la adresa securității naționale printr-o vastă enumerare realizată în cuprinsul art. 3 din Legea nr. 51/1991. În raport de domeniile în care se manifestă și de valorile concrete pe care le pot periclita, aceste amenințări au fost clasificate în literatura de specialitate în șase grupe: amenințări care vizează atributele esențiale ale statului român; amenințări îndreptate împotriva informațiilor secrete de stat; amenințări constând în infracțiuni de atentat și terorism; amenințări privind fapte, situații, stări de fapt care pun în pericol ordinea constituțională, statul de drept, climatul de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor; amenințări

⁵ Publicată în M. Of. nr. 515 din 14 august 2013.

⁶ Pentru o propunere de definire a amenințărilor la securitatea națională a se vedea Aurel I. Rogojan, *Argumente pentru doctrina națională a informațiilor pentru securitate. Contribuții la identificarea și caracterizarea unor elemente de doctrină ale domeniului securității naționale și ale activității serviciilor de informații pentru securitate*, în Alexandru-Radu Timofte (coordonator), *Securitate și societate: provocările mileniului trei*, Secțiunea: *Securitate și siguranță națională, Securitatea la începutul mileniului trei*, Ed. A.N.I., București, 2004, p. 145.

care constau în fapte care pun în pericol sau lezează interesele economice ale României; o amenințare corelativă pentru toate celelalte forme⁷.

În România activitatea pentru realizarea securității naționale este organizată și coordonată de către Consiliul Suprem de Apărare a Țării. Conform art. 1 din *Legea nr. 415 din 27 iunie 2002 privind organizarea și funcționarea Consiliului Suprem de Apărare a Țării*⁸, modificată, acesta este autoritatea administrativă autonomă investită, potrivit Constituției, cu organizarea și coordonarea unitară a activităților care privesc apărarea țării și siguranța națională. Legea nr. 51/1991 menționează, în cuprinsul art. 6, și o serie de organe de stat cu atribuții în domeniul securității naționale: Serviciul Român de Informații, Serviciul de Informații Externe, Serviciul de Protecție și Pază, precum și Ministerul Apărării Naționale, Ministerul Afacerilor Interne și Ministerul Justiției, prin structuri interne specializate.

*Legea nr. 14 din 24 februarie 1992 privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații*⁹, modificată și completată, prevede în art. 1 că Serviciul Român de Informații este serviciul organizat de stat specializat în domeniul informațiilor privitoare la siguranța națională a României, parte componentă a sistemului național de apărare, activitatea sa fiind organizată și coordonată de Consiliul Suprem de Apărare a Țării. Potrivit art. 2 și 3 din această lege, S.R.I. organizează și execută activități pentru culegerea, verificarea și valorificarea informațiilor necesare cunoașterii, prevenirii și contracarării oricăror acțiuni care constituie, potrivit legii, amenințări la adresa siguranței naționale a României. Acest organ asigură apărarea secretului de stat și prevenirea scurgerii de informații care, potrivit legii, nu pot fi divulgate.

Serviciul de Informații Externe este organul de stat specializat în domeniul informațiilor externe privind siguranța națională și apărarea României sau a intereselor sale. Conform dispozițiilor *Legii nr. 1 din 6 ianuarie 1998 privind organizarea și funcționarea Serviciului de Informații Externe*¹⁰, modificată, acest organ de stat face parte din sistemul național de apărare iar activitatea sa este coordonată de Consiliul Suprem de Apărare a Țării. El se organizează și funcționează ca autoritate administrativă autonomă, desfășurându-și activitatea în conformitate cu Constituția României, cu legile țării, cu hotărârile Consiliului Suprem de Apărare a Țării, precum și cu regulamentele militare.

*Legea nr. 191 din 19 octombrie 1998 privind organizarea și funcționarea Serviciului de Protecție și Pază*¹¹, modificată și completată, prevede în art. 1 că

⁷ Cristian Popa, *Cadrul juridic al activității de informații*, Ed. Academiei Naționale de Informații „Mihai Viteazul”, București, 2011, p. 30-34.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 494 din 10 iulie 2002.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 33 din 3 martie 1992.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 7 din 12 ianuarie 1998 și republicată în M. Of. nr. 511 din 18 octombrie 2000.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 402 din 22 octombrie 1998.

Serviciul de Protecție și Pază este organul de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale, specializat în asigurarea protecției demnitarilor români, a demnitarilor străini pe timpul șederii lor în România, a familiilor acestora, în limitele competențelor legale, precum și în asigurarea pazei sediilor de lucru și a reședințelor acestora, potrivit hotărârilor Consiliului Suprem de Apărare a Țării. SPP are structură militară și este parte componentă a sistemului național de apărare, iar pentru îndeplinirea atribuțiilor ce îi revin colaborează cu Ministerul Apărării Naționale, Ministerul Administrației și Internelor, Serviciul Român de Informații, Serviciul de Informații Externe, Serviciul de Telecomunicații Speciale, precum și cu celelalte ministere și organe de specialitate ale administrației publice centrale și locale.

În afară de organele de stat cu atribuții în materia securității naționale toate ministerele, organele statului și organizațiile din sectoarele public sau privat au o serie de obligații și răspunderi în scopul asigurării măsurilor necesare ocrotirii securității naționale, prevăzute în mod expres de dispozițiile art. 24 din Legea nr. 51/1991.

II. Probleme de nomenclatură și sistematizare

În evoluția conceptului de securitate națională efortul de reliefare a elementelor componente a fost cel mai dificil. Această situație derivă în primul rând din confuzia, acceptată o lungă perioadă de timp, între denumirile „siguranță națională” și „securitate națională”. Faptul că timp de mai mult de un deceniu prima expresie a fost uzitată în Constituția României și în toate actele normative, iar a doua și-a găsit locul în unele documente oficiale, precum și în majoritatea lucrărilor de specialitate nu a făcut decât să amplifice această situație de confuzie. Revizuirea legii fundamentale în anul 2003 prin înlocuirea sintagmei „siguranță națională” cu sintagma „securitate națională”¹² a avut un efect benefic, dar a lăsat pentru mulți impresia ce aceste două noțiuni sunt sinonime.

În realitate, raportul dintre siguranța națională și securitatea națională este de la parte la întreg. Conceptul de securitate națională este unul complex și cuprinde trei subdomenii: siguranța națională, apărarea națională și ordinea publică. Toate aceste trei subdomenii înglobează totalitatea intereselor naționale prin a căror asigurare se realizează, ca finalitate, securitatea națională. Totodată, ele facilitează existența și funcționalitatea instituțiilor cu

¹² În considerentele Deciziei nr. 799 din 17 iunie 2011 asupra proiectului de lege privind revizuirea Constituției României (publicată în M. Of. nr. 440 din 23 iunie 2011) Curtea Constituțională apreciază că „securitatea națională se realizează în cadrul ordinii democratice prin exercitarea deplină a drepturilor și libertăților cetățenești, asumarea conștientă a responsabilităților, perfecționarea capacității de decizie și de acțiune a statului, precum și afirmarea României ca membru activ al comunității internaționale”.

responsabilități în problema securității naționale: serviciile de informații, forțele armate și forțele de ordine publică¹³.

Din această perspectivă, o primă problemă a legislației românești privind securitatea națională este una de nomenclatură. Legea-cadru folosește, după republicare, atât în titlu cât și în conținut sintagma „securitate națională”. Celelalte acte normative cu incidență în materie, deși au cunoscut modificări și completări, nu au beneficiat de același interes de adaptare terminologică lăsând loc unor confuzii și interpretări eronate. Este cazul, în special, al *Legii nr. 14/1992 privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații* care, deși a fost modificată prin dispozițiile Legii nr. 255/2013, continuă să folosească sintagma „siguranța națională” într-un sens similar celui de „securitate națională”. Astfel, spre exemplu, deși în art. 2 se menționează că „Serviciul Român de Informații organizează și execută activități pentru culegerea, verificarea și valorificarea informațiilor necesare cunoașterii, prevenirii și contracarării oricăror acțiuni care constituie, potrivit legii, amenințări la adresa siguranței naționale a României” în cuprinsul art. 9 și 10 (recent modificate) se au în vedere „amenințările la adresa securității naționale”.

A doua problemă, cu efecte mult mai profunde decât cea expusă anterior, ține de sistematizarea legislației privind securitatea națională a României. Recentele decizii ale Curții Constituționale cu referire la această materie au subliniat realitatea existenței unor ambiguități și suprapuneri care generează impresia unei legislații incoerente într-un domeniu esențial. Astfel, în analiza obiecției de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru modificarea și completarea *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 111 din 14 decembrie 2011 privind comunicațiile electronice*¹⁴, Curtea Constituțională a observat nerespectarea „condițiilor de claritate și previzibilitate a normei” și a subliniat că legislația „într-un domeniu atât de sensibil trebuie să se realizeze într-o manieră clară, previzibilă și lipsită de confuzie, astfel încât să fie îndepărtată, pe cât posibil, eventualitatea arbitrariului sau a abuzului celor chemați să aplice dispozițiile legale”¹⁵.

În *Decizia nr. 17 din 21 ianuarie 2015 asupra obiecției de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii privind securitatea cibernetică a României*¹⁶ instanța de contencios constituțional a pornit de la premisa că această lege „are ca scop completarea cadrului legislativ în materia securității naționale” și că

¹³ Constantin Moștoflei, *Securitatea și siguranța națională – Abordare conceptuală*, în Alexandru-Radu Timofte (coordonator), *op. cit.*, Ed. A.N.I., București, 2004, p. 163.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 925 din 27 decembrie 2011.

¹⁵ *Decizia nr. 461 din 16 septembrie 2014 asupra obiecției de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 111/2011 privind comunicațiile electronice*, publicată în M. Of. nr. 775 din 24 octombrie 2014.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 79 din 30 ianuarie 2015.

acest cadru cuprinde deja „o serie de reglementări, acte normative cu caracter primar sau secundar”. Prin urmare, dincolo de cele 10 aspecte de neconstituționalitate reținute în mod punctual, Curtea Constituțională a constatat că „întregul act normativ suferă de deficiențe sub aspectul respectării normelor de tehnică legislativă, a coerenței, a clarității, a previzibilității, de natură a determina încălcarea principiului legalității consacrat de art. 1 alin. (5) din Constituție. Astfel, legea face trimiteri în mai multe cazuri la reglementarea unor aspecte esențiale în economia domeniului reglementat la acte legislative secundare, precum hotărâri de Guvern, norme metodologice, ordine sau decizii sau proceduri stabilite de comun acord”.

III. Spre un Cod al securității naționale?

Această situație implică măsuri legislative imediate pentru edificarea unui nou cadru normativ privind securitatea națională care să corespundă atât exigențelor statului de drept cât și provocărilor actuale ale mediului de securitate. Soluțiile adoptate pot fi diverse dar experiența anului 2006, când pachetul de ante-proiecte de legi propus de Serviciul Român de Informații, Serviciul de Informații Externe, Administrația Prezidențială și Guvernul României a cunoscut o opoziție consistentă, trebuie fructificată în mod corespunzător. Un posibil model de reglementare îl poate constitui cazul Franței care a cunoscut în ultimele două decenii un fenomen asemănător.

O lege adoptată la începutul anului 1995 cu privire la principalele direcții în problema securității¹⁷ a reprezentat debutul unei largi dezbateri publice în jurul fundamentării unei politici de securitate internă care să aibă ca obiectiv esențial consolidarea securității persoanelor și bunurilor în acord cu imperativul respectării drepturilor și libertăților fundamentale¹⁸. Drumul spre definitivarea unei asemenea politici publice de securitate s-a dovedit însă anevoios și îndelungat. Ca principale etape au fost consemnate noi acte normative adoptate în contextul sporirii amenințărilor teroriste¹⁹ și a episoadelor de violență publică din societatea franceză, toate având ca rezultat „un drept fără coerență globală, lipsit de omogenitate și care se găsește dispersat în cadrul mai multor texte și coduri”²⁰.

Necesitatea sistematizării acestei vaste legislații²¹ în scopul ameliorării și creșterii gradului de accesibilitate a impus ideea elaborării unui „cod al

¹⁷ *Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, „Journal officiel” 24 janvier 1995.

¹⁸ Marc-Antoine Granger, *Constitution et sécurité intérieure, Essai de modélisation juridique*, Préfaces de Jean-Louis Debré et Olivier Lecucq, LGDJ, Paris, 2011, p. 5.

¹⁹ Mireille Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Éditions du Seuil, Paris, 2010, p. 20-21.

²⁰ Emmanuel Dupic, *Droit de la Sécurité intérieure*, Gualino Éditeur, Paris, 2014, p. 421.

²¹ Pentru o prezentare detaliată a se vedea *ibidem*, p. 404-417.

securității interne”. Într-o lege din anul 2002²² s-a menționat pentru prima dată pregătirea unui asemenea cod care „să adune totalitatea textelor cu privire la securitatea publică și securitatea civilă”²³. *Le Code de la sécurité intérieure* a fost adoptat la data de 12 martie 2012 și a consacrat securitatea ca un drept fundamental și ca una dintre condițiile exercitării libertăților individuale și colective. Totodată, prin conținutul său structurat în șapte cărți²⁴, acest cod stabilește instituțiile, mecanismele și procedurile în scopul protejării ordinii publice, a luptei contra terorismului și a atentatelor contra intereselor fundamentale ale națiunii, precum și a ocrotirii securității civile.

²² *Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, „Journal officiel” 30 août 2002.

²³ *Apud* Marc-Antoine Granger, *op. cit.*, p. 14-15.

²⁴ Principes généraux et organisation de la sécurité intérieure; Ordre et sécurité publics; Polices administratives spéciales; Police nationale et gendarmerie nationale; Polices municipales; Activités privées de sécurité; Sécurité civile.

JUSTIȚIA EXPEDITIVĂ, EFECT AL APLICĂRII NECORESPUNZĂTOARE A PRINCIPIULUI CELERITĂȚII PROCESULUI JUDICIAR*

*Emilian CIONGARU***

*Ion FLĂMÎNZEANU****

Abstract:

Any legal process needs a certain timeframe within which to be performed for it to be built as appropriately as possible and the absence of such a period is sufficiently harmful to personal right safeguarding. The principle of celerity is not necessarily a quality, because a prompt justice may be an expeditious justice, hence, a bad justice or a failed justice. For these reasons, any judge is bound to seek and find a balance between the need for a judgment performed based on the principle of celerity and the need for a complete, correct judgment of the de jure and de facto matters deferred for judgment. Just as a long judicial proceeding cancels, practically speaking, the right of access to justice, in the same way, a too expeditious justice is likely to have the same effect, namely, the person being deprived of a real and actual access to justice. For this reason, in the circumstances when a longer timeframe for a thorough analysis of the case is needed for a better settling thereof, a delay in the ruling appears to be justified and it prevails over celerity and, wanting to conform to the need of the proceeding celerity, one may obtain the opposite effect when organising the legal systems, and thus rulings may be rendered one after another, driven by a desire to make a quick judgment regardless of the manner thereof; instead, a correct, justice, in a slow pace is preferable to a quick, unfair one.

Keywords: *legal process, expeditious justice, principle of celerity, judgment, legal proceedings*

Rapiditatea procesului judiciar și implicit a justiției nu reprezintă doar un avantaj teoretic pentru justițiabil, ci mai degrabă un avantaj uriaș pentru

* Lucrarea a beneficiat de suport financiar prin proiectul 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!*

** Conf. univ. dr., Universitatea „Hyperion” din București; Cercetător științific asociat, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; e-mail: emil_ciongaru@yahoo.com.

*** Cercetător științific gradul III, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; e-mail: ionflaminzeanu@yahoo.com.

Încrederea tuturor persoanelor în justiție și judecător și în capacitatea acestora de a sancționa orice încălcare a unui drept cu atât mai mult cu cât sistemul dreptului este un domeniu cu caracter social, care guvernează relații între indivizi¹.

Unul dintre principiile fundamentale ale unei societăți democratice îl constituie dreptul la un proces echitabil principiu care ocupă un loc esențial în sistemul de valori al oricărui stat de drept, deoarece consacrarea protejării unor drepturi și libertăți fundamentale trebuie dublată în mod obligatoriu de instituirea unor garanții procedurale prin care să se asigure în mod adecvat eficiența acestei protecții. Dreptul la un proces echitabil constituie o garanție de ordin procedural, în lipsa căreia celelalte drepturi și libertăți și-ar pierde semnificativ din valoare.

În doctrina recentă se precizează că principiul echității ... impune în sarcina legiuitorului cumpătare în activitatea de elaborare a actelor normative și de menținere a unei stări de imparțialitate, de echilibru pentru toți destinatarii regulii juridice².

Dezideratul creării unei societăți democratice, guvernate de principiul preeminenței dreptului poate fi atins nu doar prin prevenirea încălcării drepturilor omului și prin asigurarea sancționării acestor încălcări, dar și prin crearea unui *complex de garanții și instrumente* care să asigure că funcțiile reparatoare și sancționatorie ale justiției sunt exercitate într-un cadru de legalitate și operativitate, înlăturându-se astfel posibilitatea producerii de noi vătămări în însuși demersul de a înfăptui actul de justiție.

În vederea atingerii acestui scop, Convenția Europeană a Drepturilor Omului reglementează două drepturi procedurale, care se concretizează în garanții cu privire la punerea în valoare în fața instanțelor judiciare a drepturilor ce sunt recunoscute persoanelor.

În acest context, dispozițiile prevăzute de art. 6 și art. 13 din Convenție, relative la dreptul la un proces echitabil și la dreptul la un recurs efectiv, dau expresie unei idei generale, potrivit cu care o protecție eficace a drepturilor omului nu poate fi realizată prin simpla consacrare a unor drepturi substanțiale, ci este necesar ca aceste drepturi să fie însoțite de *garanții fundamentale de ordin procedural*, care să asigure mecanismele corespunzătoare de punere în valoare.

Buna administrare a justiției impune un răspuns adecvat al statului pe toate palierele, inclusiv în ceea ce privește termenul în care se soluționează un litigiu. Astfel, obligația statului, decurgând din art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, este de a crea un sistem judiciar eficient, capabil să

¹ C.R.D. Butculescu, *Short considerations regarding the system of law from the perspective of General Systems Theory*, Journal of Legal Studies, Year VII, no. 3-4/2012, p. 130.

² M. Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 70.

soluționeze o cauză într-un termen echitabil. În plus, față de această obligație, art. 6 din Convenție este coroborat cu art. 13, în baza căruia statul este obligat să reglementeze în dreptul intern un „remediu” care să permită persoanei să valorifice drepturile și libertățile consacrate de Convenție. Caracterul „efectiv” al acestui remediu trebuie apreciat în funcție de capacitatea acestuia de a furniza celui interesat o satisfacție adecvată în raport cu violarea suferită.

Deși într-o primă etapă, Curtea a reflectat o abordare diferită cu privire la corelația dintre dreptul la un recurs efectiv și dreptul de a beneficia de soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil, ulterior instanța europeană a ajuns la concluzia că și în ceea ce privește rezonabilitatea duratei de desfășurare a procedurilor judiciare, este necesar ca justițiabilii să poată obține la nivel național înlăturarea încălcării acestui drept, înainte de a pune în mișcare mecanismul internațional de protecție în fața Curții Europene.

Durata excesivă a procedurilor este frecvent invocată în fața Curții Europene a Drepturilor Omului, motivația principală constând în situația dificilă a statului român, dată de numărul mare de condamnări suferite pentru încălcarea acestui drept, dar și de existența unui gol legislativ în ceea ce privește adoptarea unei soluții în materia prevenirii și remedierii depășirii duratei rezonabile a procedurilor.

Printre garanțiile procedurale de ordin general înscrise în art. 6 par. 1 al Convenției se numără și cea a „termenului rezonabil” în care o persoană are dreptul să fie judecată; este formulat astfel principiul celerității procedurilor judiciare. Dreptul la o durată rezonabilă a procedurii nu este consacrat doar de către Convenție. El cunoaște o reglementare expresă atât la nivelul altor instrumente internaționale, precum Pactul privind drepturile civile și politice³, cât și la nivelul unor instrumente de protecție a drepturilor fundamentale la nivel intern, Constituția română prevăzând în art. 21 dreptul la o judecată realizată cu celeritate. Totuși, Curtea a fost cea care a realizat atât importanța aplicării reale și concrete a acestei garanții, cât și cea care a oferit prima criteriile de analizare a rezonabilității termenului în care se judecă un litigiu, împingând statele, prin jurisprudența sa, în special după hotărârea *Kudla*⁴, la luarea unor măsuri pentru satisfacerea acestui interes. Depășirea termenului rezonabil al procedurilor este unul dintre cele mai frecvente capete de cerere invocate de reclamânți în fața Curții Europene. Termenul rezonabil al procedurii prevăzut de art. 6 par. 1 din Convenția europeană se aplică tuturor persoanelor implicate într-o procedură penală, indiferent dacă sunt sau nu în stare de arest,

³ România a ratificat Pactul prin Decretul nr.212 din 31 octombrie 1974, publicat în Buletinul Oficial nr. 146 din 20 noiembrie 1974.

⁴ Hotărârea CEDO – *Kudla c. Polonia* din 26 octombrie 2006 prin care s-a afirmat că „a sosit timpul să-și reconsidere jurisprudența, având în vedere introducerea în fața ei a unui număr din ce în ce mai mare de cereri, în care se regăsește reclamată, exclusiv sau în principal, lipsa obligației de a soluționa cauzele într-un termen rezonabil, în sensul art. 6 § 1”.

și are ca scop protejarea acestora contra lentinei excesive a procedurii, în vederea evitării prelungirii pe o perioadă prea mare de timp a incertitudinii cu privire la soarta celui acuzat⁵.

Rațiunea de existență a dreptului la o durată rezonabilă a procedurii este evidentă. Ea este exprimată, lapidar, atât într-un adagiu britanic citat frecvent – *justice delayed, justice denied*, cât și într-un dicton francez cu un conținut asemănător – *justice rétive, justice fautive*. Curtea a reluat această idee, într-o formulă mai juridică, afirmând că, prin impunerea necesității unei durate rezonabile a procedurii, Convenția subliniază importanța ideii după care justiția trebuie să fie realizată, fără a avea parte de întârzieri care să îi compromită credibilitatea și eficacitatea, statul fiind responsabil pentru activitatea ansamblului serviciilor sale, nu numai pentru aceea a organelor judiciare.

De asemenea, Curtea a decis, în repetate rânduri⁶, că dispozițiile art. 6 alin. (1) din Convenție „obligă” statele contractante să-și organizeze sistemul judiciar în așa fel încât acest sistem să răspundă tuturor exigențelor textului sus-menționat, deci inclusiv aceleia de a soluționa orice litigiu „într-un termen rezonabil”, avându-se în vedere, printre altele, și dificultățile generate de diverși factori care pot întârzia procedurile judiciare naționale (obstacole care trebuie înlăturate pe cale legislativă). O altă subliniere făcută de instanța europeană are în vedere și faptul că, în timp, urgența soluționării unei cauze sau tipuri de cauze crește, iar mijloacele folosite în mod obișnuit se pot dovedi, temporar, insuficiente. Deci, și în astfel de cazuri, statul este obligat să adopte măsuri mai eficace decât cele obișnuite, pentru a se conforma exigențelor impuse de art. 6 din Convenție.

Având în vedere astfel de situații, Curtea a adoptat soluții nuanțate, echilibrate, decizând, de exemplu, că supraîncărcarea temporară a rolului unui tribunal nu angajează răspunderea internațională a statului aflat într-o asemenea situație, dacă acesta adoptă cu promptitudine măsuri de natură să remedieze o asemenea situație, apărând justificată, în astfel de cazuri, chiar stabilirea unei „anumite ordine provizorii în soluționarea cauzelor”, întemeiate pe urgența și importanța lor. Curtea a făcut însă și precizarea că atunci când aglomerarea rolului instanțelor de judecată „au devenit curente” nu se mai justifică durata excesivă a procedurilor judiciare⁷.

Pe de altă parte, procesul presupune un interval de timp în care să se realizeze instrumentarea sa adecvată. Lipsa unei asemenea perioade este nocivă salvagădării drepturilor persoanelor. Astfel, trebuie precizat faptul că celeritatea nu este neapărat o calitate, o justiție rapidă poate fi o *justiție expeditivă*, deci o

⁵ C. Bârsan, *Convenția Europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. I, *Drepturi și libertăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 538.

⁶ *Buchholz c. Germania*, 6 mai 1981, par. 51; *Zimmermann și Steiner c. Elveția*, 13 iulie 1983, par. 29; *Zanghi c. Italia*, 19 februarie 1991, par. 21.

⁷ *Union Alimentaria Sanders SA c. Spania*, 7 iulie 1989, par. 40.

justiție proastă⁸. De aceea, judecătorul este ținut să găsească punctul de echilibru între necesitatea unei judecăți realizată cu celeritate și necesitatea unei judecăți corecte și complete a aspectelor de drept și de fapt deduse judecății. Cât timp art. 6 § 1 din Convenție garantează dreptul la o judecată într-o durată de timp rezonabilă, o interpretare textuală a acestuia nu limitează sfera sa de aplicabilitate numai la situația în care durata procedurii se situează dincolo de normalitate, iar formularea textului permite interpretarea lui și în sensul consacării unui drept de nu fi supus unei judecăți expeditivă. La fel cum o procedură prea lungă anulează, practic vorbind, dreptul de acces la justiție, la fel o procedură prea expeditivă riscă să producă același efect, respectiv privarea persoanei de un acces real și concret la justiție. De aceea, în cazurile în care este necesar un interval de timp mai lung pentru aprofundarea cauzei în vederea unei bune soluționări, întârzierea pronunțării hotărârii apare ca justificată și ea primează asupra celerității, iar statele nu trebuie, din dorința de a se conforma necesității celerității procedurii, să cadă în extrema opusă și să-și organizeze sistemele judiciare, astfel încât să producă hotărâri pe bandă rulantă, din simpla dorință de a judeca repede, indiferent cum fiind de preferat o justiție corectă și lentă uneia rapide și inechitabile.

Aplicarea dreptului reprezintă un proces minuțios, de mare acuratețe și cu implicații socio-umane deosebite. Acest proces este strâns legat de cerințele stabilirii corecte a situației de fapt și de aplicarea normei juridice corespunzătoare. Aplicarea dreptului este subordonată principiului aflării adevărului, dar și ocrotirii drepturilor și libertăților fundamentale ale omului⁹.

Rapiditatea justiției nu este doar un avantaj, mai degrabă teoretic, pentru cel acuzat, ci mai degrabă un avantaj uriaș pentru încrederea publicului în justiție și în capacitatea acesteia de a sancționa încălcările legii. Atunci când publicul vede că, rapid, orice persoană ce a încălcat legea ajunge să fie sancționată, beneficiile pentru încrederea în justiție și pentru funcția de prevenție generală sunt semnificative, iar această reacție a publicului reprezintă în realitate o proiecție a culturii juridice, care influențează semnificativ sistemul dreptului¹⁰.

În dreptul penal, trebuie insistat cât se poate de mult asupra necesității asigurării dreptului acuzatului, de care acesta nu dorește de regulă să profite, tocmai ca, prin intermediul protejării sale, să se protejeze interese superioare ale societății. Tocmai din acest motiv, atunci când are în față plângeri ale unor persoane care își invocă dreptul la o judecată realizată cu celeritate în materie

⁸ J.-F. Renucci, *Droit europeen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2001, p. 219.

⁹ M. Niemesch, *op. cit.*, p. 143.

¹⁰ C.R.D. Butculescu, *Considerații privind influența culturii juridice asupra codificării în România în perioada 1864-2009*, în volumul *Știință și Codificare în România*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 368.

penală, Curtea este destul de dură în aprecierea condițiilor de incidență a dispozițiilor art. 6.

Dreptul la o durată rezonabilă a procedurii în materie penală, garanție procedurală generală a dreptului la un proces echitabil, consacrat în art. 6 din Convenție, reprezintă un drept fundamental, iar nu o libertate, întrucât prezintă importanță nu doar pentru persoana în cauză, ci și pentru încrederea publicului în justiție, deci pentru societate în general și profită întregii societăți, astfel încât persoana căreia îi este recunoscut nu poate renunța la exercitarea lui. Datorită rolului pe care îl joacă în actuala structură a societății, în mod cert acest drept se poate număra printre drepturile inerente persoanei umane.

De asemenea, acest drept este unul *relativ*, deoarece el poate fi limitat, restrâns ori restricționat de către stat în măsura în care sunt respectate anumite condiții prevăzute în mod expres în art. 53 din Constituția României și în art. 18 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Astfel, acest drept ar putea fi limitat în ipoteza în care este vizat un *scop legitim* dintre cele enumerate în Constituție.

În sistemul de drept din România dispozițiile legale generale care garantează principiul derulării procedurilor judiciare într-un interval care să poate fi caracterizat ca fiind rezonabil se întâlnesc în primul rând, în Constituția României. Astfel, conform art. 21 alin. (3), părțile au dreptul la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil. Reglementarea se regăsește și în art. 10 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară.

În Codul de procedură penală există o serie de prevederi legale nou introduse, care se constituie în marea lor majoritate în *încercări* de a conferi mai multă substanță principiului celerității procesului penal. Astfel, fixarea unor termene în cadrul procesului penal are ca scop, pe de o parte, limitarea în timp a duratei unor măsuri procesuale (fără aceste termene, măsurile privative sau restrictive de drepturi ar deveni arbitrare) și, pe de altă parte, împiedică tergiversarea desfășurării procesului penal, asigurând operativitatea acțiunilor cerute de justa soluționare a cauzei penale.

Celeritatea ridică dificultăți de apreciere nu doar în privința caracterului rezonabil, dar și în privința determinării duratei al cărei caracter rezonabil se analizează. Pentru a se putea pronunța asupra exigenței termenului rezonabil, Curtea Europeană a trebuit să determine perioada care se impunea a fi luată în considerare, prin evidențierea momentului inițial (*dies a quo*) și a celui final (*dies ad quem*), iar pentru a oferi justițiabililor o realizare în timp util a drepturilor și intereselor lor intervalul de timp cuprins între cele două momente trebuie să fie cât mai scurt posibil.

Pentru aprecierea duratei rezonabile a procedurii se ia în calcul durata întregii proceduri, fiind însă posibil ca procedura în fața unei instanțe să fie suficientă pentru a conduce la concluzia unei lipse de celeritate (CEDO, hot. *Scopelli*). De altfel, această garanție procedurală prezintă un caracter special față

de celelalte dispoziții ale Convenției, în sensul în care reclamantului nu îi mai este impusă obligația epuizării căilor de recurs interne. Soluția este logică, cât timp ar fi nefiresc ca reclamantul să fie nevoit să aștepte finalizarea unor proceduri care și așa au durat prea mult.

De aceea, este dificil de exprimat o cifră de la care se poate afirma că durata procesului a depășit termenul rezonabil. Spre exemplu, în cauza Zimmermann și Steiner¹¹, Curtea a decis că un proces care a durat 3 ani și jumătate nu respectă cerința celerității, în timp ce în cauza *Pretto*¹² s-a constatat că au fost respectate exigențele art. 6 par. 1 din Convenție cu privire la o procedură ce a durat o perioadă asemănătoare.

În procesul civil operează principiul disponibilității cu privire la desfășurarea procedurii. Curtea a decis că dispozițiile Convenției nu împiedică statele contractante să-și fundamenteze procedura civilă pe acest principiu¹³, dar că aceasta nu dispensează judecătorul național de îndatorirea pe care o are de a asigura celeritatea ei. Partea interesată¹⁴ este, la rândul ei, ținută să aducă la îndeplinire cu diligență actele procesuale care-i revin, să nu uzeze de manevre dilatorii și să folosească posibilitățile oferite de normele procesuale interne pentru reducerea timpului în care se derulează procedura de judecată, să nu întreprindă demersuri contrare realizării acestui scop. Totuși, nu i se poate reproșa unui reclamant faptul că, în cadrul duratei procedurii judiciare contestate, a pus în valoare toate căile de atac de care dispunea în dreptul intern¹⁵.

În materie civilă, termenul *rezonabil* are, de regulă, ca punct de plecare, ziua în care instanța de fond a fost investită cu soluționarea litigiului¹⁶ și acoperă ansamblul derulării procedurilor în cauză, adică atât cele de fond, cât și cele din căile de atac, până la soluționarea definitivă a contestației referitoare la dreptul sau obligația în discuție.

Astfel, se impun două precizări: termenul rezonabil în procedurile civile poate cuprinde și durata unor proceduri administrative preliminare, când posibilitatea sesizării unei jurisdicții este condiționată, în mod obligatoriu, de parcurgerea unei asemenea proceduri¹⁷; termenul rezonabil cuprinde și procedura de executare a hotărârilor judecătorești, considerată că parte integrantă din noțiunea de *proces*¹⁸.

¹¹ *Zimmermann și Steiner c. Elveția*, 13 iulie 1983.

¹² *Pretto c. Italia*, 8 decembrie 1983.

¹³ *Capuano c. Italia*, 25 iunie 1987, par. 25.

¹⁴ *Eckle c. Germania*, 15 iulie 1982, par. 76.

¹⁵ *Erkner și Hofauer c. Austria*, 23 aprilie 1987, par. 68.

¹⁶ *Poiss c. Austria*, 23 aprilie 1987, par. 50.

¹⁷ *J.B. c. Franța*, 26 septembrie 2000, par. 19.

¹⁸ *Pinto de Oliveira c. Portugalia*, 8 martie 2001, par. 31.

Dacă soluția procedurii derulate în fața curții constituționale naționale influențează soluția litigiului dezbătut de jurisdicțiile naționale de drept comun, termenul *rezonabil* cuprinde și durata procedurii constituționale¹⁹, însă durata examinării unei întrebări preliminare de către Curtea de Justiție a Comunităților Europene nu se ia în calcul întrucât s-ar aduce atingere sistemului instituit prin dispozițiile tratatelor instituționale ale acestora. În acest sens nici activitatea unui expert nu poate constitui un motiv justificat pentru prelungirea unei proceduri judiciare, deoarece acesta își desfășoară activitatea sub controlul instanței de judecată care trebuie să-l oblige să respecte termenele pe care i le acordă pentru efectuarea lucrărilor tehnice necesare soluționării unei pricini²⁰.

În concluzie promptitudinea în desfășurarea activităților procesuale nu trebuie să lipsească de calitate și temeinicie actele procesuale și procedurale, iar actul de justiție să devină un act de justiție expeditiv. Pentru evitarea unei justiții expeditive în rezolvarea unei cauze deduse judecății căruia trebuie să i se subordoneze organizarea, instrumentarea, administrarea și desfășurarea procesului judiciar, principiul celerității nu trebuie să rămână doar la nivelul discuțiilor și opiniilor doctrinare, ci trebuie să fie prevăzut în norme, transpus în instituții și proceduri procesuale, garantat prin reguli deontologice și de conduită ale organelor judiciare, în caz contrar, acest principiu rămâne un ideal juridic generos, dar utopic. Termenul rezonabil prevăzut în orice cale a procedurilor judiciare presupune un termen scurt, dar care să nu aibă ca finalitate o justiție expeditivă care poate fi o justiție ratată sau o justiție negată.

Bibliografie:

1. C.R.D. Butculescu, *Short considerations regarding the system of law from the perspective of General Systems Theory*, Journal of Legal Studies, Year VII, no. 3-4/2012.
2. M. Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 70.
3. Hotărârea CEDO – *Kudla c. Polonia* din 26 octombrie 2006.
4. C. Bârsan, *Convenția Europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. I, *Drepturi și libertăți*, Editura C.H. Beck, București, 2005.
5. *Buchholz c. Germania*, 6 mai 1981, par. 51;
6. *Zimmermann și Steiner c. Elveția*, 13 iulie 1983, par. 29;
7. *Zanghi c. Italia*, 19 februarie 1991, par. 21.
8. *Union Alimentaria Sanders SA c. Spania*, 7 iulie 1989, par. 40.
9. J.-F. Renucci, *Droit europeen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2001.

¹⁹ *Bock c. Germania*, 29 martie 1989, par. 37.

²⁰ *Ridi c. Italia*, 27 februarie 1992, par. 17.

10. C.R.D. Butculescu, *Considerații privind influența culturii juridice asupra codificării în România în perioada 1864-2009*, în volumul Știință și Codificare în România, Editura Universul Juridic, București, 2012.

11. *Pretto c. Italia*, 8 decembrie 1983.

12. *Capuano c. Italia*, 25 iunie 1987, par. 25.

13. *Eckle c. Germania*, 15 iulie 1982, par. 76.

14. *Erkner și Hofauer c. Austria*, 23 aprilie 1987, par. 68.

15. *Poiss c. Austria*, 23 aprilie 1987, par. 50.

16. *J.B. c. Franța*, 26 septembrie 2000, par. 19.

17. *Pinto de Oliveira c. Portugalia*, 8 martie 2001, par. 31.

18. *Bock c. Germania*, 29 martie 1989, par. 37.

19. *Ridi c. Italia*, 27 februarie 1992, par. 17.

INTERPRETAREA NORMEI JURIDICE ÎN TRE SIMPLIFICAREA ȘI BIROCRATIZAREA DREPTULUI

*Dr. av. Iosif FRIEDMANN-NICOLESCU**

Abstract:

In the contemporary era, the concept of Simplification of Law emerges as part of the Rule of Law modernization, determined by the europeanization and globalization of human relations governed by the rules of law. In the present context, Simplification of Law is also considered to be part of the modernization of law, with beneficial effects on the quality of law, due to elimination of state bureaucracy.

Today, given the global economic crisis, the Rule of Law requires the elimination of state bureaucracy, because the state bureaucratic apparatus is a "consumer" of financial resources. Will the simplification of legal instruments in favor of strengthening of public order create a new bureaucracy?

Simplification of law will lead to a "crisis of law" or to a reduction of governance costs. Will we see a debureaucratization of the Rule of Law, with beneficial effects on law enforcement?

In this context, the analysis of the legal norm interpretation in the process of application appears to be of great current interest and to offer answers to the aspects studied.

Keywords: *legal norm interpretation; principles of legal norm interpretation; methodology; technique of interpretation; codification between simplification and bureaucratization*

ARGUMENTUM

Lumea contemporană trăiește multe paradoxuri. Printre paradoxurile lumii de azi este și cel al al suprareglementării, în opoziție cu afirmațiile referitoare la primordialitatea drepturilor și libertăților omului ca valori supreme.

Excesul de reglementare conduce către așa zisa tiranie a legii, fiindcă reglementarea excesivă trebuie să fie asimilată în cadrul amplului proces de aplicare a legii.

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române – Departamentul de Drept public „Vintilă Dongoroz”; doctor în științe juridice; avocat în Baroul București; email: jfn_avocat@yahoo.com.

Contradicția este evidentă. Afirmarea drepturilor și libertăților omului ca și valori primordiale apar a fi în totală opoziție cu restricționarea prin nenumărate acte cu caracter normativ a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, de multe ori cu norme care sunt ireductibil opuse.

În opoziție cu suprareglementarea, care de multe ori conduce la o îngrădire accentuată a drepturilor și libertăților omului, a apărut un concept socotit a fi modern, cel al: simplificării dreptului.

Simplificarea dreptului este privită ca o metodă conceptuală de a reda "suplețea legii", prin claritate și prin posibilitatea de a fi interpretată în procesul de aplicare.

Simplificarea dreptului, realizată prin micșorarea numărului de acte normative, este parte componentă a modernizării Statului de Drept în contextul coordonatelor epocii contemporane.

Situația României de azi, are o specificitate care nu se regăsește în tradiția legiferării anterioare. Această specificitate este determinată de accentuarea unui nou concept, acela al europenizării dreptului național, prin trecerea la principii unitare comune în spațiul construcției europene. Această europenizare a dreptului – în întreaga Uniune Europeană – are loc pe fondul mondializării¹ relațiilor interumane reglementate prin norme de drept.

Simplificarea Dreptului în contextul actual se impune și este apreciată a fi totodată element al modernizării dreptului, cu efecte benefice privind calitatea dreptului, prin eliminarea birocrăției de stat și a birocrăției în relațiile interstatale și inter-unionale.

Statul de Drept, presupune astăzi – în contextul crizei economice mondiale² – eliminarea birocrăției de stat, fiindcă aparatul birocratic al statului este un "consumator" de resurse financiare, resurse care pot fi "redirijate" către politici sociale.

Din perspectiva enunțată, se impune a fi analizată simplificarea instrumentelor juridice, ca fiind în favoarea întăririi ordinii publice sau a fi contrară ordinii publice³.

Apare o nouă întrebare: Simplificarea va crea o nouă birocrăție ?

Dilema statelor este în sensul dacă, simplificarea dreptului va conduce la o "criză a dreptului" sau va conduce către reducerea costurilor guvernării.

Societatea contemporană în urma simplificării reglementărilor Statului de Drept, urmărește debirocratizarea structurilor statale și totodată eficientizarea aplicării dreptului ?

¹ E. Ciongaru, *Probleme actuale de teoria dreptului și drept comparat, The juridical transplant in context of globalization*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012, p. 53 și urm.

² V.S. Bădescu, *Etica în afaceri*, Ed. Universitaria, București, 2014, p. 25 și urm.

³ E. Ciongaru, *Tendențe actuale în Dreptul public*, Ed. Universitară, București, 2014, *Juridical and philosophical considerations, in public law, on the concept of liberty and concept of constarint*, p. 127 și urm.

În acest context, analiza interpretării normei juridice în procesul de aplicare, apare a fi de interes actual și poate răspunde aspectelor de ordin practic, al perfecționării actului legislativ al Statului de Drept.

DIRECȚII

Statul modern răspunde necesității de simplificare legislativă abordând două direcții: ***prima*** de ordin legislativ prin codificare; ***a doua*** prin interpretarea normei juridice.

Simplificarea reprezintă acțiunea de reducere a complexității unei acțiuni sau a unui fapt. Simplificarea, ca noțiune are ca antonim – din unghiul analizei de față – birocratizarea, astfel că în contextul eseului juridic de față putem folosi sintagma: debirocratizare.

Debirocratizarea o definim plecând de la sintagma: birocrație. Birocrație este un cuvânt compus, cu valențe sociale și conceptuale complexe.

Din punct de vedere etimologic, conceptul „birocrație” este posibil să fie un derivat al cuvântului francez „bureau” (încăpere în care se află biroul, cât și biroul ca masă de lucru), din unghiul nostru de vedere definim ”funcționărima”, ca aparat social format din tehnocrați, adică din tehnicieni (profesioniști) care se află în funcții publice cheie în raport de simplul cetățean, care este deopotrivă obiect și subiect al reglementării juridice. „Kratos-kratein” cuvânt de origine grecească definind conceptul de conducere/a conduce.

Birocrația din această perspectivă înseamnă conducerea de către persoane care exercită autoritatea unor funcții de stat în diverse puteri ale Statului de Drept.

Prin reconstrucția sintagmei, avem: Puterea celor de la birou, adică a acelor care îndeplinesc o funcție în cadrul uneia dintre puterile statului.

Birocrații soluționează problemele publice exclusiv administrativ, în general este unanim recunoscut că tehnocrații sunt ruși total de realitatea socială.

Birocrația are o unică direcție, aceea a soluționării – și nu a rezolvării efective – a problemelor publice, formal și nu pe fond.

CODIFICAREA

Codificarea are printre scopurile consacrate și pe cea a reunirii tuturor reglementărilor referitoare la o anumită ramură sau a celor vizând relații sociale specifice unui domeniu al vieții sociale, printr-un singur act normativ unitar.

Codificarea este unul dintre mijloacele moderne ale dreptului, care în procesul de legiferarea urmărește reunirea tuturor reglementărilor care vizează o anumită situație de fapt socială, prin simplificarea procesului legislativ, dând legii o anumită suplețe.

Codificarea mai are un avantaj în procesul de aplicare al dreptului, anume norma juridică care reglementează o anumită relație socială, este unitară sub aspect normativ și nu poate da loc unor interpretări contrare sau contradictorii, ceea ce în unele cazuri este esențială.

Evident, dacă o situație de fapt socială, este reglementată în mai multe acte normative, apar diferențe în interpretarea normei juridice în procesul de aplicare, diferențe determinate de abordări diferite ale relației sociale supusă reglementării, pe de o parte, iar pe de altă parte în raport de evoluția legislației naționale unitare, sau a celei internaționale, fiindcă legiferarea este o acțiune socială continuă.

Procesul legislativ are o evoluție dinamică, în raport de factori obiectivi și de ordin subiectiv, de aspecte conjuncturale apărute în dezvoltarea societății umane.

INTERPRETAREA NORMEI JURIDICE

Interpretarea normei juridice este determinantă în simplificarea dreptului, în debirocratizarea actului legislativ, pe care o observăm în amplul proces de aplicare a normei juridice.

Prin aplicarea normei juridice – a unei norme juridice – la o anumită relație socială, interpretul normei juridice, face o analiză atentă a întregii legislații din ramura sau sub ramura de drept aplicabilă relației sociale supusă reglementării.

Interpretarea normei juridice poate fi definită ca fiind un proces amplu rațional logic, de explicare a sensului normei juridice, printr-o analiză teoretică a unui text legal sau al unui sistem de texte în raport de o situație de fapt sau de o suită de situații de fapt, prin care se urmărește punerea în concordanță a voinței legiuitorului cu realitatea, atunci când norma juridică nu este suficient de clară sau precisă.

Interpretarea normei juridice este deopotrivă un proces amplu de explicare și un sistem relațional între mai multe elemente și factori, care determină stabilirea sensului celui mai apropiat de voința legislatorului la o situație de fapt determinată, sau determinabilă.

Știința dreptului românesc a cunoscut afirmarea unor coordonate într-o lucrare de referință, *Tratat de Drept civil Român*⁴ a trei corifei ai științei juridice naționale Constantin Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, care fac vorbire de „principii impuse de tradiție”⁵ în materia interpretării normei juridice. Pe aceeași direcție științifică, avocatul Mircea I. MANOLESCU⁶,

⁴ Vol. I, Ed. C.H. Beck, p. 117.

⁵ Valentin Stelian BĂDESCU, *Constitutional Court of Romania between tradition and reform*, Ed. Universitară, București, 2014, p. 121 și urm, în volumul *Despre tradiție în, Constituția și Societatea contemporană*.

⁶ Mircea I. Manolescu, *Teoria și Practica dreptului. Metodologie și Sociologie Juridică (Natura și Cultura)*, 1946, București, Fundația Regele MIHAI I, p. 265.

desemnează principiile interpretării, prin expresia „fetișismul legii pozitive”, acestea fiind:

- omnipotența legii;
- plenitudinea legii;
- exclusivitatea legii, ca sursă de drept.

Aceste principii fac parte din sistemul metodologic de interpretare exegetică, reunite ca parte din sistemul care aparține unui ansamblu al valorilor și ideologiilor, referitoare la drept, în cadrul societății umane.

Pot fi preluate în activitatea de legiferare (fiind transpuse în acte normative), anumite soluții doctrinare, soluționate de specialiști – teoreticieni și practicieni – care se află într-o interactivitate evidentă cu procesul de legiferare, cu prilejul perfecționării cadrului legislativ.

Sistemul unitar al interpretării normei juridice, are în vedere „schimbul permanent” de principii, între teorie și practică, în procesul de aplicare al normei juridice și în cel legislativ.

De subliniat că nici practica judiciară nu este izvor de drept în sistemul de drept românesc clasic, plecându-se de la principiul separației puterilor în stat, instanțelor judecătorești revenindu-le, în mod exclusiv, aplicarea legii în cadrul soluționării cauzelor aflate pe rolul lor (al instanțelor de toate gradele). Jurisprudența instanțelor, fără să aibă puterea unui precedent judiciar, contribuie totuși la interpretarea normei juridice, prin aceea că se creează o gândire unitară rezultând din aplicarea legii de către profesioniștii dreptului. Trebuie să recunoaștem existența unei interacțiuni active, între jurisprudență și activitatea de legiferare.

Se impune să amintim că Aristotel definea Justiția ca fiind o supunere, necondiționată, față de legi. În general, filosofii apreciază că dreptul este o „codificare” a raporturilor dintre Lege și Forța Statului. Pascal, făcând în Secolul XVII constatări actuale și astăzi: „Neputând face ca ceea ce este drept să fie și puternic, s-a făcut ca ceea ce este puternic să fie drept.”; „Justiția, fără forță este neputincioasă, forța fără justiție este tiranică.”

Din acest unghi, este interesant să amintim una dintre cele mai vechi definiții date dreptului, pe care o găsim în Pravila Târgovișteană sau Pravila lui Matei Basarab din 1652. Astfel, în glava a doua citim: „Dreptatea iaște un lucru mai adevărat ca toate, care dă fieș cui dreptate”⁷.

CONCLUZII

Desigur, în relația dintre interpretarea normei juridice și simplificarea dreptului prin debirocratizarea dreptului, codificarea este o soluție modernă dar și practică.

⁷ Îndreptarea legii cu Dumnezeu – Târgoviște, 1652. Glava a doua, alin. (1).

Finalitatea simplificării dreptului trebuie să aducă în primul rând CETĂȚEANULUI beneficiul unei aplicări unitare a legii și numai ulterior și Statului de Drept reducerea costurilor guvernării.

Simplificarea dreptului nu trebuie să fie opusă "cetățeanului" și nici să fie un obstacol în calea "Adevărului și Dreptății" a "Justiției" în general.

Rolul interpretării normei juridice în procesul de aplicare, apare a fi esențial în cadrul simplificării, prin analiza teoretico-practică a actelor normative în cadrul Statului de Drept, în care realizarea Justiției este un scop declarat.

La confluența dintre codificare și interpretarea normei juridice poate fi situată simplificarea și debirocratizarea dreptului contemporan ca un remediu la excesul de reglementare și de birocratizare al societății.

PLÂNGERE CONTRAVENȚIONALĂ. SANȚIONAREA COMPORTAMENTUL INCORECT AL AGENTULUI ECONOMIC FAȚĂ DE CONSUMATOR. PREZUMȚIA CA MIJLOC DE PROBĂ. NOTORIETATEA

Studiu de caz

Refuzul de a livra unele feluri de mâncare comandate telefonic poate fi considerat o practică incorectă, deoarece se produce în relația directă a profesionistului cu consumatorul ale căror interese sunt direct lezate, dovada în acest sens fiind sesizarea organismului statal specializat în constatarea, prevenirea și sancționarea unor astfel de comportamente.

Elena ILIE*

Abstract:

By the civil sentence no. 2233/05.06.2014 pronounced of Targoviste Tribunal, in Court file No. 2140/315/2014a was allowed in part with the complaint made by the contravener SC. SRL, in contradiction with the respondent NAPC – The District Commissariat for Consumer Protection (hereinafter NAPC) against the minutes for finding and sanctioning the offences of NAPC No. 0596560 in 06.02.2014, in the sense that it reduced the fines applied to the contravener from 20,000 to 2,000 lei, maintaining the other provisions of the irregularity report.

In order to pronounce this sentence, the first instance court held, essentially, that the minutes of the contravention NAPC series No. 0596560 06.02.2014 completed by the respondent NAPC was sanctioned the contravener SC A.G. SRL with fine in amount of 20,000 lei, for the fact that the result of a referral from the 03.02.2014 it was found that the economic operator has not taken all the measures necessary for the smooth running of the work carried out, resulting in the refusal of a telephone orders for the supply by a customer for the goods solicited. It was considered that the offence constitutes a violation under article 9 of G.O. No. 21/1992 sanctioned by article 50 paragraph 1 section c) of the same normative act.

Analysing the content of the contravention report, the possibility afforded by article 17 of Ordinance No. 2/2001 on the legal regime of the offences, the first instance court found that this is legal, including all the particulars provided for by law, on nullity, that the act is sufficiently described, of the contravention act, given that the petitioner said that it did not take all necessary measures to respect the telephone order for one or some of the products they market.

* Judecător dr., Tribunalul Dâmbovița, cadru didactic asociat, lect.univ.dr. , Universitatea „Valahia” din Târgoviște, Facultatea de Drept și Științe Administrative.

As regards the facts retained from the minute, the Court found that it is proven by the respondent against the contravener as it is its burden/task.

Keywords: *sentence, the contravener, normative act, the minute*

1. În cauza Anghel c. României din 4.10.2007, Curtea Europeană a Drepturilor Omului constată încălcarea de către România a art.6 din convenție ce vizează dreptul la un proces echitabil prin încălcarea prezumției de nevinovăție în cazul materiei contravenționale. Se arată că a prezuma că procesul verbal contravențional beneficiază de o prezumție de legalitate și veridicitate, sarcina probei contrare revenind contravenientului ce trebuie astfel să-și dovedească nevinovăția, este contrar dreptului la un proces echitabil, materia contravențională, prin sancțiunile aplicabile intrând în sfera penalului conform art. 6 CEDO ce implică prezumția de nevinovăție a persoanei căreia i se aduce o acuzație. Ca atare nu procesul verbal contravențional în sine poate demonstra vinovăția contravenientului, ci probele ce au stat la baza emiterii sale, în cazul de față proba esențială produsă în fața instanței fiind plângerea unei persoane nemulțumite de comportamentul agentului economic și răspunsul reprezentantului acestei unități adresat ANPC.

Astfel, deși prin plângere se contestă practic situația de fapt reținută în sarcina sa, prin adresa de răspuns la interpelarea ANPC cu privirea la sesizarea unui consumator, potențial client al petentei, se arată că s-a luat hotărârea ca în cazul aglomerației create de multiplele comenzi în contextul unui concediu de odihnă acordat unuia dintre șoferi, să se refuze comanda datorită timpului prea mare de livrare.

Se remarcă faptul că este de notorietate că petenta desfășoară activitate comercială pe raza orașului T, furnizând în mod obișnuit pizza urmare a unor comenzi telefonice. Neasigurarea posibilităților reale de onorare a comenzilor, cunoscut că pe parcursul unei zile există întotdeauna o perioadă de vârf a comenzilor imediat după prânz, reprezintă o încălcare a art. 9 din O.G. nr.21/1992 astfel cum a reținut și intimata prin procesul verbal.

Faptul că nu au fost efectuate verificări suplimentare de către intimată nu afectează realitatea faptei comise, răspunsul petentei la interpelare fiind suficient pentru a exista prezumția că nu au fost luate toate măsurile necesare pentru onorarea comenzii. Petenta nu răstoarnă această prezumție făcând doar afirmații cu privire la existența unei stări de aglomerare și susținând prin adresa din 04.02.2014 că unul dintre șoferi era în concediu de odihnă. În speță, era posibilă dovedirea acestor afirmații prin compararea comenzilor din perioada din mijlocul zilei de 03.02.2014 cu alte comenzi dintr-un număr rezonabil de zile anterioare pentru a se vedea dacă a fost o creștere neobișnuită a comenzilor în ziua respectivă. De asemenea, aceste date se puteau corobora cu furnizarea de date clare cu privire la numărul de angajați șoferi care asigurau distribuția

produselor și faptul că unul dintre aceștia s-ar fi aflat în concediu de odihnă pentru ziua respectivă. Doar o creștere semnificativă și neobișnuită a comenzilor, coroborat cu faptul că anterior, în ciuda indisponibilității unui om au putut fi onorate toate comenzile ce un agent economic diligent le preconizează că le poate avea, ar putea duce la o exonerare de răspundere pentru a nu fi luat toate măsurile normale pentru asigurarea bunului mers al activității pe care dorește să o desfășoare.

Se reține astfel realitatea celor constatate de agentul constatat în procesul verbal atacat.

În ceea ce privește quantumul sancțiunii aplicate, instanța a considerat că acesta este exagerat raportat la fapta reținută în sarcina petentei, întrucât

Reține instanța de fond că ANPC nu a făcut verificări suplimentare cu privire la condițiile în care a fost refuzată o comandă telefonică. Nu s-au solicitat astfel date de natura celor expuse mai sus în motivare și nici nu este precizat despre ce produs este vorba. Ca atare, aplicarea unui maxim al amenzii ținând cont doar de dimensiunea afacerii și gradul de cunoaștere al publicului despre societate nu corespunde unor criterii dintre cele prevăzute de lege pentru a se face aprecierea gravității unei fapte contravenționale. Dimpotrivă, aceste criterii, în speță, trebuiau determinate în concret cu privire la tipul de comandă – dacă era o comandă obișnuită sau dimpotrivă produsul lipsea de pe stoc, de gradul de aglomerare, de cercetarea clară a motivului expus clientului pentru refuzarea comenzii, de posibilitățile efective de onorare a comenzii în momentul respectiv pentru a se verifica existența unei discriminări.

În contextul demonstrării doar a neonorării unei singure comenzi, fără ca agentul economic să furnizeze o situație justificativă care să ducă la exonerarea de răspundere în sensul că ar fi luat măsurile necesare pentru onorarea comenzilor, dar o situație neprevăzută l-a împiedicat să o onoreze pe aceea imputată în concret, se impunea fie desfășurarea de cercetări mai ample, fie aplicarea unei amenzi în quantumul minim prevăzut de lege pentru contravenția constatată.

Raportat la faptul că alte date despre comanda respectivă și situația desfășurării activității în acea perioadă nu au mai fost solicitate și față de cele mai sus expuse, instanța a admis în parte plângerea și a redus amenda aplicată de la 20.000 de lei la 2.000 de lei, menținând celelalte dispoziții ale procesului verbal.

Împotriva sentinței instanței de fond, atât petenta SC A.G. SRL, cât și intimata ANPC au declarat apel

Prin motivele de apel, apelanta contravenientă, SC A.G. SRL a învederat următoarele aspecte:

Prin intermediul procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor seria ANPC nr. 0596560, comunicat la data de 6.02.2014 a fost sancționată cu o amenda în quantum de 20.000 lei, întrucât nu a acordat

posibilitatea unei persoane nemenționate să facă o alegere rațională în conformitate cu interesele sale.

Critică soluția instanței de fond, întrucât fără administrarea unui probatoriu minim, s-a concluzionat că situația de fapt reținută este dovedită de intimată, fără a fi efectuate verificări suplimentare de către aceasta cu privire la veridicitatea sesizării : "faptul că nu au fost efectuate verificări suplimentare de către intimată nu afectează realitatea faptei comise....există prezumția că nu au fost luate toate măsurile necesare pentru onorarea comenzii".

Urmărind acest raționament abstract al instanței, s-ar putea ajunge la periculoasa concluzie că oricine poate fi sancționat de ANPC, doar în virtutea unei sesizări, agenții constatatori putând încheia procese verbale fără a constata direct o faptă. Așadar, dacă un concurent de pe piață formulează o plângere în numele unui virtual client, cel asupra căruia planează o bănuială va trebui amendat fără a se face verificări și fără a se analiza veridicitatea celor reclamate.

În ceea ce privește legalitatea procesului verbal, reiterează argumentele aduse instanței de fond supunând analizei excepția nulității absolute a procesului verbal contestat, excepție nesoluționată, întrucât acesta înfrânge dispozițiile obligatorii ale art. 16 din OG nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, în sensul că presupusa faptă săvârșită nu este descrisă, ci doar li s-a reproșat faptul că "nu au luat toate măsurile necesare pentru bunul mers al activității". Se apreciază că în situația descrierii unei fapte, trebuie prezentată întreaga situație contravențională și arătat ce anume nu a respectat societatea, în raport cu clienții săi.

Or, atâta timp cât nu este vorba de o constatare directă a agenților ANPC, ci doar de o sesizare a unei persoane ce le face reclamație, fără a fi prezentată situația reală, raportându-se la un apel telefonic, se impune a se analiza veridicitatea celor consemnate în raport cu dispozițiile imperative ale O.G. nr. 2/2001.

Un alt aspect ce impune anularea procesului verbal este cel referitor la sancțiunea aplicată, ce excede sferei de aplicare ale OG nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, în sensul că fără a fi aduse argumente cu privire la gravitatea faptei, le-a fost aplicată sancțiunea maximă de 20.000 lei cu posibilitatea achitării sumei de 1000 lei în 48 de ore, fapt nepermis de către O.G. nr.2/2001

În ceea ce privește temeinicia procesului verbal, se solicită o atenta reanalizare a situației de fapt – ținându-se cont că aspectele reproșate nu corespund realității, fiind vorba de o comandă telefonică, căreia se pare că nu i-au putut da curs.

Practic, sancționarea se datorează împrejurării că nu ar fi putut onora o comandă telefonică unei persoane necunoscute în ceea ce privește un produs necunoscut care se pare că la momentul inițierii cererii nu era pe stoc. De remarcat este faptul că soluția instanței de fond nu aduce argumente cu privire

la inexistenta produsului pe stoc, ci doar asupra faptului ca nu ar fi putut onora comanda în timp util.

În ceea ce privește aceasta interpretare vizând obligația oricărui agent la suplimentarea numărului de angajați doar pentru o anumită perioadă de timp, atunci când numărul comenzilor crește, nu are nicio justificare economică și niciun suport material atât timp cât doar în acea perioadă a zilei sunt comenzi mai multe.

Se apreciază ca cel mai bun sancționator al unui agent economic este consumatorul care dacă este nemulțumit nu mai apelează la serviciile acestuia și nu o instituție a statului care cu ușurință stabilește usturătoare amenzi ce pot conduce la închiderea activității unui agent economic (or situația descrisă în soluție confirmă tocmai buna conduită pînă la numărul mare de comenzi din partea clienților).

Așadar, imposibilitatea onorării unei comenzi într-un timp rezonabil ar echivala întru totul cu imposibilitatea instanței de a soluționa un litigiu la momentul rămînerii în pronunțare . . . aceasta fiind și situația societății, au amânat comanda, considerând ca pentru a oferi un serviciu de calitate aceasta nu s-ar putea decât la un moment ulterior. Aceasta situație nu o pot confirma, ci doar interpreta cele ce le-au fost reproșate dându-se credibilitate susținerilor clientului.

De asemenea, apreciază ca sancțiunea contravențională este abuzivă și în dezacord cu dispozițiile legale în vigoare, astfel, orice agent comercial ar putea fi sancționat pentru imposibilitatea procurării unui anumit produs ce se afla în lista de prețuri.

Mai mult decât atât, faptul neonorării unei comenzi - ce se refera la un produs de care agenții constatatori nu fac vorbire, denota faptul respectării cu precădere a art. 9 din O.G. nr. 21/1992, în sensul refuzului de a comercializa un produs care, probabil, în cazul în care reproșata comanda ar fi existat, nu corespundea caracteristicilor prescrise sau declarate, existând momente când anumite produse își pierd garanția, sau nu puteau onora în timp util comanda ca urmare a aglomerării în jurul prânzului.

Având în vedere aceste aspecte, apreciază întemeiata plângerea, solicitând instanței anularea procesului verbal contestat și exonerarea de la plata amenzii.

În subsidiar, în măsura în care se va considera ca nefiind argumente suficiente privind constatarea nulității procesului-verbal, solicită ca în baza dispozițiilor art.5 alin.2 lit. a) și alin. 5, art. 6 alin. I, art.7 și art. 21 alin.3 din O.G. nr. 2/2001, să se dispună aplicarea sancțiunii avertismentului, aceasta întrucât sancțiunile contravenționale trebuie aplicate în limitele prevăzute de actul normativ, proporțional cu gradul de pericol social al faptei săvârșite și ținând seama de împrejurările în care fapta a fost săvârșită, de modul și mijloacele de săvârșire a acesteia, de scopul urmărit, de urmarea produsă, precum și de circumstanțele personale ale contravenientului.

De asemenea, art. 6 alin. 1 din O.G.nr.2/2001 prevede că "sanctiunea avertismentului poate fi aplicată oricărui contravenient persoană fizică sau persoană juridică", iar potrivit art.7 alin.3, această sancțiune se poate aplica și în cazul în care actul normativ de stabilire și sancționare nu o prevede. Având în vedere că în cauză s-a făcut atât dovada angajării, cât și a contabilizării orelor lucrate de către angajații societății prin pontaj, consideră ca sunt mult prea aspru sancționați, neexistând dovada vreunui prejudiciu adus statului și angajaților impunându-se înlocuirea amenzii cu avertisment.

Apelanta intimată învederează faptul că, în mod corect, a reținut instanța că petenta se face vinovată de contravenția reținută în sarcina sa, din întreg materialul probator rezultând cu certitudine faptul că nu au fost luate toate măsurile necesare pentru onorarea comenzii.

Instanța a reținut, de asemenea, în mod corect că petenta nu a răsturnat aceste prezumții, aceasta făcând doar afirmații referitoare la existența unei stări de aglomerare, susținând totodată prin adresa din data de 04.02.2014, că unul dintre șoferi era în concediu de odihnă, ceea ce nu o exonerează de răspundere.

În ceea ce privește cuantumul sancțiunii aplicate însă, instanța de fond, în mod eronat, a apreciat că este exagerat, raportat la contravenția reținută în sarcina petentei, reducând la 2000 lei, deoarece, cum s-a susținut și prin întâmpinarea formulată, operatorul economic este unul cu o largă activitate comercială, astfel consideră că amenda aplicată de organele de control nu este exagerată și mai mult, petenta avea posibilitatea achitării a ½ din minimul amenzii în 48 de ore, respectiv 1000 lei. Când au aplicat cuantumul maxim al amenzii, organele de control, au avut în vedere comportamentul incorect al petentei față de consumator (discriminator), sancțiunea aplicată având totodată și un scop preventiv pentru ca acest lucru să nu se mai repete.

Pentru considerentele expuse, apreciază ca instanța de fond în mod greșit a admis în parte plângerea formulată de petenta, reducând amenda aplicată de la 20000 lei la 2000 lei, fapt pentru care se solicită admiterea apelului, obligarea intimătei la plata integrală a amenzii în cuantum de 20000 lei.

2. Prin decizia nr. 733 /3 decembrie 2014, pronunțată în calea de atac, Tribunalul Dâmbovița a admis apelul contravenientei, a schimbat în tot sentința apelată în sensul că a admis plângerea contravențională și a anulat procesul verbal de contravenție. Prin aceeași decizie a fost respins apelul formulat de agentul constatat.

În soluționarea apelului contravenientei, tribunalul a reiterat conținutul procesului verbal de constatare și sancționare a contravenției ce descrie fapta contravențională în următorii termeni: la data de 3.02.2014, la C.J.P.C. Dâmbovița a fost înregistrată reclamația nr. 85/3.02.104 din care rezultă că petentul a comandat telefonic la nr. ce aparține operatorului economic A.G. SRL, mai multe feluri de mâncare, însă a fost refuzat. Neprimirea comenzii petentului

de către operatorul economic constituie comportament incorect al acestuia în relația cu consumatorul, întrucât nu a luat toate măsurile necesare pentru bunul mers al activității desfășurate. Se încalcă art. 9 din O.G. nr. 21/1992 conform căruia operatorii economici sunt obligați să pună pe piață numai produse sau servicii care corespund caracteristicilor prescrise sau declarate, să se comporte în mod corect în relațiile cu consumatorii și să nu folosească practici comerciale abuzive. Încălcarea art. 9 din O.G. nr. 21/1992, constituie contravenție și se sancționează cu amendă contravențională de la 2.000 la 20.000 lei, conform art. 50 alin. 1 lit. c) din O.G. nr. 21/1992.

Din descrierea faptei, tribunalul a observat că ipoteza pe care agentul constatatator a avut-o în vedere la sancționarea operatorului economic este cea a comportamentului manifestat față de consumator, pe care l-a apreciat a fi incorect datorită faptului că a refuzat o comandă telefonică de livrare a unor feluri de mâncare.

Textul de lege invocat de agentul economic nu definește comportamentului incorect al profesionistului în relația cu consumatorul, însă explicația unei practici incorecte se regăsește în art. 2 alin. 1 pct. 22 din O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, în care se arată că prin practici comerciale abuzive și/sau incorecte se înțelege orice acțiune, inacțiune, conduită, demers sau comunicare comercială, inclusiv publicitate, din partea unui operator economic în relație directă cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs sau serviciu, care aduce atingere în mod direct intereselor consumatorilor.

Pornind de la această definiție, s-a tras concluzia că refuzul de a livra unele feluri de mâncare comandate telefonic poate fi considerat o practică incorectă, deoarece se produce în relația directă a profesionistului cu consumatorul ale căror interese (constând în satisfacerea nevoii de hrană cu preparatele dorite) sunt direct lezate, dovada în acest sens fiind sesizarea organismului statal specializat în constatarea, prevenirea și sancționarea unor astfel de comportamente.

Numai că, pe planul răspunderii contravenționale, problema nu trebuie abordată simplist, ci prin coroborarea dispozițiilor incidente, ce presupune punerea în acord a dispoziției din legea specială, în speță, din Ordonanța Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, cu cele ale Ordonanței Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor ce constituie dreptul comun în materie, dar și cu cele ale Codului de procedură civilă referitoare la probe.

Un prim aspect ce trebuie lămurit se referă la descrierea faptei contravenționale.

Din acest punct de vedere se poate observa că agentul constatatator nu a menționat toate împrejurările în care s-a comis fapta contravențională, nu a precizat nimic în legătură cu punctul de vedere exprimat de operatorul economic în urma sesizării formulate de consumator, nu a făcut trimitere la

răspunsul acestuia referitor la cauzele pentru care comanda nu a fost primită, ajungând la concluzia că acesta a avut un comportament incorect pentru că nu ar fi luat toate măsurile necesare pentru bunul mers al activității desfășurate, fără a preciza ce măsuri au fost ignorate și au condus la așa zisul refuz de onorare a comenzii consumatorului.

Un asemenea mod de descriere a faptei nu poate dovedi comportamentul incorect sancționat de reclamantă, atitudinea agentului economic, pentru a fi sancționată trebuind să se încadreze în descrierea practicii comerciale incorecte definită prin art. 2 alin. 1 pct. 22 din O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor.

Potrivit art. 16 din O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, procesul verbal trebuie să conțină în mod obligatoriu, descrierea faptei contravenționale și arătarea tuturor împrejurărilor ce pot servi la aprecierea gravității faptei și la evaluarea pagubei pricinuite, iar potrivit art. 17 din OG nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, lipsa mențiunilor privind fapta săvârșită și a datei comiterii acesteia, atrage nulitatea procesului verbal de contravenție.

În relație cu aceste două dispoziții legale, nu se poate reține că fapta contravențională nu a fost descrisă pentru a atrage nulitatea procesului verbal de contravenție, însă este evident că nu au fost menționate toate împrejurările în care aceasta a fost săvârșită, mai mult, nu s-a avut în vedere susținerea consumatorului care s-a simțit lezat moral și nu material, considerându-se discriminat.

Un al doilea aspect care ridică discuții în ceea ce privește legalitatea sentinței apelate și care a fost adus în discuție de apelanta petentă privește modul de apreciere a probelor de către instanța de fond, mai exact, probele de care a înțeles să se folosească instanța de fond în justificarea soluției adoptate, dar care nu au fost invocate de agentul constatatator.

În speță, este vorba de prezumarea de către judecătorul fondului a omisiunii de a nu fi fost luate toate măsurile necesare pentru onorarea comenzii, ajungând la concluzia că fapta a fost în realitate săvârșită.

Astfel, precizează judecătorul fondului că faptul că nu au fost efectuate verificări suplimentare de către intimată nu afectează realitatea faptei comise, răspunsul petentei la interpellare fiind suficient pentru a exista prezumția că nu au fost luate toate măsurile necesare pentru onorarea comenzii, prezumție ce nu a fost răsturnată, petenta făcând afirmații doar cu privire la existența unei stări de aglomerare și susținând prin adresa ulterioară că unul dintre șoferi era în concediu de odihnă.

Art. 327 Cod procedură civilă, definește prezumțiile ca drept consecințe pe care legea sau judecătorul le trage dintr-un fapt cunoscut spre a stabili un fapt necunoscut, iar potrivit art. 329 Cod procedură civilă, în cazul prezumțiilor lăsate la luminile și înțelepciunea judecătorului, acesta se poate întemeia pe ele

numai dacă au greutate și puterea de a naște probabilitatea faptului pretins; ele, însă pot fi primite numai în cazurile în care legea admite dovada cu martori.

Fără ca agentul constatatator să fi trecut împrejurările și circumstanțele săvârșirii faptei în procesul verbal de contravenție, instanța de fond prezumă că nu s-au luat toate măsurile necesare pentru bunul mers al activității desfășurate, ignorând una din dispozițiile aplicabile în materie din Codul consumului (aprobat prin Legea nr. 296/2004), cea înscrisă la art. 28 în care se prevede că „ se interzice refuzul vânzării unui produs sau prestării unui servicii către un consumator fără un motiv justificat conform prevederilor legale în vigoare” .

Ori, prezumarea săvârșirii faptei putea fi făcută de judecătorul fondului numai dacă ar fi analizat și justetea motivelor pentru care acesta a înțeles să refuze comanda, operațiune pe care nu a realizat-o, cu toate că petenta a prezentat motivele pentru care nu a executat comanda.

Fără a depăși planul probelor pe care instanța le-a avut în vedere, se impune a observa că aceasta consideră că era posibilă dovedirea afirmațiilor petentului (în ceea ce privește existența stării de aglomerație și a unui șofer în concediu de odihnă) prin compararea comenzilor din perioada din mijlocul zilei de 3.02.2014 cu alte comenzi dintr-un număr rezonabil din zile anterioare pentru a se vedea dacă a fost o creștere neobișnuită a comenzilor în ziua respectivă, date ce se puteau corobora cu numărul de angajați șoferi care asigura distribuția produselor și faptul că unul dintre aceștia se afla în concediu, consideră instanța că doar o creștere semnificativă și neobișnuită a comenzilor coroborat cu faptul că anterior, în ciuda indisponibilității unui om au putut fi onorate toate comenzile ce un agent economic diligent le preconizează că le poate avea, ar putea duce la o exonerare a răspunderii sale pentru că nu a luat toate măsurile normale pentru asigurarea bunului mers al activității pe care dorește să o desfășoare.

Din nici un înscris de la dosarul cauzei nu rezultă că această societate livrează mâncare la domiciliu, că are angajat personal specializat pentru astfel de servicii, care să-i permită instanței să prezume săvârșirea faptei pentru că nu au fost aduse dovezi pentru compararea vânzărilor din perioade rezonabile executate în aceeași perioadă a zilei cu un număr mai mic de șoferi.

Se trage concluzia că este posibil ca judecătorul fondului să cunoască situația reală a operatorului economic și cunoștințele personale legate de activitatea acestuia sunt folosite în proces pentru a fundamenta prezumția neluării de către agentul economic a măsurilor normale pentru asigurarea bunului mers al activității, în lipsa altor probe ce ar fi putut fi administrate cum ar fi proba cu martori sau înscrisuri.

Practica judiciară în materia contravențională, ca și jurisprudența C.E.D.O. sunt constante în a considera că acuzația contravențională nu este altceva decât o acuzație penală (a se vedea cauza Anghel c. României), ce presupune, din

punctul de vedere al procedurii judiciare, respectarea tuturor garanțiilor procesuale impuse de art. 6 paragraf 2 și 3 din Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale (Convenția).

Aceasta presupune dreptul la un proces echitabil în fața unei instanțe naționale competente, în care membrii completului de judecată să nu pornească de la ideea preconcepută că petentul sau contravenientul este vinovat de săvârșirea faptei contestate, pornind judecata de la principiul prezumției de nevinovăție, interpretarea situațiilor îndoielnice în favoarea persoanei acuzate, potrivit principiului (*in dubio pro reo*), sarcina probei revenind celui care afirmă *onus probandi incumbit actori*.

Nu se poate susține că judecătorul fondului a pornit de la o idee preconcepută a vinovăției operatorului economic în producerea faptei, însă este evident că în ceea ce privește celelalte două garanții procesuale, constând în interpretarea probelor și sarcina administrării acestora, judecata este deficitară.

Pe de o parte, este evident că față de modul de descriere a faptei contravenționale de către agentul constator, care nu a prezentat în conținutul procesului verbal împrejurările refuzului de a furniza mai multe feluri de mâncare consumatorului, de care a luat cunoștință în urma verificării reclamației, în relație cu susținerile operatorului economic transmise în scris celui dintâi a doua zi după înregistrarea reclamației, dar și în plângerea adresată instanței și celelalte înscrisuri ulterioare ce justifică refuzul atât pe seama aglomerației, cât și pe seama distribuitorului, se ivește o posibilă îndoială în ceea ce privește organizarea activității de către operatorul economic, îndoială ce profită acestuia din urmă din perspectiva tratamentului incorect față de consumator.

Principiul *onus probandi incumbit actori*, presupune, cum de altfel rezultă din interpretările judecătorului constituțional în deciziile nr. 1315/14 oct. 2010, 1333/22 oct. 2009, 1096/8 sept. 2009, și în cauza Neață împotriva României, ca persoana care face o afirmație să o și dovedească. În cauză, agentul constator s-a limitat să afirme că petentul a avut un comportament incorect, prin neluarea măsurilor necesare pentru buna desfășurare a activității, însă nu a dovedit în nici un mod în ce a constatat această omisiune, aspect ce se deduce implicit din măsurile pe care le-a înscris în procesul verbal în sarcina profesionistului, respectiv „informarea completă, corectă și precisă a consumatorilor, astfel încât aceștia să aibă posibilitatea de a face o alegere rațională, în conformitate cu interesele sale”.

Ori, dacă măsurile trasate prin procesul verbal de contravenție în sarcina petentului vizează aspectele legate de informarea consumatorului, este evident că și în privința faptei, pentru care s-a aplicat sancțiunea, însăși agentul constator a fost în dubiu în legătură cu obligațiile comerciantului /profesionistului în relația cu consumatorul într-un asemenea caz.

Pentru toate aspectele ce preced, tribunalul consideră că în speță nu s-a făcut dovada vinovăției operatorului economic în săvârșirea faptei contravenționale sancționată de art. 50 alin. 1 lit. c) prin raportare la art. 9 din O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, astfel că, în mod greșit instanța de fond a considerat că sunt întrunite condițiile răspunderii contravenționale de către petent.

Potrivit art. 1 din OG nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, este esențial pentru angajarea răspunderii contravenționale, alături de săvârșirea unei fapte ilicite și considerarea acesteia de către legiuitor ca și contravenție și o formă de vinovăție, indiferent de gravitatea acesteia, în lipsa oricăruia dintre aceste trei elemente fiind imposibilă sancționarea făptuitorului.

Drept consecință, în temeiul art. 480 Cod procedură civilă, tribunalul a admis apelul formulat de petent și a schimbat în tot sentința apelată, în sensul admiterii plângerii și anulării procesului verbal de contravenție.

Pentru aceleași argumente, tribunalul a respins apelul formulat de intimatul – agent constatat.

3. Hotărârile judecătorești prezentate pun în discuție câteva probleme de drept substanțial ce reglementează fapta contravențională cât și de drept procesual aplicabil în materie contravențională.

3.1. În mod corect ambele instanțe de judecată au purces la verificarea legalității și temeiniciei procesului verbal de contravenție prin analiza fiecărei condiții ce trebuie îndeplinită pentru ca fapta săvârșită de petent să atragă răspunderea contravențională, fiind evident că dacă fapta ilicită nu este prevăzută ca atare de lege, dacă lipsește vinovăția ori aceasta nu a fost săvârșită, tragerea la răspundere nu este posibilă¹.

În ceea ce privește existența faptei contravenționale, prima instanță s-a limitat la a considera că este suficient descrisă și că este de notorietate că petenta desfășoară activitate comercială pe raza orașului, furnizând în mod obișnuit pizza urmare a unor comenzi telefonice, iar neasigurarea posibilităților reale de onorare a comenzilor, cunoscut că pe parcursul unei zile există întotdeauna o perioadă de vârf a comenzilor imediat după prânz, reprezintă o încălcare a art. 9 din OG nr.21/1992 astfel cum a reținut și intimata prin procesul verbal.

Instanța de control judiciar face un pas înainte în analizarea faptei ilicite pentru care a fost sancționat agentul economic și constată că legiuitorul nu definește „comportamentul incorect” în raportul comerciant – consumator, însă face apel la definiția dată practicilor comerciale abuzive și /sau incorecte

¹ Pentru definiția și trăsăturile contravenției, a se vedea Alexandru Țiclea, *Reglementarea contravențiilor*, Ediția a III-a revizuită și adăugită, Lumina Lex, București, 2003, pag. 7- 23.

conținută în art. 2 alin. 1 pct. 22 din OG nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, în care se arată că prin practici comerciale abuzive și/sau incorecte se înțelege orice acțiune, inacțiune, conduită, demers sau comunicare comercială, inclusiv publicitate, din partea unui operator economic în relație directă cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs sau serviciu, care aduce atingere în mod direct intereselor consumatorilor. De aici, s-a tras concluzia că refuzul de a livra unele feluri de mâncare comandate telefonic poate fi considerat o practică incorectă, deoarece se produce în relația directă a profesionistului cu consumatorul ale căror interese sunt direct lezate, dovada în acest sens fiind sesizarea organismului statal specializat în constatarea, prevenirea și sancționarea unor astfel de comportamente.

Art. 9 din O.G. nr. 21/1992 instituie în sarcina operatorilor economici obligația de a se comporta în mod corect în relațiile cu consumatorii și să nu folosească practici comerciale abuzive; încălcarea acestei obligații este sancționată contravențional de art. 50 alin. 1 lit. c), cu amendă cuprinsă între 2000 și 20.000 lei.

Dispoziția legală enunțată face distincție între comportamentul corect, pe de o parte, și practici comerciale abuzive, pe de altă parte.

Observația instanței de control judiciar privind lipsa unei definiții exprese a „comportamentului incorect” – atitudinea pe care a sancționat-o agentul constator, este corectă. Într-adevăr, nici O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorului – dreptul comun în materie, nici Codul consumului aprobat prin Legea nr. 296/2004, nici Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor nu conțin o definiție a comportamentului incorect. La prima vedere, art. 2 alin. 1 pct. 22 din O.G. nr. 21/1992 pare să pună semnul egalității între practicile abuzive și cele incorecte, fiind greu de delimitat care atitudine, acțiune/inacțiune, conduită, demers sau comunicare este abuzivă și care incorectă.

Iată de ce considerăm că aprofundarea problemei impune a face apel la alte dispoziții din legislația din domeniul protecției consumatorului, cu specială referire la practicile abuzive și practicile comerciale incorecte care printr-o interpretare *per a contrario*, ori prin analogie să ne permită a stabili ce înseamnă comportament incorect.

Legea nr. 363/2007 definește practicile comercianților în relația cu consumatorii, denumite în continuare practici comerciale - orice acțiune, omisiune, comportament, demers sau prezentare comercială, inclusiv publicitate și comercializare, efectuate de un comerciant, în strânsă legătură cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs consumatorilor (art. 2 alin. 1 lit. d), iar codul consumului le definește pe cele abuzive ca fiind metode de

vânzare restrictive sau condiționate care afectează interesele consumatorilor (anexa alin. 1 pct. 26).

De asemenea, art. 2 alin. 1 lit. h) din Legea nr. 363/2007, definește diligență profesională - competența și grija așteptate, în mod rezonabil, de un consumator din partea comercianților, în conformitate cu practicile corecte de piață și/sau cu principiul general al bunei-credințe, în domeniul de activitate al acestora.

Art. 4 din Legea nr. 363/2007, prevede în mod expres că o practică comercială este incorectă dacă...este contrară cerințelor diligenței profesionale.²

Am adus în discuție aceste reglementări pentru a evidenția faptul că o practică comercială este considerată incorectă sau abuzivă în funcție de efectul produs asupra consumatorului. Printr-o interpretare *per a contrario*, eliminând din categoria practicilor comerciale acele acte, omisiuni, atitudini ale comerciantului care pot fi calificate practici comerciale abuzive (metodele de vânzare restrictive sau condiționate), toate celelalte asemenea fapte, omisiuni, atitudini pot fi incorecte după efectele pe care le produc în conștiința consumatorului, în timp ce altele sunt calificate de legiuitor ca fiind întotdeauna incorecte, indiferent de producerea sau nu a unui efect negativ.

În această din urmă categorie intră, așa cum am arătat mai sus, acele practici contrare cerințelor diligenței profesionale.

Revenind la speța în cauză, reținem calitatea de comerciant a agentului economic sancționat, care trebuie să dea dovadă de profesionalism în realizarea obiectului său de activitate și să ia toate măsurile necesare pentru realizarea comerțului său, să acționeze conform principiului bunei-credințe, să manifeste diligența profesională specifică, astfel încât să facă față așteptărilor rezonabile ale consumatorilor.

² Potrivit art. 4 din Legea nr. 363/2007 :

(1) O practică comercială este incorectă dacă:

a) este contrară cerințelor diligenței profesionale;

b) deformează sau este susceptibilă să deformeze în mod esențial comportamentul economic al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia i se adresează ori al membrului mediu al unui grup, atunci când o practică comercială este adresată unui anumit grup de consumatori.

(2) Practicile comerciale susceptibile să deformeze în mod esențial comportamentul economic al unui anumit grup vulnerabil de consumatori, clar identificabil, trebuie evaluate din perspectiva membrului mediu al grupului. Grupul de consumatori este cu precădere vulnerabil la respectiva practică sau la produsul la care aceasta se referă, din motive de infirmitate mentală sau fizică, de vârstă sau de credulitate, comportamentul economic al acestuia putând fi în mod rezonabil prevăzut de comerciant. Această prevedere nu aduce atingere practicilor publicitare obișnuite și legitime ce constau în declarații exagerate sau declarații ce nu sunt destinate a fi luate ca atare.

(3) Practicile comerciale incorecte sunt, în special, cele:

a) înșelătoare, în sensul prevederilor art. 6 și 7;

b) agresive, în sensul prevederilor art. 8 și 9.

(4) Lista practicilor comerciale care, în orice situație, se consideră incorecte este prevăzută în anexa nr. 1.

Este motivul pentru care apreciem că în mod corect ambele instanțe au apreciat că fapta contravențională, astfel cum a fost reținută în procesul verbal de contravenție există, neprimirea comenzii petentului de către operatorul economic constituie comportament incorect al acestuia în relația cu consumatorul, întrucât nu a luat toate măsurile necesare pentru bunul mers al activității desfășurate.

Prin urmare, deși niciuna dintre instanțe nu a precizat-o în mod expres, dare rezultă implicit din considerente, excepția nulității procesului verbal de contravenție ridicată de contravenient, în fața instanței de fond și ca motiv de apel, în temeiul art. 16 și 17 din O.G. nr. 2/2001, pentru nedescrierea faptei contravenționale este, în opina noastră, nefondată

3.2. După cum rezultă din considerentele hotărârilor, în dovedirea susținerilor lor, părțile s-au folosit de proba cu înscrisuri. În afara acestor probe judecătorul fondului a apelat la prezumții³ și la faptele notorii.

Fiind vorba de o prezumție simplă, judiciară, proba prin prezumții este admisibilă, dată fiind împrejurarea că în materie contravențională, art. 34 din O.G. nr. 2/2001 permite administrarea oricăror probe prevăzute de lege, inclusiv proba cu martori.⁴

Este de observat că apelantul contravenient nu a avut obiecțiuni în legătură cu prezumarea unei situații, însă a considerat că fără administrarea unui probatoriu minim, fără a fi efectuate verificări suplimentare cu privire la veridicitatea sesizării, judecătorul fondului a conchis că există prezumția ca nu au fost luate toate măsurile necesare pentru onorarea comenzii.

După opinia noastră, nu există nici un impediment pentru judecător să tragă concluzii simple din faptele deja dovedite, probabilitatea că agentul economic nu a luat toate măsurile necesare pentru bunul mers al activității (faptul de demonstrat) și, de aici, comportamentul incorect (acuzarea adusă) fiind dedusă din alte două fapte conexe dovedite, respectiv, refuzul de a fi primit comanda consumatorului și răspunsul dat agentului constatat în urma sesizării, prin care recunoaște că s-a luat hotărârea ca în cazul aglomerației create de multiplele comenzi și de aflarea unuia dintre șoferi în concediu de odihnă, să se refuze comanda datorită timpului prea mare de livrare.

Judecătorul fondului a tras această concluzie motivând și că este de notorietate că petenta desfășoară activitate comercială pe raza orașului furnizând în mod obișnuit pizza urmare a unor comenzi telefonice.

³ Art. 327 C.pr.civ. definește prezumțiile ca fiind consecințe pe care legea sau judecătorul le trage dintr-un fapt cunoscut spre a stabili un fapt necunoscut. Este definiția din articolul 1199 din Codul civil de la 1864.

⁴ Art. 329 C.pr.civ.- în cazul prezumțiilor lăsate la luminile și înțelepciunea judecătorului, acesta se poate întemeia pe ele numai dacă au greutate și puterea de a naște probabilitatea faptului pretins; ele, însă pot fi primite numai în cazurile în care legea admite dovada cu martori.

Neasigurarea posibilităților reale de onorare a comenzilor, cunoscut că pe parcursul unei zile există întotdeauna o perioadă de vârf a comenzilor imediat după prânz, reprezintă o încălcare a art. 9 din O.G. nr.21/1992, astfel cum a reținut și intimata prin procesul verbal.

În legătură cu faptele notorii⁵, aducem în discuție noua reglementare din Codul de procedură civilă, prevăzută în art. 255 alin. 2 - dacă un anumit fapt este de notorietate publică ori necontestat, instanța va putea decide, ținând seama de circumstanțele cauzei, că nu mai este necesară dovedirea lui. Această dispoziție a fost ignorată de instanța de fond, nefiind identificată în considerentele sentinței vreo mențiune din care să rezulte inutilitatea dovediri acestui fapt. Am aprecia, mai degrabă, cum a statuat tribunalul, că ne aflăm în fața unor fapte cunoscute personal de judecătorul fondului, care nu sunt sprijinite pe piesele de la dosar, soluția fiind criticabilă pentru încălcarea principiului nemijlocirii în administrarea probelor prevăzut de art. 16 C.pr.civ.⁶

3.3. Un aspect nu lipsit de importanță care ne-a atras atenția este cel referitor la sancțiunea aplicată.

Potrivit art. 34 alin. 1 din O.G. nr. 2/2001, instanța competentă să soluționeze plângerea, după ce verifică dacă aceasta a fost introdusă în termen, ascultă pe cel care a făcut-o și pe celelalte persoane citate, dacă aceștia s-au prezentat, administrează orice alte probe prevăzute de lege, necesare în vederea verificării legalității și temeiniciei procesului-verbal, și hotărăște asupra sancțiunii, despăgubirii stabilite, precum și asupra măsurii confiscării.

Ambele instanțe de judecată au avut în vedere problema sancțiunii aplicate, din perspective diferite.

Dând eficiență acestei dispoziții, prima instanță a considerat, în ciuda susținerilor intimatului că în contextul demonstrării doar a neonorării unei singure comenzi, fără ca agentul economic să furnizeze o situație justificativă care să ducă la exonerarea de răspundere în sensul că ar fi luat măsurile necesare pentru onorarea comenzilor, dar o situație neprevăzută l-a împiedicat să o onoreze pe aceea imputată în concret, se impunea aplicarea unei amenzi în cuantumul minim prevăzut de lege.⁷

⁵ *Notoria non egent probatione*. Faptele notorii sunt cele cunoscute în general de toată lumea, într-o anumită țară, regiune, zonă și nu există nicio îndoială în legătură cu modul lor de a fi. În literatura juridică se susține că notorietatea se înfățișează ca un concept deosebit de complex și cu un anumit grad de relativitate. El trebuie interpretat ținând seama de gradul de cunoaștere a faptului de un număr nedeterminat de persoane, nu neapărat de toată lumea. De asemenea, se arată că notorietatea se raportează la împrejurări cunoscute în mod real, iar nu efectiv de un număr nedeterminat de persoane. Ioan Leș, *Tratat de drept procesual civil*, Curs universitar, Ed. All Beck, 2001, pag. 431-432.

⁶ Art. 16 C.pr.civ. dispune: probele se administrează de către instanța care judecă procesul, cu excepția cazurilor în care legea stabilește altfel.

⁷ Nu ne-am propus să comentăm activitatea ANPC și organismelor sale în teritoriu, dar nu înseamnă că nu putem observa, din modul de instrumentare al sesizărilor ce îi sunt adresate, din

Dintr-o altă perspectivă, prin raportare la condițiile răspunderii contravenționale, corelate cu necesitatea respectării garanțiilor unui proces echitabil în materie de acuzație penală, în decizia sa, tribunalul a exonerat petentul de răspundere pentru lipsa vinovăției, dedusă din dubiul generat de obligațiile nerespectate de comerciantul /profesionist în relația cu consumatorul respectiv.

Ceea ce a omis instanța de apel este că pentru a fi angajată răspunderea contravențională a operatorului economic nu este nevoie de intenție, dimpotrivă, el răspunde pentru cea mai ușoară culpă. Refuzul de a prelua o comandă pentru livrarea unui produs, nejustificat în vreun fel consumatorului (a se observa că justificarea refuzului a fost adusă a doua zi la cererea agentului constatator), implică atitudinea omisivă de neluarea a măsurilor care să contribuie la prestarea normală a activității profesionistului și la lezarea intereselor economice ori morale ale consumatorului, din culpa celui dintâi, care nu l-a informat în legătură cu cauza refuzului de a fi servit, omisiune care face parte din practicile comerciale incorecte, cauzate de încălcarea diligenței profesionale.

Prin aceste argumente, am încercat să demonstrăm că decizia tribunalului este dată cu aplicarea greșită a legii la cauza cu care a fost investit, neexistând motive de anulare a procesului verbal de contravenție.

Cel mult, se putea discuta, pe o eventuală schimbare a sancțiunii dintr-una pecuniară, într-una de avertizare, cum de altfel a solicitat apelantul într-un subsidiar îndepărtat, argumentată pe necesitatea asigurării unei juste proporții între sancțiunea aplicată și gradul de pericol social al faptei săvârșite, corelate cu împrejurările în care a fost săvârșită fapta, modul și mijloacele de săvârșire a acesteia, scopul urmărit, urmarea produsă și de circumstanțele personale ale contravenientului.

apărările formulate în cauză (operatorul economic este unul cu o largă activitate comercială, ce avea posibilitatea achitării a ½ din minimul amenzii) și din cuantumul maxim al amenzii aplicate, o tendință de a schimba caracterul constructiv, educativ, preventiv și represiv al controlului, într-unul represiv prin excelență.

PARTENOGENEZA FORMELOR DE RĂSPUNDERE JURIDICĂ – REFLEX AL FENOMENULUI DE INFLAȚIE JURIDICĂ SAU DE ADAPTARE A DREPTULUI LA MUTAȚIILE VIETII SOCIALE CONTEMPORANE

Lucian-Sorin STĂNESCU*

Motto: "Și atunci, unei întrebări naturale, aceea de a ști dacă este bine să facem un studiu ca al nostru – care se va încheia sau va avea tendința să se încheie printr-o construcție juridică nouă, de natură complet speculativă -, dreptul fiind poate împiedicat în evoluția sa de speculații de acest gen, răspundem: *da*." (N. Titulescu)

Abstract:

Parthenogenesis is a term used by both biological and mythological sciences. I acquired it in order to achieve my epistemological goal of explaining the apparition of new forms of responsibility. The new forms of responsibility appeared by means of splitting from the most common forms of it. The theoretical explanations of this scientifically proven phenomenon are placed at the borderline between the scientific thesis of legal inflation risk handling and the scientific thesis of legislative adaptation ability of the law system that allowed it to conform to the mutations of the modern social life. The author pleads in the favor of the last thesis.

Keywords: *parthenogenesis, law purposefulness, responsibility forms*

O analiză asupra necesității obiective, a oportunității juridice și sociale a divizării formelor de răspundere juridică credem că presupune translarea ei pe trei planuri de dezbateră: "dat" și "construit" în drept, raportul dintre sistemul dreptului – ramurile dreptului – formele răspunderii juridice, precum și a raportului dintre conceptualizare în drept și mutațiile conceptuale proprii epistemologiei contemporane. Pentru A. Iorgovan apariția formelor răspunderii juridice este un proces dialectic foarte complex, asemănător cu cel al apariției ramurilor de drept înseși.¹ Explicând acest fenomen prin necesitatea reglementării primordiale a relațiilor de proprietate, acesta a sugerat că în

* Lector univ. dr., Universitatea "Ștefan cel Mare" Suceava, Facultatea de Științe Economice și Administrație Publică - Departamentul Drept și Administrație Publică

¹ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Volumul II, Ediția 4, Ed. All Beck, București 2005, p. 355

doctrina juridică răspunderea civilă s-a transformat într-o *Geea* a tuturor formelor răspunderii juridice.

Odată depășită explicația ireductibilă prin intermediul instituțiilor răspunderii civile (sau penale) a tuturor aspectelor noi care au apărut și nu încetează să apară în reglementarea juridică a relațiilor sociale ca urmare a evoluției societății pentru A. Iorgovan devine extrem de importantă problema de a ști când sunt create premisele necesare desprinderii din dreptul comun a unei forme de sine stătătoare de răspundere juridică și, respectiv, a unei noi ramuri de drept după caz.² În aceeași notă, I. Craiovan sesizează și, într-un fel statuează, faptul că evoluția dreptului, în raport cu cerințele vieții sociale, generează noi forme ale răspunderii juridice, care se desprind, în numele unei naturi specifice, de formele juridice tradiționale.³ Nuanța pe care am surprins-o noi este că pentru a desemna fenomenul apariției noilor forme ale răspunderii juridice niciunul dintre cei doi autori nu a folosit verbul "a se naște."

Cu o lejeritate lexicală pe care numai epistemologia ne-ar îngădui-o, ne-am permis să împrumutăm pentru descrierea acestui fenomen juridic termenul de "partenogeneză"⁴, mai apropiat de fenomenul biologic al diviziunii celulare a plantelor (și a unor organisme animale primare). Luând act de faptul că fenomenul există în plan juridic și, pornind de la sensul alegoric al termenului de „partenogeneză”, demersul nostru se plasează între valoarea euristică a descoperirii manifestării unei noi forme de răspundere juridică și, la polul opus, pozitivismul ramurilor de drept care nu oferă decât forme generice de răspundere juridică.⁵ Demonstrația științifică a opțiunii pentru una sau alta dintre cele două valori stă mai mult sub semnul panseului teoretic, al raportului dintre „dat” și „construit” în drept, în echilibrul dintre stabilitate normativă și adaptabilitatea dreptului la schimbările realității sociale, cu extensiunile extreme pe care le pot genera aceste repere și anume imutabilitatea și inflația juridică. În acest sens, A. Naschitz găsea măsura optimă a acestui raport „...printr-o justă îmbinare a stabilității și mobilității, să se asigure reglementărilor juridice adaptabilitatea necesară, fără a transforma opera de construire a acestor reglementări într-o neîntreruptă contestare și infirmare a dreptului existent, până la a-l lipsi complet de dimensiunea constanței, stabilității, făcându-l inapt să răspundă destinației sale de a organiza și ordona desfășurarea relațiilor sociale și totodată incapabile de a asigura unele cerințe și

² Ibidem, p. 357

³ I. Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 521.

⁴ Partenogeneză – s.f. 1.(mit.) apariție a unor fapte miraculoase în condiții excepționale; 2. reproducere la unele organisme sexuate (albine, purici de plante etc.) dintr-un ovul sau ou nefecundat, *apud*, F. Marcu, *Marele dicționar de neologisme*, Ed. SAECULUM I. O., București, 2002, p. 643

⁵ Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului. Teoria răspunderii juridice*, Vol. V, Ed. CH. Beck, București, 2006, p. 169

valori care sunt specifice dreptului: aceea a securității juridice și aceea a egalității de tratament aplicat persoanelor (...).”⁶

Între aceste două deziderate, problema pe care ne-o punem este de a găsi cauzele obiective și subiective ale partenogenezei formelor de răspundere juridică, fie ca în concepția lui A. Iorgovan, conform căreia dreptul conține o capacitate imanentă de a se divide în ramuri speciale cu forme speciale de răspundere juridică, fie ca în concepția lui F. Geny pentru care: ”soluțiile de fond se degajă prin cercetarea științifică a *dat*-ului dreptului, în timp ce asigurarea unei forme juridice, de natură a investi aceste soluții cu capacitate de acțiune practică, se realizează printr-o operă de natură tehnică-artificială, mai mult operă de acțiune decât de inteligență, mai mult activitate volitivă decât rațională.”⁷ Într-o anumită măsură, dilema explică și generează problematica apariției noilor ramuri de drept și, în strânsă corelație cu aceasta, a noilor forme de răspundere juridică.

În ordinea ideilor, diviziunea și divizările în ramuri a dreptului trebuie cercetate în raport cu obiectul său. În concepția lui M. Manolescu, ”obiectul dreptului se construiește cu ajutorul unor valori juridice care nu sunt autonome; ele sunt o suprastructurare a unor alte valori (...) și se mai constituie și din niște valori eteronome Dreptului, extrajuridice, care însă sunt, împreună cu valorile juridice propriu-zise, tehnicizate juridicește. În această concepție, veți înțelege numaidecât că Dreptul va apare ca nefiind nici tehnic, nici netehnic, în sensul că el are un obiect *care este o faptură nouă* (-s.n.), o sinteză dialectică a unui dual, în care unul dintre termeni este de natură tehnică.”⁸ Același autor practică o dihotomie utilă demersului nostru între categoriile de fapte prin care Dreptul se tehnicizează și fapte prin care dreptul se transformă cu ajutorul tehnicii. În prima categorie el include ”acele fapte, prin care Dreptul – din fluent, unduios și confuz cum era -, devine, la un moment dat, precis, încremenește în formule, în tipare: *concepte, tipuri, reguli* (-s.n.); se tehnicizează”; iar în cea de-a doua categorie, pe care o denumeste ”transformarea tehnică a Dreptului”, el include, cronologic, tabu-ul, formularea Dreptului viu, legiferarea modernă și adaptarea Dreptului.⁹ Și în problema diviziunilor dreptului, controversalele sunt vechi și actuale.

O observație interesantă din perspectiva schimbărilor în drept îi aparține lui Al. Văllimărescu. În anii ”30, când punea bazele cursului de *Enciclopedia a dreptului*, acesta constata că în afară de diviziunea în drept public și drept privat, celelalte diviziuni ale dreptului roman nu se mai regăsesc, iar ”explicația

⁶ A. M. Naschitz, *Teorie și tehnică în procesul de creare a dreptului*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1969, p.122

⁷ Ibidem, p. 197

⁸ M. Manolescu, *Teoria și practica dreptului. Metodologie și sociologie juridică*, București, Fundația Regele Mihai I, 1946, p. 111

⁹ Ibidem, p. 126-131

este că diviziunea în drept public și privat este singura care corespunde unei realități, deosebirea între guvernanți și guvernați, pe când celelalte diviziuni nu sunt decât expresia unor stări sau concepții trecătoare...(...)."10 Și tot acest autor surprinde schimbările survenite - și cauzele acestora - în clasificarea, existența și manifestarea diviziunilor dreptului: "dacă examinăm actualele diviziuni ale dreptului, constatăm că unele sunt vechi, datând de la Romani sau din evul mediu, altele de dată mai recentă datorită unor necesități de ordin practic; În sfârșit observăm apariția unor ramuri cu totul noi ale dreptului, a căror apariție este determinată de complexitatea din ce în ce mai mare a vieții sociale sau a extinderii prea mari pe care au luat-o unele materii, ceea ce a necesitat unele disjoncțiuni."11

Diviziunea dreptului în ramuri se prezintă din această perspectivă ca o constantă a evoluției sale, ceea ce, pe de o parte, validează percepția lui M. Manoilescu privind însușirea de adaptabilitate a dreptului și, pe de altă parte, realitatea obiectivă a acestei tendințe și raportul ei cu devenirea relațiilor sociale, a impus-o ca obiect al epistemologiei juridice.¹² În căutarea motorului care animă diviziunea dreptului în ramuri opinia profesorului Gh. Boboș merită a fi menționată în măsura în care acesta surprinde aspectul că criteriul obiectului reglementării juridice, considerat a fi infailibil în gruparea normelor de drept în ramuri în cadrul sistemului de drept este mai versatil decât pare la o primă vedere.¹³ Chiar dacă aserțiunea este însușită și de D.C. Dănișor, care arată că "doar acest criteriu este insuficient pentru a da seama de toate diviziunile dreptului,"¹⁴ lui Gh. Boboș îi revine meritul de a fi relevat că axioma anteriorității unui grup de relații sociale "distincte", care reclamă, din anumite considerente și în anumite împrejurări, o reglementare juridică specifică, nu este absolută. "În cazul altor ramuri de drept - arată acest autor -, rezultă cu claritate că nu poate fi vorba de anumite relații preexistente, care ulterior au primit o reglementare juridică, ci relațiile care formează obiectul ramurii respective au apărut concomitent (de la începutul lor) ca relații sociale și juridice, în același timp, iar altele au luat naștere ca rezultat al apariției unor norme juridice care le-au consacrat. Este cazul ramurii dreptului constituțional și al dreptului administrativ. Aici mai întâi au apărut diferite constituții și acte normative și apoi au apărut relațiile de drept constituțional și administrativ sau cel mult au apărut concomitent."¹⁵

¹⁰ Al. Vălimărescu, *Tratat de enciclopedia dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 137

¹¹ Ibidem, p. 138

¹² I. Craiovan, *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 322

¹³ Gh. Boboș, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, p. 172

¹⁴ D. C. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 231

¹⁵ Gh. Boboș, *op.cit.*, p. 173

Însușirea mării diviziuni a dreptului în drept public și drept privat este tradițională în doctrina juridică românească, iar surprinderea tendinței de apariție a unor noi ramuri de drept este proprie atât doctrinei noastre interbelice, cât și celei postbelice, începând cu opiniile din anii 70, când fenomenul desprinderii și autonomizării unor noi ramuri de drept este pus în relație directă cu noua revoluție industrială. În opinia reputatei cercetătoare Y. Eminescu apariția unor ramuri de drept noi reprezintă dovada incontestabilă a dependenței sistemului dreptului de evoluția relațiilor sociale, context în care se înscrie și tendința de hipertrofieri a unor instituții și reglementări, până la nivelul desprinderii lor într-o disciplină nouă, dar a cărei autonomie rămâne relativă în raport cu disciplina tradițională din care s-a desprins (de exemplu, dreptul asigurărilor și dreptul transporturilor, care sunt rezultatul hipertrofierilor reglementărilor unor contracte speciale – contractul de asigurare și cel de transport).¹⁶ În același context, V. D. Zlătescu constata că "acest proces de proliferare, diversificare și întrepătrundere a ramurilor (dreptului – s.n.) a devenit caracteristic nu numai pentru dreptul românesc, ci și pentru toate sistemele juridice care cunosc împărțirea pe ramuri.(...). Explicația trebuie căutată în primul rând în revoluția tehnico - științifică contemporană, care impune părăsirea unor habititudini în gândire apărute în secolele trecute."¹⁷ Pledând în cadrul fenomenului de apariție și autonomizare a unor noi ramuri și subramuri de drept pentru obiectivarea și recunoașterea existenței subramurii dreptului întreprinderii, autorul citat adăuga modurilor și cauzelor care conduc la desprinderea acestora și "autonomia pe care o capătă anumite reglementări atunci când sunt chemate să dea expresie, într-o manieră instrumentală, principiilor și tezelor anumitor discipline științifice moderne ce se cer implantate în realitatea socială cu puterea legii,"¹⁸ (referindu-se, în opinia noastră, la știința managementului (pe atunci denumită știința organizării și conducerii întreprinderii).

În consecință, divizarea accentuată a sistemului de drept și apariția unor noi ramuri de drept, poate mai reduse ca întindere a obiectului reglementării, dar cu o specializare accentuată, pare un fenomen obiectiv, determinat de schimbările ciclice și din ce în ce mai rapide a relațiilor sociale, - și, în opinia noastră, ireversibil – până acolo unde întâlnește un alt fenomen contemporan și anume, sincretismul juridic.¹⁹ Este momentul și datoria noastră să consemnăm și opinia contrară a profesorului D. C. Dănișor, conform căreia "indiferent de criteriile propuse, este cert că divizarea dreptului în ramuri are ceva artificial, că

¹⁶ Y. Eminescu, *Dreptul economic în literatura și practica occidentală*, în volumul, „Probleme de drept economic”, Ed. Academiei, București, 1976, p. 58

¹⁷ V.D. Zlătescu, *Dreptul economic în literatura și practica occidentală*, în, volumul, „Legislația și perfecționarea relațiilor sociale” Ed. Academiei, București, 1976, p. 86

¹⁸ Ibidem, p. 87

¹⁹ I. Craiovan, *Filosofia dreptului...*, op.cit., p. 322

oricât ne-am strădui este imposibil să înțelegem de ce și în baza căror criterii obiective va lua ființă o ramură sau alta. Iată de ce credem că voința legiuitorului dintr-un moment dat este prioritară de cele mai multe ori. Distincțiile de ramură au avut la bază interese politice, subiective, și nu obiective.”²⁰ Mai important decât preeminența pe care acest autor o acordă voinței legiuitorului în procesul de creare a noilor diviziuni sau subdiviziuni ale dreptului, ni se pare semnalul de alarmă pe care îl trage cu privire la procesul în discuție, dincolo de interesul strict metodologic: ”totuși fenomenul acesta de specializare și de autonomizare a ramurilor poate fi și periculos. El tinde să înmulțească regimurile juridice derogatorii și poate conduce la încălcarea nejustificată a unor principii a căror utilitate este probată. Se poate ajunge la un eclecticism al dreptului, ceea ce nu ar fi de dorit.”²¹

Acesta este punctul din care problematica diviziunii sistemului de drept și a apariției a noi ramuri de drept interferează cu problematica partenogenezei formelor de răspundere juridică, sens în care ne însușim logica regretatului profesor A. Iorgovan: ”cum normele juridice aparțin, cel puțin într-o concepție larg răspândită, ramurilor de drept, este firesc să înțelegem regimul juridic (forma) prin raportare la ramurile dreptului.”²² Așa fiind, apare ca o consecință firească aserțiunea profesorului I. Craiovan: ”evoluțiile dreptului, în raport cu cerințele vieții sociale, generează noi forme ale răspunderii juridice, care se desprind, în numele unei naturi specifice, de formele juridice tradiționale.”²³ În același sens, autorul D. Baltag arată că sistemul dreptului nu este imuabil și că: ”numărul de ramuri de drept și importanța acestora se modifică odată cu scurgerea timpului. Astfel de modificări influențează sistemul răspunderii juridice, modificând importanța unor răspunderi de ramură și condiționând apariția de forme noi.”²⁴ Să spunem că dacă opiniile inventariate pentru acest studiu au surprins în marea lor majoritate dinamica sistemului de drept în sensul divizării și specializării ramurilor sale, în ceea ce privește abordarea problematicii formelor de răspundere juridică se înregistrează fie o survolare a acesteia, fie o pluralitate necontrolată de criterii de analiză și o dezordine metodologică din care nu se pot trage multe concluzii.

În acest context, abordarea lui A. Iorgovan rămâne aproape singulară prin rigoarea criteriilor propuse pentru decelarea existenței și manifestării de sine stătătoare a unei noi forme de răspundere juridică, ceea ce are valoarea euristică a unei descoperiri științifice. Astfel, autorul face necesara dihotomie între conținutul reglementărilor juridice înțelese ca ansamblul criteriilor intrinseci faptei ilicite (pericolul social – cu mențiunea că tratatul este scris cu

²⁰ D.C. Dănișor, *op.cit.*, p. 232

²¹ *Ibidem, cit.supra*

²² A. Iorgovan, *op.cit.*, vol. II, p.357

²³ I. Craiovan, *Filosofia dreptului...*, *op.cit.*, p. 437

²⁴ D. Baltag, *Teoria răspunderii și responsabilității juridice*, Ed. ULIM, Chișinău, 2007, p. 241

mult înainte de rectificările și revenirile doctrinare din România din anii 2010-2012 – *n.a.*, gradul de frecvență, valorile încălcate, forma conduitei subiectului, forma vinovăției etc.) și forma acestora înțelese ca elemente exterioare faptei ilicite (sediul și sursa legislativă a normelor juridice care sancționează, felurile sancțiunilor, modul lor de aplicare și executare).²⁵ Însă ceea ce explică cel mai bine fenomenul de partenogeneză juridică este observația aceluiași reputat autor care arată că natura juridică a formelor de răspundere juridică este determinată preponderent de ramura dreptului căreia acestea aparțin în mod preponderent²⁶ sau din care abia s-au desprins. Din această perspectivă, notele comune pot fi date de cauzele care înlătură răspunderea juridică²⁷, iar diferențele de faptul ilicit generator (care, de regulă, este nou, de altă natură juridică, sancțiunile prevăzute de lege, procedura de realizare etc).

Cu toate acestea, fiind analizată activitatea mai multor tipuri de manageri și formele de conduită ilicită corespondente, în literatura noastră juridică s-a statuat existența de sine – stătătoare a unei *răspunderi manageriale*,²⁸ fără însă a se stabili natura juridică a acesteia prin prisma ramurii de drept căreia îi aparține în mod preponderent²⁹. În ceea ce ne privește, aplicând formula profesorului A. Iorgovan, am susținut că tendința organizațională firească manifestată la rândul lor și de instituțiile judiciare către diviziunea muncii și ierarhizare a determinat apariția unor noi tipuri de relații de muncă care au reclamat reglementarea lor legală, cerință căreia legiuitorul i-a răspuns gradual, în timp, prin modificările succesive aduse legilor justiției. Aceste noi tipuri de relații de muncă se numesc *relații de management* și sunt complementare și supraordonate în raport cu cele care determină activitatea judiciară a magistraților în general. Consecința imediată a acestui proces a fost apariția unui nou tip de ilicit social (pe care l-am denumit *managerial*) și reglementarea regimului său juridic. Mai mult decât atât am extins formula de verificare a existenței unei noi forme de răspundere juridică prin verificarea conținutului raporturilor juridice de muncă ale magistraților învestiți în funcții de conducere, argumentul fiind acela al diferențelor de atitudine legislativă a legiuitorului, "care poate diferi intensitatea cu care el urmărește scopul fixat, intensitate în funcție de care el poate adopta ori atitudinea de a lega de prezența anumitor condiții declanșarea *obligatorie* a unor raporturi, ori atitudinea de a autoriza sau permite intrarea în anumite raporturi, ori, în fine, atitudinea intermediară – mai

²⁵ A. Iorgovan, *op.cit.*, vol. II, p.357

²⁶ Ibidem, p. 358

²⁷ Ibidem, *cit.supra*

²⁸ S. G. Bomboș, *Răspunderea managerială*, Ed. Tribuna Economică, București, 2003, p. 15 și urm.

²⁹ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 358.

puțin categorică decât prima, dar mai activă decât cea de-a doua – de a stimula apariția unor raporturi.”³⁰

Noile reglementări sancționatorii, „reglementări dizidente”, cum le numea profesorul A. Iorgovan³¹, adecvate noului tip de fapte ilicite - care pot fi săvârșite doar de un subiect calificat și anume, managerul unei instituții judiciare - dar diferite de sancțiunile incidente în cazul neîndeplinirii corespunzătoare a îndatoririlor de serviciu, a dispozițiilor privind incompatibilitățile și interdicțiile, precum și a atribuțiilor de serviciu ce guvernează activitatea judiciară a oricărui magistrat, pun în discuție emergența unei noi forme de răspundere juridică, pe care am denumit-o *răspundere managerial - disciplinară*.³²

În concluzie, fenomenul partenogenezei formelor de răspundere juridică există, dar este insuficient studiat sub aspectul criteriilor de verificare și comparație, precum și a decelării contextului social și juridic care reclamă incidența unei noi forme de răspundere juridică. De asemenea, ne însușim observația lui D. Baltag că explicația divizării sistemului de drept în ramuri de drept nu este suficientă pentru a explica apariția noilor forme corespondente de răspundere juridică pentru că aceasta nu acoperă, de exemplu, problema coexistenței mai multor forme de ale acesteia în interiorul unei singure ramuri (cum este cazul răspunderilor patrimoniale, disciplinare, contravenționale - și, din punctul nostru de vedere, managerială -s.n., în dreptul muncii).³³

În mare măsură putem să legăm ocurența unor noi forme de realizare a răspunderii juridice de funcția acesteia de finalitate a dreptului prin soluționarea conflictelor relațiilor interumane, represiunea și prevenirea faptelor antisociale; apărarea demnității umane a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului; apărarea și promovarea valorilor sociale³⁴ și, în acest sens, de obiectivele tehnicii legislative, „constând în esență în asigura realizabilitatea formală a dreptului, capacitatea sa de mulare asupra situațiilor de fapt, de adaptare la postulatele vieții și de penetrare eficace în viața socială.”³⁵

Dacă luăm în considerare că sancțiunea, ca expresie tehnică și palpabilă a răspunderii juridice, este un concept profund inculcat în conștiința noastră morală și socială, dificil de recompus în acord cu principiile moderne³⁶ – așa cum face trimitere profesorul Gh. Mihai -, precum și la faptul că apariția unor noi ramuri de drept a devenit obiect al cunoașterii juridice, așa cum am arătat mai sus, încheiem încă o dată cu propunerea ca meta-categoria de răspundere juridică să formeze, la rândul său, obiectul de studiu al epistemologiei juridice.

³⁰ A. M. Naschitz, *op.cit.*, p. 230

³¹ A. Iorgovan, *op.cit.*, p.357

³² L.-S. Stănescu, *Răspunderea magistraților care dețin funcții de conducere în cadrul instanțelor judecătorești și parchetelor*, în, „Dreptul”, nr. 8/2008, p. 100

³³ D. Baltag, *op.cit.*, p. 240

³⁴ I. Craiovan, *Filosofia dreptului...*, *op.cit.*, p. 272

³⁵ A. M. Naschitz, *op.cit.*, p. 197

³⁶ Gh. Mihai, *op.cit.*, p.167

ESTETICA DREPTULUI ROMÂNESC ÎNTRE COMPLEXITATE ȘI SIMPLIFICARE

*Claudiu Ramon BUTCULESCU**

Abstract:

This article tackles the issue of aesthetics of law within the Romanian Legal System. Law, both as a science and as a system is configured through material and formal sources of law. Nevertheless, aesthetics play an important part in the construction of a legal system. The study of the aesthetics of law is important for the proper understanding of the mechanisms of legal communication. This paper addresses certain theoretical issues and links between aesthetics, legal communication and legal cultures. The necessity for a aesthetical analysis of legal communication and legal norms is described and briefly explained.

Keywords : *aesthetics, law, legal culture, legal message, legal noise, legal inflation*

Introducere

În dicționare, estetica este definită drept studiul filosofic al frumuseții și bunului gust, fiind considerată strâns legată de filosofia artei¹. În alte lucrări enciclopedice, estetica este definită ca fiind strâns legată de aspecte artistice sau de alte aspecte ce au o aparență plăcută². Iată că deja, din câteva definiții, am strâns mai multe noțiuni pe care le putem analiza, cum ar fi arta sau bunul gust ori aparența plăcută. Este interesant de analizat cum ar putea fi circumscrise asemenea noțiuni ideii de drept. Dreptul a fost considerat, la rândul său, cel puțin în literatura anglo-saxonă, drept un demers estetic³. În același sens, se arată că în studiul practicii juridice se regăsesc anumite calități asociate cu autoritate și rațiune⁴. Dreptul însă a fost definit și din perspectivă pur juridică. Astfel, dreptul obiectiv poate fi definit drept ansamblul normelor juridice integrate în acte normative ce reglementează raporturile sociale, raporturi generate de însăși scopurile generale ale vieții sociale, pe orice de evoluție⁵. Alți autori au considerat că dreptul trebuie definit ca un ansamblu de norme de conduită generale, abstracte, impersonale, provenind de la autoritatea publică,

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret”, București; cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

¹ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/7484/aesthetics>

² <http://www.merriam-webster.com/dictionary/aesthetics>

³ P. Schlag, *The Aesthetics of American Law*, Harvard Law Review, vol. 115, p. 1049

⁴ B.E. Butler, *Aesthetics and American Law*, Legal Studies Forum, vol. 27, 2003, p. 204

⁵ M. Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Editura Sitech, Craiova, 2013, p. 30

încăpută cu împuterniciri de reglementare juridică sau ca norme provenind din hotărârile individuale ale autorităților judiciare⁶. În fine, definirea dreptului reprezintă un demers dificil de realizat, deoarece fenomenul juridic este influențat de mai mulți factori, cum ar fi factorul istoric, politic, economic, moral, religios etc⁷. Din aceste definiții, putem extrage câteva aspecte esențiale : dreptul poate fi considerat un ansamblu de norme, deci un complex de reguli, care interacționează intra-sistemic, dar și inter-sistemic, unde transferul dreptului implică adoptarea unei norme juridice, instituții sau doctrine de către un alt sistem⁸. Totodată, dreptul constituie un cadru referențial, în interiorul căruia sunt aplicabile condiționări sistemice. Cu alte cuvinte, în sistemul dreptului, există reguli și norme impuse de acest sistem, iar condiționările acestuia ne permit o analiză științifică riguroasă, care poate cuprinde inclusiv aspecte privind estetica dreptului.

Existența dreptului în operele artistice

În literatura de specialitate s-a arătat că dreptul este în egală măsură, tehnică și artă, fiind considerat o artă care cuprinde : arta de a legifera sau arta de a sfătui un prejudiciat, oferindu-i căile optime și eficiente de satisfacere a nevoilor sale legitime⁹. În același sens, în doctrină s-a arătat că dreptul este o artă, care presupune eforturi din partea legiuitorului, a judecătorului ori a procurorului sau avocatului, iar montajul artistic al dreptului nu poate fi separat de știința dreptului¹⁰. Față de cele arătate mai sus, este interesant de observat care este legătura dintre drept și artă. Pentru a putea aprecia în mod obiectiv o asemenea legătură, credem că este necesar să vedem cum se poziționează cele două elemente – dreptul și arta – unul față de celălalt. De altfel, în literatura de specialitate s-au trasat și alte paralele între artă și drept, din perspectiva esteticii, acestea fiind analizate în corelație cu filosofia, literatura sau muzica, iar estetica fiind utilizată într-o abordare pluralistă a dreptului¹¹. În principiu, noțiunea de artă cuprinde generic lucrările artistice ale diferiților autori, fie ele picturi, sculpturi, literatură, muzică etc. Dacă analizăm câteva dintre operele de artă cunoscute publicului, vedem că fiecare dintre acestea încorporează norme, reguli, deci utilizează, chiar dacă uneori doar generic, instrumentele dreptului. Spre exemplu, cele mai cunoscute lucrări muzicale sunt supuse unor reguli de notare sau transcriere. Desigur, o critică la adresa afirmațiilor anterioare ar

⁶ S. Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 123

⁷ M. Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 18

⁸ E. Ciongaru, *Influence of Globalization on the Law Systems*, Agora International Journal of Juridical Sciences, no. 1(2014), p.26

⁹ M. Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Editura Sitech, Craiova, 2013, p. 31

¹⁰ N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 30

¹¹ D. Manderson, *Songs without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice*; Berkeley, CA; University of California Press, 2000, 160,

putea fi aceea că simpla transcriere a sunetelor nu poate constitui o regulă care să se aplice muzicii sau sunetelor. Fără îndoială că așa este, dar sunetele la rândul lor sunt supuse unor reguli naturale, care determină o anumită frecvență, cum ar fi percepția auditivă a octavelor, care dintr-o anumită perspectivă, sunt percepute auditiv similar. În același sens, putem să ne reamintim faimoasa replică a lui Beethoven, la afirmația unui violonist care evidențiază dificultatea pasajelor de vioară din lucrările sale - în care cel dintâi arăta că nu-i pasă de dificultatea piesei, câtă vreme „spiritul” îi vorbește și el compune¹², ceea ce indică o sursă externă de reguli și comandamente, care amintește de preceptele dreptului natural. Astfel, ascultarea aceasta presupune reguli, deci norme. Același aspect îl regăsim și în scrierile marelui W. Goethe. Astfel, când Faust încearcă să determine natura lui Mefisto (*Nun gut, wer bist du denn?*), acesta răspunde că este o parte a puterii care vrea răul și înfăptuiește binele (*Ein Teil von jener Kraft, Die stets das Böse will und stets das Gute schafft*)¹³. Legături între estetică și drept găsim și în alte opere literare, cum ar fi cunoscuta parabolă scrisă de Franz Kafka - „În fața legii”¹⁴, parabolă care evidențiază accesibilitatea legii și modificarea limitelor legii ca urmare a modificărilor psihologie asupra indivizilor. Regăsim în această lucrare simetrie și antiteză, ca un efect al interacțiunii dintre cultura juridică externă, a publicului larg și cultura juridică internă, a operatorilor dreptului. Omul simplu dorește accesul la lege, fiind cu fața către aceasta, iar paznicul, care are acces la lege, este îndreptat cu fața către om, dar cu spatele către lege¹⁵. Din nou, reguli și norme care reglementează conduite. În pictură și în sculptură apreciem că nu mai este necesar să detaliem foarte mult în vederea identificării unor norme sau reguli. Este suficient să ne aducem aminte de lucrările lui Leonardo da Vinci sau de sculpturile realizate de Michelangelo. În acest sens, trebuie doar să amintim faptul că în cazul cunoscutei sculpturi „David” din Florența, Michelangelo considera că a eliberat din marmură esența care a existat întotdeauna în interiorul său¹⁶. Dar această esență era la rândul său condiționată de legi universale și apriorice, care amintesc de aceleași principii ale dreptului natural. Din cele arătate mai sus, rezultă că dreptul, chiar dacă într-o formă generică, se regăsește în toate operele artistice, fiind recunoscut faptul că în fiecare dintre aceste opere, cauzele și efectele descrise sau vizualizate sunt guvernate de seturi de reguli. Desigur, apropierea de principiile dreptului natural este evidentă, având în vedere că majoritatea operelor artistice au ca fundament

12

http://www.friendsofchambermusic.com/concerts12-13/Pacifica_program_notes_9_19.pdf

¹³ <http://gutenberg.spiegel.de/buch/faust-eine-trag-3664/6>

¹⁴ <http://gutenberg.spiegel.de/buch/franz-kafka-erz-161/5>

¹⁵ D. G. Lange, *Before the Law: Doorkeeper of Trauma, Studies in the Literary Imagination* 41, no. 2 (2008)

¹⁶ G. Di Cagno, *Michelangelo Buonarroti*, Peter Bedrick Books, 2000, p.24

declarat revelația. Estetica s-a regăsit în esența dreptului în forme rudimentare încă din antichitate.

Studiul esteticii în drept

Așa cum am arătat în secțiunea anterioară, dreptul se regăsește pretutindeni în artă, însă trebuie să analizăm dacă în drept se regăsesc noțiuni sau elemente de estetică. Am definit în prima secțiune a lucrării dreptul și noțiunea de estetică. Cum ar putea fi definită însă sintagma „estetica dreptului”. Pentru a putea defini o asemenea noțiune, credem că este necesar să avem în vedere comunicarea dreptului și percepția dreptului. Astfel, este important modul în care dreptul este comunicat, prin intermediul izvoarelor materiale și izvoarelor formale, precum și modul în care acesta este perceput, atât de către indivizi, cât și de către autoritățile statale, având în vedere că dreptul este un produs social, care nu poate fi disociat de viața socială a omului¹⁷. Dreptul poate fi analizat ca întreg, dar are de asemenea și unele proprietăți specifice, sistemice, care îi aparțin, asemenea proprietăți fiind diferite de proprietățile părților ce îl compun¹⁸. Putem în această situație să definim estetica dreptului ca fiind studiul filosofic al sistemului dreptului, punctat de cercetarea elementelor care fac acest sistem să aibă o aparență dezirabilă față de destinatarii normelor juridice, facilitând astfel receptarea și acceptarea acestor norme. În aceste condiții, apreciem că este necesar să diferențiem între cele două diviziuni fundamentale ale dreptului, pentru a putea analiza în mod corespunzător posibilitatea existenței unei estetici a dreptului. Cele două mari diviziuni, dreptul public și dreptul privat sunt la rândul lor tributare principalelor curente ale dreptului, respectiv dreptul natural și pozitivismul juridic. În literatura juridică anglo-saxonă, unii autori au stabilit de asemenea corelații între principalele școli ale dreptului, precum dreptul natural sau pozitivismul juridic și estetică¹⁹. Astfel, estetica dreptului apare strâns legată de școlile dreptului, alăturându-se astfel culturii juridice, care la rândul său, constituie un concept ce poate fi raportat la evoluția acestor școli²⁰. În cadrul dreptului natural, care înglobează principii perene și apriorice, putem să considerăm că estetica dreptului se regăsește însăși în aceste principii, având un izvor divin sau cel puțin aprioric existenței societății, astfel încât existența unei asemenea estetici nu trebuie dovedită. Dacă dreptul conține reguli imuabile, care provin de la o

¹⁷ M. Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 20

¹⁸ A. F. Măgureanu, *Principiile generale ale dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 188

¹⁹ R. West, *Jurisprudence as Narrative : An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory*, New York University Law Review, volume 60, May 1985, Number 2, p.147

²⁰ E. Ciongaru, *Theory of justice from the perspective of law schools*, Volume of Annual Scientific Aession „Justice, rule of law and legal culture” of the Institute of Legal Research „Acad Andrei Radulescu” of the Romanian Academy, Bucharest, Universul Juridic, 2011, pp. 129-134.

sursă externă și sunt dezvăluite prin cunoaștere sau revelație, este clar că acestea conțin și elemente de estetică a dreptului. În acest sens, putem să amintim opinia lui Aristotel, care considera că legile eterne se deteriorează prin aplicarea lor pământească. Fără îndoială că, în forma lor inițială, caracterizată printr-o perfecțiune mai degrabă ideatică sau conceptuală, aceste legi cuprindeau și elemente de estetică. În cazul pozitivismului juridic, lucrurile trebuie abordate ușor mai nuanțat. Astfel, de la pozitivismul clasic și până la utilitarism, estetica nu pare a fi un element esențial al regulilor și normelor. În cadrul legilor naturale, estetica poate fi considerată fiind înglobată direct în esența acestora. În cazul pozitivismului juridic, estetica normelor și regulilor poate fi considerată drept un efect al acestora sau poate fi considerat un instrument care să asigure o mai bună comprehensiune a normelor dreptului. În teoria comunicării dreptului, enunțată de N. Luhmann, se arată că mesajul juridic trebuie să fie înțeles, dar și acceptat. În asemenea condiții, este lesne de înțeles că un mesaj care are o aparență plăcută, deci dă naștere la o senzație perceptivă plăcută are mai multe șanse să fie receptată și acceptată în mod corespunzător. Astfel, estetica mesajului juridic poate contribui în mod esențial la clarificarea și acceptarea acestuia de către destinatari. Așa cum vom arăta în continuare, dincolo de limita exterioară a mesajului juridic, începe zgomotul juridic. Mesajul juridic și zgomotul juridic reprezintă elemente esențiale în analiza prezentei lucrări. Astfel, comunicarea juridică trebuie să fie eficientă. Ar fi de dorit ca această comunicare să fie și armonioasă. Credem că în comunicarea dreptului, cercetătorul trebuie să aibă în vedere nu numai eficiența juridică, ci și *estetica dreptului*. În considerarea acesteia, putem avea în vedere dreptul roman, care reprezintă un vârf al esteticii juridice, datorită atât semanticii, cât și lingvisticii juridice, care i-au servit drept sprijin de-a lungul timpului. Încă din acea perioadă, cunoașterea legii era considerată esențială pentru dezvoltarea sistemului dreptului, iar implicațiile directe și indirecte ale cunoașterii legii sunt de natură să producă un impact social puternic. Cu titlu de exemplu, menționăm că, deși Legea celor XII Table a fost inițial făcută publică pentru o scurtă perioadă de timp, prevederile sale au rămas în conștiința oamenilor o perioadă îndelungată, conferind într-o anumită măsură certitudine legală²¹. Așa cum arătam în secțiunea anterioară, zgomotul juridic este o componentă a mesajului juridic, care se diferențiază de informația juridică prin faptul că nu ajunge la destinatar. Informația care nu este procesată de către receptor este neinteligibilă pentru destinatar și considerată ca atare, zgomot juridic. Zgomotul juridic apare când mesajul juridic depășește capacitatea receptorului de a decodifica mesajul integral. Rezultă că pentru a putea asigura o comunicare eficientă, caracterizată prin transmiterea și decodificarea

²¹ Alexandru F. Măgureanu, *Principiile generale ale dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, p. 137

integrală a mesajului juridic, zgomotul juridic trebuie să nu existe. Analiza mesajului juridic, a informației juridice și a zgomotului juridic reprezintă deziderate deosebit de importante pentru cercetarea dreptului ca instrument de comunicare, mai ales având în vedere că efectele comunicării dreptului se răsfrâng atât direct, cât și indirect asupra societății. O cauză importantă a zgomotului juridic o reprezintă inflația legislativă. În general, inflația este caracterizată ca o creștere continuă a prețului bunurilor și serviciilor²². În mediul legislativ, inflația legislativă se caracterizează prin creșterea necontrolată a fluxului actelor legislative. Această inflație presupune totodată un flux compus din trei categorii de acte normative: cele necesare dezvoltării societății, care nu constituie inflație legislativă, cele utile dezvoltării societății, care deși nu sunt necesare, pot contribui la eficiența socială și cele care exced necesității și utilității sociale, care constituie inflație legislativă. În mod evident, inflația legislativă este specifică doar comunicării formale a dreptului, nu și comunicării materiale. Mijlocul cel mai comun prin care apare inflația legislativă este unul paradoxal. Ca urmare a edictării normelor juridice, gradul de entropie informațională a societății crește. Această creștere este potențată și de ambiguitatea unor termeni și norme de conduită, care conduc uneori la practici neunitare. În această situație, legiuitorul intervine să clarifice situațiile juridice apărute, de regulă prin intermediul interpretării autentice, care are scopul de a reduce entropia. Din nefericire, aceste intervenții clarifică o situație, dar pot determina ambiguități în cazul altora, ceea ce determină la rândul său alte intervenții legislative. Suma acestor intervenții legislative conduce la inflație legislativă. Inflația legislativă este strâns relaționată și cu poluarea legislativă, cu precizarea că cele două diferă, având în vedere că inflația legislativă trebuie analizată din perspectiva emitentului, pe când poluarea legislativă prezintă relevanță din perspectiva receptorului. Astfel, vom putea defini inflația legislativă drept excedentul de informație legislativă, transmis de către emitent către receptor, care nu are nici caracter necesar și nici caracter util. Continuând, vom putea defini poluarea legislativă activitatea care produce un excedent de informație juridică ce depășește capacitatea receptorului de a o disemina și interpreta. Vom numi acest excedent de informație juridică, *zgomot juridic*. Diferența dintre cele două noțiuni poate fi evidențiată și prin faptul că zgomotul juridic se pierde cu ocazia decodificării, fiind acea cantitate de informație care-și pierde acest atribut, deoarece depășește capacitatea receptorului de a o decoda, pe când surplusul de informație inutilă și nenenecară este procesată de către receptor și transmisă către destinatar, dar nu servește eficienței sociale. Efectul nociv al inflației legislative constă pe de o parte faptului că determină o parte din informație să se transforme în zgomot juridic, deoarece din punct de vedere cuantificabil, surplusul de informație suprasolicită capacitatea receptorului de

²² <http://www.merriam-webster.com/dictionary/inflation>

decodificare, iar pe de altă parte, încarcă sistemul destinatarului cu informații inutile. O importanță deosebită în cadrul analizei comunicării dreptului o constituie modul în care mesajul juridic produce efecte asupra societății. Astfel, putem diferenția între efecte actuale, prezente și efecte dezirabile. Cu alte cuvinte, este necesar să analizăm care sunt cauzele care determină o comunicare defectuoasă a dreptului, dacă aceasta există și în ce fel efectele acestei comunicări pot fi atenuate. Mai mult decât atât, având în vedere relația dintre abordarea subiectivă și abordarea obiectivă a dreptului, apreciem că efectele pot fi reprezentate diferit, atât în funcție de curentul de drept aplicat modelelor de comunicare, cât și în raport de ramura dreptului în care se aplică principiile enunțate în primul capitol. Efectele comunicării dreptului trebuie clasificate și în efecte reale ale comunicării dreptului și efecte percepute ale comunicării dreptului, având în vedere că nu întotdeauna destinatarul comunicării percepe în mod integral mesajul. Efectele negative ale comunicării dreptului, din perspectivă abstractă, privesc modul de transmitere a informației juridice. Înainte de a analiza efectele negative ale comunicării dreptului în mod concret, este necesar să observăm care ar putea fi cauzele care să determine asemenea efecte negative. În primul rând, calitatea semnalului juridic trebuie să fie la parametri ridicați, pentru a asigura o inteligibilitate a mesajului juridic. Dacă acest mesaj nu este inteligibil, atunci sunetul juridic transmis de către emitent devine zgomot juridic pentru receptorul care nu va ști cum să interpreteze semnalul juridic transmis. Evident că, aflându-ne în domeniul dreptului, faptul că avem de-a face cu mesaje juridice reprezintă un adevăr axiomatic, care nu necesită o demonstrație logică, iar acest adevăr este cunoscut atât de emitent, cât și de receptor. Astfel, calitatea semnalului juridic determină posibilitatea transformării mesajului juridic în zgomot juridic. Calitatea semnalului juridic poate fi analizat și din perspectiva esteticii dreptului.

Estetica dreptului în contextul sistemului legislativ românesc

Complexitatea deosebită a sistemului legislativ actual determină o adevărată inflație legislativă. În literatura de specialitate s-a remarcat pe drept cuvânt faptul că proliferarea normelor juridice a condus la o veritabilă suprasaturație legislativă²³. Cu toate acestea, unii autori au arătat că în privința științei în general, aceasta este orientată mai degrabă spre parcimonie și nu spre simplificare, deoarece paradigmele prezentate de parcimonie apar ca fiind plăcute și pot fi descrise, contribuind la stabilitate și previzibilitate, pe când ceea ce este foarte simplu sau foarte complex apare ca fiind neplăcut, indezirabil²⁴.

²³ M. Duțu, *Dreptul : între ipostaze teoretice și avatarurile mondializării*, cap. X: Simplificarea dreptului, Editura Universul Juridic, București, 2014, p.251

²⁴ H. A. Simon, "3: Science Seeks Parsimony, Not Simplicity: Searching for Pattern in Phenomena," in *Simplicity, Inference and Modeling: Keeping It Sophisticatedly Simple*, ed. Arnold

Iată deci o primă legătură între estetică și simplificarea dreptului. Așa cum arăta autorul menționat, ceea ce este deosebit de complex apare ca fiind indezirabil. În procesul comun de asimilare a informațiilor, percepția joacă un rol important, iar prima lege a percepției, respectiv legea bunei forme care la rândul său este o particularizare a legii universale a organizării. Potrivit acestei legi a percepției, elementele câmpului stimulator extern vor tinde să se unească într-o structură ireductibilă²⁵. Astfel, elementele externe care compun realitatea legislativă externă a individului vor fi percepute ca un întreg ce nu va putea fi redus la părțile sale componente. În atare condiții, inflația legislativă este de natură a afecta modul în care sunt percepute normele juridice, iar mesajul juridic, caracterizat printr-o complexitate deosebită, atât calitativă cât și cantitativă nu va putea fi înțeles de către destinatarul normei juridice. Prin urmare, simplificarea sistemului legislativ este imperios necesară pentru a putea asigura inteligibilitatea mesajului juridic. În literatura de specialitate, N. Luhmann arăta că mesajul juridic trebuie să fie nu numai înțeles, dar și acceptat. În asemenea condiții, un asemenea mesaj trebuie să îndeplinească minime condiții de estetică pentru a putea fi acceptat de către individ, în calitatea sa de destinatar al dreptului, iar un mesaj deosebit de complex, care include multiple norme juridice, uneori contrastante este de natură a favoriza un răspuns negativ din partea destinatarului normei juridice. Complexitatea actuală a sistemului legislativ produce și alte efecte secundare care sunt de natură a cauza probleme în receptarea dreptului. Ambiguitatea și incoerența sunt două asemenea efecte secundare nefaste. Astfel, multitudinea de prevederi legislative care în anumite cazuri se suprapun, parțial sau integral sunt de natură să producă veritabile confuzii la nivelul destinatarilor dreptului. Complexitatea deosebită a acestor prevederi legislative, tehnicitatea excesivă, trimiterile în cascadă la diferite norme juridice în cadrul aceleiași legi sau în textul altor legi nu fac decât să creeze o aparență neplăcută care constituie un impediment important în receptia normelor juridice. Pentru a fi estetice, normele juridice trebuie să fie clare și transparente, astfel încât să poată fi ușor receptate și asimilate de către populație, iar întregul sistem juridic trebuie să se caracterizeze prin coerență și suplețe. În acest sens, simplificarea dreptului ar putea conduce către un sistem mai clar și mai transparent. Desigur, simplificarea nu este același lucru cu simplitatea. Simplitatea excesivă conduce la o sărăcire a conținutului legislativ, care la rândul său va fi perceput ca o realitate juridică neplăcută, deci inestetică. Estetica dreptului este strâns legată de simplificarea dreptului, deoarece prin simplificarea dreptului se poate asigura o asimilare mai bună a normelor juridice, iar claritatea în exprimarea normelor juridice se poate realiza printr-o

Zellner, Hugo A. Keuzenkamp, and Michael McAleer, Cambridge, England, Cambridge University Press, 2002, p.34,

²⁵ M.Golu, *Bazele psihologiei generale*, Editura Universitară, București, 2002, p. 261

redactare simplă și parcimonioasă a acestor norme. O asemenea tehnică de elaborare a normelor juridice va determina, la nivelul publicului larg, o percepție favorabilă și va contribui la estetica dreptului. În sistemul de drept românesc, există multe situații inestetice, în contextul definiției esteticii dreptului, atât în dreptul substanțial, cât și în dreptul procedural. În dreptul substanțial, cel mai pregnant exemplu de complexitate și inestetică a dreptului o regăsim în materia dreptului fiscal. În această ramură a dreptului, explozia legislativă conduce către o receptare deficitară a dreptului, iar efectele acestei receptări deficitare determină săvârșirea unor fapte ilicite, ce variază într-un spectru foarte larg, de la forme atenuate, contravenționale până la fapte de o gravitate semnificativă, ce intră în sfera ilicitului penal. Fiecare contribuabil este obligat, în temeiul dispozițiilor de natură fiscală, să efectueze numeroase acte, precum declarații, regularizări etc. În cazul dispozițiilor fiscale, o simplificare a acestora este absolut necesară. Sistemul fiscal trebuie să se bucure în primul rând, de vizibilitate și transparență, pentru a se putea asigura o coerență și stabilitate în cadrul acestuia. Și în domeniul dreptului procedural, regăsim complicații și aglomerări care produc efecte negative asupra sistemului judiciar. Cu greu se poate considera că modul de desfășurare actuală a proceselor în sistemul judiciar din România este eficient. Unele probleme au fost atenuate prin intrarea în vigoare a codurilor actuale, cum ar fi posibilitatea judecării unui număr mai mare de cazuri în cameră de consiliu. Cu toate acestea, modificările au mai mult un aspect formal, nu unul real. Ședințele în cameră de consiliu se desfășoară în condiții quasi-identice cu cele în care se desfășoară ședințele publice. De asemenea, gradul de încărcare al instanțelor cu dosare nu s-a redus în mod simțitor. Mai mult decât atât, principiul celerității are de asemenea, un caracter formal, în condițiile în care astăzi, spre deosebire de procesele desfășurate în trecut, numărul de amânări ale pronunțărilor instanțelor a crescut considerabil. Desigur, aceste amânări nu conduc la ideea că, la momentul pronunțării amânate inițial, justițiabilul va avea la dispoziție și hotărârea instanței. În raport de cele arătate mai sus, este absolut necesară o simplificare a dreptului, care la rândul său va facilita o comunicare juridică mai eficientă între autoritățile etatice și persoane, în calitatea lor de destinatari ai normelor juridice. Doar în aceste condiții vom putea discuta despre estetica dreptului românesc, în sensul facilitării receptării și acceptării conținutului normelor juridice. Cu alte cuvinte, simplificarea dreptului și a sistemului legislativ reprezintă un pas necesar în configurarea unor noi trăsături în estetica dreptului românesc, iar pentru realizarea acestei simplificări este necesară realizarea unui veritabil exercițiu de cultură politică și administrativă²⁶.

²⁶ M. Duțu, *Dreptul : între ipostaze teoretice și avatarurile mondializării*, cap. X: Simplificarea dreptului, Editura Universul Juridic, București, 2014, p.258

Concluzii

În această lucrare am încercat evidențierea legăturilor dintre estetică și drept, în contextul sistemului legislativ actual din România. Totodată, am considerat necesară evidențierea conexiunilor care există între operațiunile de simplificare a dreptului, estetica dreptului și facilitarea receptării normelor juridice de către publicul larg. În mod evident, estetica dreptului prezintă interes în procesul de elaborare a normelor juridice, deoarece o normă juridică pe care destinatarul dreptului o consideră estetică poate crește gradul de asimilare al informațiilor juridice pe care le conține respectiva normă. În condițiile în care cercetarea științifică în materia esteticii dreptului românesc este quasi-inexistentă, este absolut necesară realizarea unor studii riguroase de cercetare în această direcție, iar lucrarea de față constituie doar începutul unui demers științific mai larg, care urmează a fi concretizat prin noi lucrări și articole ulterioare.

COMPETENȚA PRAGMATICĂ – INSTRUMENT DE SIMPLIFICARE A DISCURSULUI JURIDIC. CONFLUENȚĂ ȘI CONTRADICȚIE ÎNTRE TEHNICITATEA ȘI ACCESIBILITATEA LIMBAJULUI ACTELOR LEGISLATIVE

*Horățiu MĂRGOI**

Abstract:

The mechanisms by which social relationships are strengthened depend of the law maker's capacity to create an optimal juridical environment. Social function of juridical messages emitted by the Legislator compel to an accessible language.

The reason of being of Laws is the citizens to be obedient to the prescriptions of rules. This must be the major interest of the Legislator and justifies efforts to make as the language of communication is easily perceived.

Juridical pragmatics analyzes the legal language and its influence on human behavior.

To dissolve the apparent antagonism between technicality and accessibility featured in legislative texts, legal vision must be united with the techniques of language.

Accessibility impediments of a legislative text created by technical terms are removed with the frequent use and increasing level of legal culture of citizens.

Impenetrability to legislative measures that leave room for laxity and legislative inconsistency must increase. Also the number of simple concepts, where the first option is clarity, not its aesthetic form or scholarly expressions.

Increased knowledge of the law, applying of the simplification strategy, in particular by clarifying and improving legibility of legislation, are compulsory demands.

By simplified legislation, citizen's level of accessibility to law is increased. The number of pieces of legislation does not equate to the level of general welfare. On the contrary, while the number of law has decreased, the power of understanding has risen. Protection against legislation's inflation is for certain what citizens ask from Legislator.

Cuvintele cheie: Mesaj normativ; competența comunicativă; finalitate pragmatică; simplificare legislativă

* Membru asociat Colegiul Consilierilor Juridici București, Uniunea Colegiilor Consilierilor Juridici din România; consilier juridic SC Best European Services & Solutions SRL; email: margoi.horatiu@gmail.com.

Considerații introductive

În spațiul de acțiune al Marelui Sistem de Drept Romano-Germanic, legislația este mijlocul prin care Statele disciplinează, în dimensiunile sale ample, comportamentul persoanelor care își organizează și desfășoară activitatea pe teritoriile lor. Pentru ca relațiile sociale să se poată dezvolta în coordonatele trasate de o politică legislativă coerentă, se impune o conduită predictibilă a tuturor partenerilor sociali, conduită care nu poate fi stabilită decât printr-un cadrul legislativ bine conturat.

Ca o condiție *sine qua non*, prealabilă oricărei alte cerințe de conformare față de o voință, inclusiv a unui partener social cum este Statul, se impune exteriorizare respectivei voințe. Iar, în situația dată, singura modalitate acceptabilă de exteriorizare este prin intermediul unor norme juridice ce pot fi respectate cu convingere și aplicate cu determinare doar dacă sunt produsul unei exprimări coerente, cu un înalt potențial de receptare.

Obiectivele politicii legislative, prezumate a fi superioare din punct de vedere conceptual, se traduc în adevărate imperative, prin intermediul actelor normative care dau expresie modului în care suprastructura statală înțelege să proiecteze construcția complexă a societății.

Mecanismele prin care relațiile sociale sunt consolidate, în prezența unui edificiu normativ optim, trebuie să fie gestionate, încă din fazele incipiente ale proiectului, de Legiuitor, cu maximă vigilență, el fiind Arhitectul societății.

Beneficiarii acestei construcții de proporții sunt dependenți de durabilitatea sa, consecințele responsabilității asumate de Legiuitor urmând a se regăsi inclusiv în cel mai reprezentativ și concret indicator social, cel reprezentat de bunăstarea destinatarilor normei juridice, circumscrisă securității juridice a unui națiuni.

Mesajul normativ; conjugare tehnicii legislative în limbajul juridic

Este de neconceput o incapacitate de comunicare a mesajului normativ, Legiuitorul fiind *condamnat* la dezvoltarea continuă a unui limbaj cât mai apropiat de perfecțiune și în profunzime racordat la nivelul de percepție al destinatarilor.

Desăvârșirea dreptului, în accepțiunea sa de valoare superioară, nu poate, la rândul său, să fie concepută fără un acces total, sub toate aspectele, la normele în care orice Stat își ancorează justiția.

Cum, odată cu orice mare putere vine și o responsabilitate proporțională, sub imperiul acestei constrângeri nobile, este conștientizată dependența față de abilitatea, intuiția și de cunoștințele redactorilor actelor normative, legiferarea nefiind exclusiv o știință ci, într-o oarecare măsură, o artă¹.

¹ V.D. Zlătescu, *Introducere în legistica formală. Tehnica legislativă*, Ed. Oscar Print, București, 1996, p. 127

Geneza eforturile realizării unei rigurozități în exprimarea legislativă ne trimite în secolul III e.n., la Ulpian care, în *Legile 1 și 52* face precizări despre regulile de concepere și edictare a normelor juridice. Acest exemplu, nu este unul izolat, putând fi completat, cu ușurință, prin adăugarea operei monumentale a lui Iustinian care, în secolul al VI-lea e.n., în al său *Corpus juris civilis*, la *Titlul XVI din Digeste*, denumit *De verborum significatione*, stabilește reguli de redactare corectă a textelor legale. Se cuvin a fi totuși menționate și reglementările aparținându-i lui Montesquieu, din faimoasa sa lucrare *De l'Esprit des lois*, apărută la sfârșitul anului 1748, a cărei a *XXIX-a Carte* este chiar intitulată reprezentativ *Despre modul în care se elaborează legile*².

În România, în cuprinsul lucrării sale din anul 1907, *Essai sur une theorie generale des droits eventuels*, Nicolae Titulescu, unul dintre puținii autori antebelici preocupați de tehnica legislativă, subliniază, într-o manieră foarte actuală, că **aceasta**, prin procedee specifice *încearcă să cuprindă realitățile vieții sociale, în construcții și principii susceptibile să îmbrățișeze și situațiile ca și nevoile noi ale vieții sociale*³.

În prezent, sub presiunea unui adevărat labirint legislativ, devine mai stringentă ca oricând necesitatea dezvoltării unui limbaj juridic care să evolueze în direcția *asigurării proprietății, clarității și conciziei, date fiind dezideratele unificării, specializării și modernizării legislative*⁴.

Caracterul *plurifuncțional și pluridimensional* al limbajului juridic impune luarea în considerare a diverselor sale nivele, fiecare reprezentând un anumit tip de discurs: legislativ (normativ), judiciar (al instanțelor), contractual (al convențiilor), doctinal (al jurisprudenței)⁵.

Din prisma importanței majore a funcției sale sociale, mesajul normativ al Legiuitorului este obligatoriu a fi exprimat într-un **limbaj** juridic care să nu lase loc inaccesibilității, pe niciun palier.

Desprinsă fiind caracteristica de *monolog* a comunicării de tip juridic normativ, realizată prin intermediul textului legislativ, cercetarea limbajului juridic s-ar putea face dintr-o perspectivă acțională, în care atenția s-ar concentra exclusiv asupra polului emiterii și a acțiunii de codare a mesajului⁶. Nimic nu ar fi mai eronat, dată fiind primordialitatea destinatarului comunicării obiectivului de politică legislativă transpus în actul normativ emis⁷.

² S. Popescu, V. Țăndăreanu – *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 98.

³ Apud V.D. Zlătescu, *op. cit.*, p. 17-18.

⁴ A. Stoichițoiu-Ichim – *Semiotica discursului juridic*, Ed. Universității din București, București, 2006, p. 23.

⁵ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 28, în: A. Stoichițoiu-Ichim – *op. cit.*, p. 38.

⁶ L. Ionescu-Ruxandoiu, *Conversația. Structuri și strategii. Sugestii pentru o pragmatica a românei vorbite*, Ed. All Educational, București, 1999, p. 35.

⁷ P. Schweiger, *O introducere în semiotica*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984, p. 163.

Premisele de la care pleacă orice demers de elaborare a unui limbaj juridic adecvat trebuie să fundamenteze un echilibru constant și stabil între tehnicitate și accesibilitate, fără a se abate însă de la transparența care intra în conflict cu o cantitate excesivă de legi și cu ambiguitatea acestora.

Netransparența și supraabundența corpului de legi duc la o insuficientă aplicare, la imposibilitatea aprecierii, acceptării reale a normelor, rezultând o dorință redusă de supunere față de acestea.

Și, cum rațiunea de a fi a oricărui act normativ este ca destinatarul său să manifeste obediență față de prescripțiile normei, este în interesul Legiuitorului să facă eforturi ca limbajul de comunicare să fie cel mai facil de receptat.

Este cvasi-unanima opinia conform căreia dominantă actelor normative este însăși ubicuitatea obligativității de a le respecta, funcție ce determină limitarea Legiuitorului la o comunicare în cadrul restrâns al unui discurs cu o maximă finalitate practică. Textele legislative trebuie percepute drept enunțuri date ca Adevăr, în lipsa acestei caracteristici, destinatarului normei neputându-i-se pretinde o anumită conduită, uneori chiar sub amenințarea constrângerii.

Trebuie precizat de această dată că, **trăsăturii** de unicitate (cu **excepțiile prevăzute** de art. 115 din Constituție și Legea nr. 502/2006) a Legislativului în emiterea actelor normative îi corespunde o lipsă de omogenitate a destinatarilor normei, mai ales din perspectiva capacității diferențiate de receptare a mesajului normativ.

Competența pragmatică juridică

Elaborarea unui ansamblu unitar de dispoziții care să contureze obiectivele politicii legislative **care să** se suprapună, concomitent, cu interesul general al societății, este o operațiune de înaltă precizie și constantă implicare, cu atât mai mult cu cât *diversele categorii de acte normative acționează în cadrul unui proces caracterizat printr-o acută interferență*⁸, așa cum evidențiază distinsul profesor Nicolae POPA.

Puterea legislativă își exercită rolul de emitent al actelor normative, fiind caracterizată prin *trăsăturile Autoritate și Competență*, în timp ce destinatarilor normei le revine obligația de **conformare** la dispozițiile Autorității⁹.

Plecând de la premiza că această operațiune premergătoare este una reușită, că a fost elaborat un cadrul legislativ fundamentat pe acte normative care nu intră în disonanță cu valorile imuabile ale fondului social, Legiuitorului îi revine sarcina de a disemina creația sa legislativă pentru a putea pretinde ulterior respectarea și aplicarea ei.

⁸ N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Proarcadia, București, 1993, p. 224-225.

⁹ A. Stoichițoiu-Ichim, *op. cit.*, p. 82.

Având ca deziderat general evitarea complicațiilor de exprimare a mesajului normativ, limbajul juridic a fost supus analizei și studierii științifice multidisciplinare, cu precădere din perspectiva teoriei generale a statului și dreptului, *a logicii deontice, a teoriei argumentării și retoricii, a comunicării*¹⁰.

Enunțul prescriptiv sau prescriptiv-dispozitiv fiind de natura exteriorizării voinței politice, limbajul juridic este intolerant la forma narativa a textelor legislative.

*Prescripțiile sunt date sau emise de cineva. Ele «emană» din sau își au «sursa» în voința unei autorități normative. De asemenea, ele se adresează unui agent sau unor agenți, pe care-i vom numi subiectele normei [...]. Emiterea normei exprimă voința autorității de a face ca subiectul (subiectele) să se comporte într-un anumit mod [...]. Elementul intențional (intenția de comunicare) reprezintă un factor de natură pragmatică, având rol determinant la polul emiterii. În același timp, el implică și receptorul, în măsura în care acesta recunoaște, pe lângă conținutul informațional al mesajului, finalitatea sa pragmatică*¹¹.

Funcția comunicativă a limbajului are consecința naturală a evidențierii pragmaticei, cu rolul precis de a întări, în domeniul legislativ, forța de legătură dintre procesul lingvistic și cel juridic pe care le include, în ambivalența sa specifică, textului normativ.

Pragmatica este definită în *Dicționarul de Științe ale Limbii*, drept o *lingvistică a uzului – cu multiple implicații interdisciplinare – examinând efectele diverselor componente ale contextului asupra producerii și receptării enunțurilor, atât sub aspectul structurii, cât și al semnificației acestora*¹².

Totodată, în literatura de specialitate, s-a mai făcut și precizarea că *pragmatica juridică analizează limbajul juridic sub aspectul producătorilor lui și se ocupă de influența limbajului juridic asupra comportamentului uman*¹³.

Capacitatea de conștientizare și de raportare la integralitatea contextului, din prisma intenției de comunicare a Legiuitorului, conturează ceea ce, alături de competența lingvistică, alcătuiește competența de comunicare.

Exteriorizarea voinței, materializată în politica legislativă, reprezintă un factor de natură pragmatică, intenția de comunicare fiind, de asemenea, un factor în mod evident pragmatic, în măsura în care conceptul reflectă finalitatea cu care vorbitorul face uz de sistemul lingvistic¹⁴.

¹⁰ Idem.

¹¹ G.V. Von Wright, Georg Henrik, *Norma și acțiune*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1982, p. 24.

¹² A. Bidu-Vrânceanu, C. Călărașu, L. Ionescu-Ruxandoiu, M. Mancaș, G. Pana-Dindelegan, *Dicționar general de științe. Științe ale limbii*, Ed. Științifică, București, 1997, p. 373.

¹³ Gh. Mihai, *Elemente constructive de argumentare juridică*, Ed. Academiei, București, 1982, p. 25.

¹⁴ E. Vasiliu, *Introducere în teoria textului*, Ed. Științifică și Enciclopedică București 1990, p. 111.

Este esențial și decisiv ca destinatarul normei să recunoască, pe lângă conținutul discursului juridic normativ, și consecințele produse de materializarea voinței emitentului.

Niciun studiu al discursului juridic normativ, date fiind structura și funcționalitatea sa profund sociale, nu este cu adevărat riguros sau exhaustiv dacă nu sunt puse în valoare următoarelor componente ale contextului, ale situației de comunicare¹⁵:

a) contextul istoric și socio-cultural în care a fost creat și funcționează sistemul de drept;

b) contextul situațional (incluzând aspecte socio- și psiholingvistice privind statutul și rolurile participanților la actul comunicativ, relația dintre aceștia, intențiile și finalitatea acțiunii discursive);

c) contextul referențial (reprezentat de ramura de drept);

d) contextul lingvistic (în sens intra- și intertextual).

Tocmai această structură esențialmente socială impulsionează o analiză amănunțită a respectării standardului pragmatic al discursului juridic normativ. Această analiză se poate întreprinde doar sub auspiciile principiilor tehnicii legislative, țara noastră fiind printre puținele care au o lege cadru în acest important domeniu – *Legea nr. 24/2000, privind normele de tehnica legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată*.

Folosirea procedeelor de tehnică legislativă, îmbinate cu urmărirea îndeaproape a finalității pragmatice a discursului juridic normativ, vor conduce la sporirea eficacității mesajului normativ. Un reper al gradului de competență pragmatică atins de Legiuitor va fi capacitatea acestuia de a transmite, într-o formă condensată, respectivul mesaj. Cu cât mai frecvent lipsește capacitatea de simplificare, cu atât trebuie să fie mai accelerată acțiunea de identificare a **surselor** deficiențelor de comunicare.

Accesibilitate și tehnicitate

Preponderența destinatarilor nefamiliarizați cu subtilitățile limbajului juridic și numărul redus, prin comparație, al celor care reușesc să descifreze în mod facil mesajul normativ, coroborată cu inflația legislativă, constrânge emitentul normelor juridice să simplifice limbajul juridic.

Numeroasele terminologii de specialitate din toate limbile, își au sorgintea în vocabularul general al limbii respective. Limba română și terminologia sa juridică nefăcând excepție, se poate identifica o serie de termeni tehnici, cu un grad mai pronunțat sau mai scăzut de specializare și, implicit de accesibilitate.

Pentru a dizolva antagonismul aparent dintre tehnicitate și accesibilitate, ca trăsături specifice textelor legislative, viziunea juridică trebuie unită cu cea lingvistică¹⁶.

¹⁵ A. Stoichițoiu-Ichim, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶ A. Stoichițoiu-Ichim, *op. cit.*, p. 129.

Puse în lumina legisticii, cele doua exigențe esențiale au drept *reflex în plan lingvistic coexistența, în cadrul vocabularului juridic, a trei straturi lexicale distincte: termeni juridici strict specializați; termeni tehnici preluați din alte terminologii; cuvinte din vocabularul general utilizate cu accepție juridică*¹⁷.

Răspândirea termenilor juridici cu proprietatea de a avea un singur sens este suficient de rară pentru a putea extinde exigența unei precizii depline a acestora în afara ariei neologismelor juridice de strictă specialitate, motiv pentru care se și regăsesc, aproape exclusiv, în acte normative de nișă.

Amplificat de existența acestei categorii de termeni juridici, dar nu limitat la acest motiv, **limbajul** juridic primește uneori critici sub aspectul anevoioasei accesibilități pentru nespecialiști.

Se recomandă, din rațiuni diferite însă, prevenirea acestor critici prin uzitarea cu parcimonie, în cuprinsul actelor normative, atât a termenilor monosemantici de *stricta specialitate*, cât și a termenilor polisemantici care, de asemenea, fac rabat de la **rigoarea** tehnicii legislative.

Expunerea la un risc similar se poate întâlni și în situația unui exces de expresii latinești, chiar cu circulație internațională, frecvent utilizate în limbajul juridic.

Examinarea diacronică a vocabularului juridic relevă faptul că, impedimentele ridicate în calea accesibilității unui text legislativ de *tehnicitatea* unor termeni, se diluează **prin** utilizarea lor frecventă, conducând la creșterea nivelului culturii juridice a cetățenilor, inclusiv prin *determinologizarea* progresivă a termenilor juridici de strictă specialitate sau trecerea lor din *limbajul juriștilor* în *limbajul dreptului* și, apoi, în limba literară¹⁸.

Cu o acuitate remarcabilă, s-a semnalat totuși că, *pentru judecător, textul legii trebuie să fie scris într-o limbă clară, fără echivocuri, fără cuvinte cu mai multe înțelesuri sau neadecvate, chiar dacă unele dintre ele ar fi greu de înțeles pentru nejurist ... Din actele legislative nu vor putea fi excluși toți termenii juridici de circulație limitată la cercul specialiștilor. Înlăturarea lor ar obliga la exprimări lungi, greoaie, care ar trebui să înlocuiască conținutul concis, condensat al termenilor înlăturați. Un asemenea stil prolix ar face textele mai imprecise și deci mai susceptibile de interpretări eronate*¹⁹. Însă necesitatea adoptării unei terminologii specializate se identifică inclusiv cu cerințele de precizie, concizie și stabilitate, specifice discursului juridic normativ.

Deși accesibilitatea și simplitatea textelor legislative sunt de preferat, terminologia de strictă specialitate, cu care destinatarul normei nu este familiarizat, are rolul său, imposibil de ignorat.

¹⁷ Idem.

¹⁸ *Ibidem*, p. 137.

¹⁹ C. Reteșan, *Unele aspecte ale limbajului actelor legislative*, in Ioan Ceterchi, *Legislația și perfecționarea relațiilor sociale*, Ed. Academiei Romane, București, 1976, p. 233 și 235.

Cu siguranță că nu se recomandă adoptarea de către Legiuitorul român, fie și din rațiunea *tradiției noastre legislative*²⁰, *disocierea manifestă între accesibilitate și economie specifică legislației germane care își propune să fie de o tehnicitate ieșită din comun*²¹.

Constant, trebuie remediată precaritatea echilibrului dintre simplificarea legislativă și precizia dată de tehnicitatea sa. Intenția normativă trebuie redusă la concepte simple, în care principala preocupare să fie claritatea textului, nu estetica²² acestuia sau exprimarea savantă. Totodată, trebuie sporită impenetrabilitatea la măsurile legislative care fac loc *laxismului juridic sau incoerenței legislative*²³.

Imperativul simplificării

Dincolo de orice dubiu, *un sistem nereceptiv la transformările vieții sociale, la noul care își face loc implacabil, peste tot, este sortit sclerozei și, desigur nu ar supraviețui*²⁴. Însă, soluțiile și scopurile ordinii de drept riscă să sucombe sub o tehnicitate excesivă a discursului juridic normativ²⁵, care nu poate și nu trebuie să impună transformări inacceptabile.

Sensul termenilor, instituțiilor poate fi făcut inteligibil nu doar prin enunțarea directă a unor definiții, ci prin modul în care este configurat ansamblul reglementărilor, prin felul în care se desprind din acestea trăsăturile caracteristice instituției în discuție. Este mai mult decât utilă folosirea *procedeelor de asimilare*, inclusiv a *formeii simplificate de exprimare*, reprezentată de *ficțiunea de limbaj*²⁶.

Este un sofism a afirma că nici măcar toți juriștii nu pot cunoaște toată legislația unui Stat.

Rațiunile de politică legislativă au impus ceea ce aparent este o prezumție însă, în realitate **reprezintă** o ficțiune juridică: dictonul *Nemo censetur ignorare legem*. Incontestabil, în lipsa adoptării acestei **ficțiuni**, legalitatea nu s-ar putea realiza²⁷.

²⁰ D. Iliescu, *Cuvânt înainte*, în S. Popescu, V. Tândăreanu, *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 3.

²¹ V.D. Zlătescu, *op. cit.*, p. 24.

²² S. Popescu, C. Ciora, V. Tândăreanu, *Aspecte practice de tehnică și evidență legislativă*, R.A. Monitorul Oficial, București, 2007, p. 180.

²³ S. Goyard-Fabre – *Le Droit et la Societe d'aujourd'hui*, in *Panser la justice*, 1998, p. 186, în I. Vida, *Legistica formală*, Ed. Lumina Lex, București, 2010, p. 22.

²⁴ V.D. Zlătescu, *op. cit.*, p. 19.

²⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁶ A. Naschitz, *Teorie și practica în procesul de creare a dreptului*, Ed. Academiei, București, 1969, p. 256.

²⁷ V.D. Zlătescu, *op. cit.*, p. 138

Riscul nerealizării politicii legislative a statului, în lipsa unui astfel de procedeu juridic este omniprezent, situând principiul cunoașterii legii în sfera iraționalului.

Realitatea tristă conform căreia, mai mult de o treime din actele normative adoptate au fost deja abrogate iar, marea majoritate a celorlalte, a suferit una sau mai multe intervenții substanțiale de modificare sau completare, reclamă un spirit de prudență majoră, indispensabil actului de legiferare. Chiar și cea mai mică incoerență legislativă erodează autoritatea legii²⁸.

Această situație ar transforma cunoașterea legii într-un ideal irealizabil care reclamă, cu maximă stringență, aplicarea riguroasă a strategiei de simplificare, în special prin clarificarea și ameliorarea lizibilității legislației, așa cum ferm se stabilește în cadrul *Programului comunitar de la Lisabona*²⁹.

*Principiul accesibilității și economiei de mijloace în elaborarea legislației, alături de alte principii ale legiferării, cum ar fi cel al fundamentelor științifice de elaborare, cel al asigurării unui raport firesc între dinamica și statica dreptului și corelării sistemului actelor normative*³⁰, trebuie să guverneze modalitatea în care Legiuitorul concepe mesajul său normativ juridic, în limitele unui exprimări lingvistice care să corespundă fidel obiectivului său.

Incontestabil, principiul primordial referitor la accesibilitatea actelor normative primează în raport cu orice alte idei centrale **ale** tehnicii legislative pentru că, *o normă juridică neclară creează dezordine, controverse, litigii iar obscuritatea textelor normative este ultimul refugiu al puterii*³¹.

Faptul că *legile inutile subrezesc legile necesare*³², deși a fost semnalat printr-o exprimare de maximă acuratețe, încă din secolul al XVIII-lea, nu este nicidecum lipsit de actualitate, atrăgând atenția asupra **inflației legislative care** poate oricând declanșa o criză a dreptului.

Creșterea exponențială a numărului de reglementări nu poate duce decât la o scădere a calității acestora, la apariția *legilor fără suflet*³³ sau, mai grav, la o iminentă *tiranie a administrației publice*, în prezența căreia, *legile nu mai sunt rodul voinței generale iar definirea dreptului devine inoperantă*³⁴.

Abuzul de reglementări juridice provoacă, inevitabil, o pierdere a forței lor obligatorii, *principiul separației puterilor fiind periclitat, jurisprudența ajungând*

²⁸ S. Popescu, C. Ciora, V. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 12

²⁹ *Ibidem*, p. 33 și 34

³⁰ N. Popa, *op. cit.*, p. 225

³¹ C. Lambotte, *Tehnică legislative et codification*, în S. Popescu, C. Ciora, V. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 36

³² C-L. Montesquieu – *De l'esprit de lois*, Paris, 1856, p. 492, în S. Popescu, C. Ciora, V. Țândăreanu – *op. cit.*, p. 22

³³ C. Atias, *Le droit civil*, PUF 1984, p. 31 în I. Vida, *op. cit.*, p. 20

³⁴ I. Vida, *op. cit.*, p. 20;21

să contrazică legea, în final, statul de drept fiind atrofiat de hipertrofia administrativă³⁵.

Concluzii

Imperativul simplificării discursului juridic normativ se află într-o legătură indisolubilă cu maniera în care Legiuitorul găsește mijloacele necesare **creșterii** competenței sale pragmatice, subsumate principiului eficienței în **transmiterea**, cât mai comprehensibilă, a conținutului actelor normative către cei obligați să le aplice și respecte.

Identificarea metodelor de contracarare a instabilității legislative, de remediere a inflației legislative, trebuie să fie un efort permanent. Găsirea unor **soluții** cum sunt *codificarea, conform unei scheme logice, deși consolidează categoric puterea de înțelegere a funcționării sistemului juridic*³⁶, nu trebuie să dea o satisfacție suficientă.

Dimpotrivă, încercările trebuie intensificate, pentru că numai dacă sunt armonioase, clare și resping diferențele nefondate³⁷, normele juridice pot governa societatea și asimilarea lor poate atinge nivelul scontat. Rămâne însă, mai mult decât recomandabilă susținerea destinatarilor normelor de către profesioniștii dreptului cu atribuții de consiliere, exploatându-se rolul lor de intermediari în accesul la sursele dreptului³⁸.

Accesul la normele juridice este un drept fundamental, puterilor publice revenindu-le obligația de a organiza sistemul de acces, astfel încât niciun cost, de nicio natura, să nu fie stabilit în sarcina cetățeanului și să nu constituie un obstacol în realizarea dreptului³⁹.

³⁵ Idem

³⁶ S. Popescu, V. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 239

³⁷ C. Lambotte – *Qualite redactionelle de la legislation cummunautaire; Regles de technique legislative; Code de redaction interinstitutionnel*, în S. Popescu, V. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 37

³⁸ S. Popescu, V. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 240

³⁹ Idem

SISTEMUL LEGISLATIV ROMÂNESC – REALITĂȚI ȘI AȘTEPTĂRI

Andrei CONSTANTIN*

Abstract:

The existence of an adequate, coherent, and predictable legislative framework represents the essential element in reaching the objectives of reforming measures and also the point of departure in enabling a more efficient activity of the judicial system as a whole, the economical, administrative, educational area included, etc.

The functioning of every institution is conditioned firstly by the legal framework, the laws of organisation and functioning that governs its activity, and the competence assigned to it.

Keywords: *transparency, responsibility, predictability, rigour, systematisation, coherence, stability, legislative technique*

I. Scurte considerații teoretice privind procesul de legiferare (creare a dreptului)

1. Apreciem oportun a puncta mai întâi câteva aspecte teoretice – inclusiv de ordin conceptual, cu scopul de a evidenția succint, ce presupune procesul de creare a dreptului, care sunt cerințele și principiile care îl guvernează, precum și unele „aspecte de ordin tehnic”, absolut indispensabile în elaborarea actelor normative.

A crea dreptul – în fapt, nu presupune altceva decât a legifera.

M. Djuvara¹ definea legiferarea ca fiind „ operația prin care o regulă, așa cum este concepută la un moment dat, față de o situație de fapt dată în societate, se transformă în regulă de drept pozitiv.

În mod strict însă, legiferarea privește procesul de elaborare a legilor.

Operațiunea legiferării trebuie să constate existența situațiilor sociale în momentul când se legiferează, o constatare de o complexitate deosebită, apoi legiuitorul stabilește idealul juridic care trebuie să se aplice acestor situații de fapt, lăsându-se inspirat în acest caz, cu voie sau fără voie de conștiința juridică a societății respective. Apoi legiuitorul caută să transpună rezultatul la care a ajuns în reguli de drept pozitiv pe care le formulează”.

* Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: avocat.andreiconstantin@rdslink.ro.

¹ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, București, 1930 apud Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1996, p. 83

Potrivit profesorului V.D. Zlătescu² – „a legifera este o știință, este în același timp o artă, dar este totodată și o tehnică. Actele normative nu pot fi redactate la întâmplare. Ele nu trebuie să reprezinte culegeri neomogene de comandamente, nu pot face abstracție de anumite corelații ce se stabilesc în ordinea naturală a lucrurilor dar și în cea a relațiilor sociale ce sunt supuse reglementării juridice, corelații ce presupun interdependențe, subsumări sau poate eliminări reciproce. Legislația unui stat reprezintă un sistem. Este sistemul de drept național, cunoscut ca atare, unul dintre elementele de cea mai mare însemnătate care particularizează un stat.

În cadrul oricărui sistem național, fiecare ramură de drept, fiecare Cod și fiecare lege ordinară trebuie să exprime, la rândul lor, un sistem, fiindu-și mai mult sau mai puțin autosuficiente.

Nevoia de sistem este atât de mare, încât în afara acestei idei nu se poate legifera”.

Cum arată și profesorul N. Popa³ – „a legifera – a devenit elementul central și definitoriu al activității statului, a devenit sinonim cu a guverna. Alegerea procedeele tehnice ale legiferării aparțin legiuitorului. Dar ea nu poate fi nici pe departe arbitrară.

Există anumite principii care stau la baza acțiunii de legiferare, principii deduse din reglementări constituționale sau înscrise ca atare în metodologii de tehnică legislativă”.

Rezumând punctele de vedere prezentate, se poate concluziona că, legiferarea – este un proces complex, metodic, care implică în prealabil o fundamentare și cunoaștere profundă a realităților socio-economice, presupune răspundere și previziune – neputându-se realiza la întâmplare.

Pe de altă parte, realitatea socială impune deopotrivă cunoașterea istoricului legislației din domeniu, a reglementărilor similare din alte state – îndeosebi a legislației Uniunii Europene, pentru ca soluțiile preconizate în elaborarea proiectelor de acte normative să fie compatibile cu cele ale Uniunii Europene, să existe o corelație adecvată, și în final, să poată fi asigurată corespondența necesară între fapt și drept⁴.

Autorii Ioan Ceterchi și Ion Craiovan⁵ – citându-l pe F. Géný, subliniază faptul că, „dreptul, din perspectivă istorică este evident „dat”, obiect de știință, în timp ce „elaborarea” dreptului pozitiv presupune însă „o construcție” și în acest sens regulile juridice sunt opera tehnicii. „Datul” dreptului este cercetat de știință care conturează orientarea generală, furnizată de situația economică, morală, culturală etc. a societății respective, ce determină în genere conținutul

² V.D. Zlătescu, *Introducere în legistica formală*, Ed. Rompit, București, 1995, p. 11-13.

³ N. Popa, M.C. Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 188

⁴ *Ibidem*, p. 188-189.

⁵ I. Ceterchi, I. Craiovan, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1996, p. 84-85

dreptului. Dar conținutul dreptului trebuie „fasonat” pentru ca regula socială să devină normă juridică, să fie aptă de aplicare. Aceasta este prin excelență o problemă de tehnică juridică”. În viziunea celor doi autori, procesul de elaborare a actelor normative presupune respectarea unor principii⁶ (cerințe), între care: *fundamentarea științifică*⁷, *respectarea unității de sistem a dreptului*, *principiul accesibilității actelor normative*.

Potrivit acestui ultim principiu – accesibilitatea unui act normativ nu se reduce numai la aspecte referitoare la limbajul juridic pentru că este condiționată și la rându-i condiționează o paletă largă de factori în procesul de legiferare: obiective urmărite, subiecți, tehnică juridică preconizată, etc. La fel, principiile care fundamentează procesul de legiferare sunt complementare și interdependente, se întrepătrund în procesul de aplicare.

Pe de altă parte, elaborarea actelor normative implică deopotrivă și parcurgerea unor etape: inițierea proiectului, dezbaterea sa, adoptarea – și în final, promulgarea și publicarea.

Deosebit de importante sunt și părțile constitutive ale actelor normative, formele de sistematizare (încorporarea, codificarea), inclusiv limbajul juridic și stilul adoptat.

2. Sub aspect conceptual și terminologic, problematica tehnicii elaborării legilor, a actelor normative în general, este cunoscută în literatura juridică sub diverse denumiri și accepțiuni: fie de „tehnică juridică”, „tehnică legislativă”, „legistică formală” ori „legistică reală”.

Indiferent de punctele de vedere exprimate, distincțiile și nuanțările făcute în privința terminologiei, acest proces complex, constituie „o *necesitate obiectivă*” în elaborarea actelor normative – în crearea dreptului.

⁶ A se vedea în acest sens și dispozițiile Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, precum și Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Universul Juridic, București, 2004, p. 275-281 („Procedee tehnice de entropie și creație în legiferare” – abrogarea, modificarea, completarea, republicarea, derogarea, suspendarea, rectificarea)

⁷ A se vedea N. Popa, M.C. Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 182-201.

Și în această lucrare, constatăm pe fond existența/necesitatea aceluiași principii: fundamentarea științifică a activității de elaborare a normelor juridice, asigurarea unui raport firesc între dinamica și statica dreptului, accesibilitatea și economia de mijloace în elaborarea normativă.

În ce privește fundamentarea științifică – aceasta trebuie să cuprindă: „descrierea situațiilor de fapt ce urmează să fie transformate în situații de drept, analiza judecăților de valoare cu privire la determinarea situațiilor de fapt care trebuie transformate, schimbate și care se găsesc în contact cu judecățile de valoare din care se inspiră însăși schimbarea, determinarea (anticiparea) efectelor posibile ale viitoarei reglementări, costul social al proiectatei reforme legislative, oportunitatea sa etc.”

Spre exemplu, în opinia profesorului Ioan Vida⁸, noțiunea de *legistică* reprezintă „o disciplină științifică complexă, care are două componente: *legistica reală* și *legistica formală*. Într-o primă apreciere, *legistica* reprezintă știința elaborării legii”.

Același autor apreciază că „*legistica* (sau știința legislativă) reprezintă ansamblul metodelor, tehnicilor, procedeele de exprimare materială sau formală a ideilor care au nevoie de o reflectare normativă în forme adecvate. Din acest punct de vedere, este necesar să se facă o distincție între *legistica reală* și *legistica formală*, întrucât *legistica reală* (denumită de autor și politica legislativă) – reprezintă un ansamblu de idealuri, scopuri, mijloace și instrumente menite să imaterializeze conceptual fapte sociale, să le imprime o dinamică proprie, inclusiv prin intermediul normelor juridice”.

În ce privește *legistica formală*, aceasta „nu se confundă cu tehnica legislativă deoarece ea se referă atât la normele metodologice de redactare a actelor normative, cât și la regulile de procedură legislativă. Cu alte cuvinte, adoptarea legii este supusă nu numai regulilor de tehnică legislativă, ci și normelor care fac obiectul procedurii legislative”.

În aceeași ordine de idei autorul consideră că, știința legislativă (care are ca obiect de studiu facerea legii), presupune două dimensiuni: „una politică, exterioară procesului de creare a normei de drept și una tehnică, identică cu utilizarea procedeele metodologice de exprimare a „dat”-ului dreptului în raport cu exigențele exprimate pe plan politic”.

Pe o poziție asemănătoare se situează și profesorul N. Popa⁹, care – de asemenea susține că, nu trebuie confundată tehnica juridică cu legiferarea (ca tehnica legislativă), printr-o reducere a sferei tehnicii juridice doar la procesul elaborării normative.

Autorul consideră tehnica legislativă parte constitutivă a tehnicii juridice, alcătuită dintr-un complex de metode și procedee, menite să asigure o formă corespunzătoare conținutului reglementărilor juridice.

În ce privește conținutul noțiunii de tehnică juridică¹⁰, acesta este „deosebit de complex, el implică momentul receptării de către legiuitor a comandamentului social, aprecierea sa selectivă și elaborarea normei (tehnică

⁸ A se vedea I. Vida, *Manual de legistică formală* (Introducere în tehnica și procedura legislativă), ed. a II-a revizuită și completată, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 1-12

⁹ N. Popa, M.C. Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 186

¹⁰ *Ibidem*, p. 188 – „Tehnica juridică constituie ansamblul mijloacelor, al procedeele, artificilor prin care necesitățile pe care le înfățișează viața socială capătă formă juridică (se exprimă în conținutul normei de drept) și se realizează apoi în procesul conviețuirii umane”.

A se vedea și Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1996, p. 84 – „Tehnica juridică este un concept complex care desemnează anumite reguli, principii, metode, procedee, operații folosite pentru elaborarea, realizarea, aplicarea și interpretarea normelor juridice”

legislativă), dar cuprinde, de asemenea și momentul realizării (al transpunerii în viață) a normei de drept constituite de legiuitor (tehnica realizării și interpretării dreptului)".

Într-o altă viziune, M.I. Manolescu¹¹ aprecia că: „Pentru a se încerca să se împingă cu puțin mai departe decât este astăzi, cunoștința noastră despre ceea ce provizoriu s’ar putea conjectura că se numește „tehnica juridică”, trebuie să se plece neapărat dela noțiunea de *procedeu tehnic* și de *procedeu tehnic juridic* (iar nu: procedeu de tehnică juridică); și anume nu atât într-o cercetare istorică, dar mai ales *directă*, mergând la *cazuri individuale* de asemenea procedee și numai apoi izolându-se și ulterior explicându-se caracteristicile lor. Aceasta a fost ipoteza mea de lucru: să mă apropii de „tehnica juridică”, cercetând *direct* (iar nu numai istoric), mai întâi *procedeele tehnice juridice*, ca date vii, adică acea porțiune din *realitatea juridică*, în care se poate găsi „tehnica”. Am socotit, așa dar că trebuie să fac abstracție de cele două serii de *concepții*, care au constatat că s’au interpus, până acum, între *cercetătorii* „tehnicii juridice” și însuși acest *obiect* de studiu științific, și anume: cele de *metodă*".

O ultimă accepțiune – cu privire la conceptul de tehnică juridică, pe care o vom exemplifica, este cea a profesorului Dan Ciobanu¹².

În opinia sa, prin tehnică juridică (într-un sens larg), trebuie înțeles „atât procesul de elaborare a normelor juridice, cât și procesul de aplicare a lor.

Cu alte cuvinte, tehnica juridică, cuprinde procedeele tehnice folosite pentru crearea și aducerea la îndeplinire a normelor juridice.

În sens restrâns, tehnica juridică desemnează procedeele prin care normele juridice sunt elaborate, adică formele prin care politica legislativă a unui stat este exprimată în drept. În acest sens, tehnica juridică este denumită *tehnica legislativă* ...".

Pe de altă parte, „... conceptul de legiferare în sens restrâns, este redus la *procedeele* prin care legea este redactată și votată. Pe scurt, legiferarea se referă la *activități*. Tehnica legislativă este un concept mai larg. Ea cuprinde, de asemenea, *formele* prin care politica legislativă este exprimată de legiuitor, cum ar fi legile, hotărârile guvernului sau ordinele și instrucțiunile miniștrilor, ca și *metodele* de exprimare a acestei politici în formele selectate, cum ar fi normele permissive vis-à-vis de normele imperative"¹³.

În literatura de specialitate au fost formulate pe marginea acestei problematici, multiple puncte de vedere – asupra cărora nu ne vom mai opri,

¹¹ Mircea I. Manolescu, *Idei noi în problematica tehnicii juridice* (fragmente), ed. I, București, 1944 (Cap. III „Procedeele tehnice juridice”), p. 20

¹² Dan Ciobanu, *Introducere în studiul dreptului*, Ed. Hyperion XXI, București, 1992, p. 94

¹³ *Ibidem*, p. 95 – „Tehnica legislativă este compusă din trei categorii de procedee: (a) procedee privind cunoașterea politicii legislative, (b) procedee privind selectarea normelor juridice adecvate și (c) procedee privind adoptarea formală a actului respectiv”

rezumându-ne a face o scurtă trimitere bibliografică – doar la câteva dintre lucrările¹⁴ ce le-am socotit a fi de referință și fără a le mai aminti pe cele deja prezentate.

Socotim de asemenea potrivit, ca în finalul acestor considerații teoretice, în loc de concluzii, să transcedem într-un alt palier – de reflecție și profunzime – bine evidențiat de reputatul Mircea I. Manolescu¹⁵:

„Ar trebui, cu alte vorbe, să evităm deopotrivă cele două mari greșeli care pândesc mereu gândirea omenească: pe de o parte acel „gust pentru semnificații”, sau – cum au spus unii – acea „goană după sensuri”, metodă care trage concluzii disproporționat de mari din fapte puține și neînsemnate; pe de altă parte, și mai ales, acea năzuință după conținuturi improvizate pentru etichete mari care nu s’au ivit din constatarea faptelor și nici dintr’o teorie sprijinită pe fapte exact constatate”.

II. Principalele deficiențe și disfuncționalități ale cadrului legislativ existent

1. În pofida unor progrese de necontestat, practica judiciară a relevat deopotrivă multiple neajunsuri urmare adoptării unei legislații necorespunzătoare sau ineficiente (instabilitate, nesistematizare, incoerență, necorelare, imprevizibilitate)

Acest fapt s-a reflectat și se reflectă negativ atât în reglementarea relațiilor sociale în general, cât și în plan judiciar, neconducând la rezultatele dorite.

Avem în vedere o serie de *factori* care au generat această situație:

■ Într-o primă categorie se cuvine a sublinia *lipsa unei politici și strategii legislative coerente*, la baza căreia să stea *studii de oportunitate*, o fundamentare temeinică și responsabilă, care să asigure *stabilitate și previzibilitate*.

În privința oportunității, de subliniat faptul că, legi importante (reclamate în mod obiectiv de necesitățile și realitățile socio-economice) „sunt uitate”, în

¹⁴ F. Génys, *La technique législative dans la codification civile moderne*, Paris, 1904; Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, 1951; Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969; A.C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, Paris, 1930; M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1995; A. Naschitz, *Aspecte teoretice privind tehnica elaborării actelor normative*, A.U.B., Drept, 1993; A. Naschitz, *Teorie și practică în procesul de creare a dreptului*, Ed. Academiei, București, 1969; P.M. Cosmovici, *Probleme de drept economic*, Ed. Academiei, București, 1976; I. Mrejeru, *Tehnica legislativă*, Ed. Academiei, București, 1979; Sofia Popescu, *Două aspecte privind elaborarea dreptului: fundamentarea științifică și codificarea*, în vol. Ad honorem Prof. univ. dr. Ion M. Anghel, *Dreptul mai presus de toate*, Ed. Junimea, Iași, 2008; Sorin Popescu, V. Tândăreanu, *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, Ed. Lumina Lex, București, 2003; Luc J. Wintgens, *Jurisprudența, studiu pentru o nouă teorie a legislației*, în Rev. Studii de Drept Românesc nr. 3-4, Ed. Academiei, 2006.

¹⁵ Mircea I. Manolescu, *Idei noi în problematica tehnicii juridice* (fragmente), ed. I, București, 1944 (cap. III „Procedeele tehnice juridice”), p. 19

timp ce altele de mai mică importanță sau varii interese sunt adoptate nejustificat în regim de urgență, fără expuneri de motive și fără a fi dezbătute. Această grabă și lipsă de transparență, din păcate a devenit aproape regulă, nemaiconstituind excepție – fapt care s-a reflectat în calitatea defectuoasă a reglementărilor și efecte nefaste la nivelul întregii societăți, fiind în disonanță cu principiile statului de drept.

Sub pretextul „necesității”, „urgenței”, „măsurilor de reformă”, „cerințelor Comunității europene, factorul politic a abuzat din ce în ce mai mult de asemenea practici în mod excesiv, fie prin ordonanțe de urgență – „la pachet”, ori asumarea răspunderii.

Trebuie subliniat și faptul că, această stare de fapt a condus la transformarea Parlamentului într-o „instanță de control”.

- Lipsa unor *studii de impact* corespunzătoare, privind efectele reglementărilor, premergător adoptării, a condus de multe ori ca la scurt timp acestea să fie modificate, completate ori abrogate, alteleori neputând fi aplicabile – fie din lipsa resurselor materiale, logistice ori de personal.

- Pe de altă parte, deși multe texte de lege – care prin natura lor impuneau ca, în cuprinsul acestora să se regăsească și sancționarea în caz de nerespectare, de multe ori acest lucru nu se întâmplă. Alteori aceste sancțiuni dacă există, nu sunt respectate – adică ignorate din motive mai mult sau mai puțin obiective, însă pentru care nimeni nu este tras la răspundere.

- Un alt aspect nefast: la scurt timp după adoptarea unui text de lege, intrarea în vigoare a acestuia se face de cele mai multe ori cu modificări, completări, abrogări și prin nelipsite metodele metodologiei, norme, regulamente, ordine și instrucțiuni de aplicare, care în final, devin contradictorii, ori care nu mai au nimic în comun cu textul inițial. Nu de puține ori, aceste „acte adiționale” sunt elaborate și adoptate cu întârziere ori parțial – adică prin nerespectarea termenelor prevăzute.

2. O a doua categorie de cauze și factori care au condus la adoptarea unei legislații necorespunzătoare, se datorează nerespectării normelor de *tehnică legislativă*. Se constată frecvent utilizarea unei terminologii nespecifice domeniului juridic, unor *formulări imprecise, confuze*, alteleori în dezacord inclusiv cu limba română.

Lipsa unei strategii și sistematizări corespunzătoare a actelor normative, de asemenea au generat multiple *neconcordanțe, necorelări, ambiguități și suprapuneri*.

Toate aceste carențe și practici deficitare în cadrul procesului de elaborare a textelor, au condus în esență la o instabilitate și imprevizibilitate a cadrului legislativ în ansamblu – și nu în ultimul rând, acest lucru s-a reflectat într-o *practică judiciară neunitară*.

III. Câteva propuneri de natură a conduce la eficientizarea sistemului legislativ

→ Elaborarea și implementarea unei strategii legislative adecvate și obligativitatea – sub sancțiunea respectării tehnicilor legislative și de elaborare a actelor normative;

→ Modificarea legii de organizare și funcționare a Consiliului Legislativ, căruia să i se confere competențe și prerogative decizionale în elaborarea și trimiterea textelor de lege spre adoptare, în sensul de a deveni un „filtru” real și de nu a mai avea doar un rol consultativ;

→ Înlăturarea algoritmului politic și numirea unor persoane în instituțiile fundamentale ale statului de drept exclusiv prin criterii de selecție, numire și promovare bazate numai pe competență profesională, pregătire și experiență în domeniu;

→ Elaborarea unei legislații eficiente care să îngrădească factorului politic orice încercare de a instrumenta dreptul – fie prin imixtiuni de orice fel ori crearea de instituții paralele care exced aparatului judiciar în scopul folosirii acestora ca „instrumente politice”;

→ Obligatorietatea efectuării studiilor de impact (atât sub aspectul eficienței dar și al efectelor) înainte de adoptarea textelor legislative;

→ Eliminarea adoptării tacite cu prilejul preconizatei revizuirii a Constituției.

Bibliografie:

1. M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, București, 1930
2. Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1996
3. V.D. Zlătescu, *Introducere în legistica formală*, Ed. Rompit, București, 1995
4. N. Popa, M.C. Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, Ediția a II-a, Ed. All Beck, București, 2005
5. Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1996
6. Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2004
7. I. Vida, *Manual de legistică formală* (introducere în tehnica și procedura legislativă), Ediția II-a revizuită și completată, Ed. Lumina Lex, București, 2004
8. Mircea I. Manolescu, *Idei noi în problematica tehnicii juridice* (fragmente), Ediția I-a, București, 1944 (Cap. III „Procedeele tehnice juridice”)
9. Dan Ciobanu, *Introducere în studiul dreptului*, Ed. Hyperion XXI, București, 1992

10. Sofia Popescu, „*Probleme ale existenței contemporane ale statului de drept. Pericole care îl amenință. Concretizări și aprofundări*” în Statul de drept în dezbaterile contemporane, Ed. Academiei Române, București, 1998

11. F. Génys, *La technique législative dans la codification civile moderne*, Paris, 1904

12. Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, 1951

13. Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969

14. A.C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, Paris, 1930

15. M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1995

16. A. Naschitz, *Aspecte teoretice privind tehnica elaborării actelor normative*, A.U.B., Drept, 1993

17. A. Naschitz, *Teorie și practică în procesul de creare a dreptului*, Ed. Academiei, București, 1969

18. P.M. Cosmovici, *Probleme de drept economic*, Ed. Academiei, București, 1976

19. Sofia Popescu, *Două aspecte privind elaborarea dreptului: fundamentarea științifică și codificarea*, în vol. Ad honorem Prof. univ. dr. Ion M. Anghel, *Dreptul mai presus de toate*, Ed. Junimea, Iași, 2008

20. Luc J. Wintgens, *Jurisprudența, studiu pentru o nouă teorie a legislației*, în Rev. Studii de Drept Românesc nr. 3-4, Ed. Academiei, 2006

INSTRUMENT COMPARATIV ȘI STRATEGIC DE ACȚIUNE – GENERATOR DE PROPUNERI DE LEGE FERENDA

Speranța-Liliana NEAGU*

*"In many countries, individual mobility remains a focus of political regulation and national industrial policy. The shift in society requires new mobility solutions."
(din strategia Grupului BMW¹)*

Abstract:

Very often willing to develop quickly certain domains or to fit/appropriate the EU Laws, for instance, the economic diplomacy officials negotiate consulting only with some of the interested actors, and therefore, rarely sensitive situations do occur, and assuming the normative acts resulting in the process might be partial. As the Maltese psychologist Edward de Bono writes in his Lateral Thinking, each process of adopting a normative act should be seen through different analysis prisms, and novices may and can easily use de Bono's six thinking hats method. Lateral Thinking brainstorming should be also made use of in laws and also related to certain result indices. I mean the connections of the national, the regional and the international levels of the laws in a EU country, as well as the unwritten laws. Table data could be viewed by an Arcmap² which enables the viewers to see sensitive aspects or barriers, and make lists of law proposals to unblock the socio-economic, administration, political diplomatic, military, cultural. Data sources can also be supplied by the administration, the army and the culture circles. And it can be supplied by both the Romanian and the foreign citizens when it occurs in situations or paradigms which require already enacted or applicable regulations or law adjustments.

*There is no standard network to get an intergovernmental approval, but it is possible to draw a puzzle map which can transform linear data combined with the social, the economic, the military and the cultural plans – and intersections of civilisation elements. The approvals by experts only, particularly for the sensitive aspects with a major impact might represent a **lex ferenda** proposition generator in order to eliminate many of the current barriers.*

Cuvinte-cheie: *bariere juridice, caracter transfrontalier al implicației normei juridice, marcaje civilizaționale, gândirea laterală³, indicatori de rezultat,*

* Consilier pentru afaceri europene.

¹ <http://www.bmw.ro/ro/ro/>

² <http://en.wikipedia.org/wiki/ArcMap>

³ http://www.debonogroup.com/lateral_thinking.php

migrație economică, măsuri prioritare de construcție administrativă, monitorizare, plan de acțiune juridică, strategie.

I. Introducere

Este notoriu deja faptul că cetățenii "reclamă" existența unui cadru legislativ *amplu și complex*, fie el la nivel național sau internațional. Uneori, este posibilă, astfel, asumarea *parțială* sau transpunerea incorectă a legislației internaționale/UE, de exemplu, sub forma normelor interne, cu repercusiuni pentru „autoritățile potențial responsabile ale unui stat membru în situația constatării neîndeplinirii obligațiilor de către Curtea de Justiție”⁴.

II. Conceptul de date tabelare transpuse în Arcmap – aplicație pentru acte normative și acorduri internaționale

"Saturația" legislativă se caracterizează printr-o încărcare, o lipsă de lizibilitate a regulilor de aplicat și o slabă eficacitate în atingerea obiectivelor urmărite – „ (...) Dintre **sectoarele societății, cel economic** e printre cele mai afectate de o asemenea situație legislativă,, a se vedea *Declarația de la Birmingham din 1992*, în care se exprima dorința Consiliului European ca „legislația comunitară să devină mai simplă și mai clară” și „Ghidul practic comun” (16 martie 2000), pentru formularea actelor „în mod inteligibil și coerent, și urmând principii uniforme de prezentare și de legistică” – „reglementarea inteligentă”⁵ („smart regulation”).

Obiectivul unei reglementări inteligente nu poate fi atins decât cu acțiuni comune ale statelor, actorilor economici și a societății civile și trebuie considerat ca fiind o prioritate atât în faza preparatorie, cât și în cursul procesului legislativ propriu-zis.

De multe ori, în dorința de a dezvolta rapid anumite domenii sau de a *apropria* legislația UE, de exemplu, reprezentanții **diplomației economice** negociază consultându-se doar cu o parte a factorilor interesați (părți în procesul de adoptare de acte normative), și, pe cale de consecință, apar, nu de puține ori, situații sensibile când asumarea actelor normative rezultate din acest proces ar putea fi parțială. Este posibil, de asemenea, ca în procesul de

⁴ Mihai Sandru, "Autoritățile potențial responsabile ale unui stat membru în situația constatării neîndeplinirii obligațiilor de către Curtea de Justiție" – Articol prezentat la Conferința anuală (ed. a III-a) „Administrația publică în situații de criză” (24 oct. 2014), organizată la Centrul Internațional de Conferințe SNSPA de Școala Națională de Studii Politice și Administrative prin Centrul de Drept Public și Științe Administrative în parteneriat cu Societatea Academică de Științe Administrative și Institutul de Drept Public și Științe Administrative din România.

⁵ Comisia Europeană a inițiat „Programul pentru o reglementare inteligentă și performantă (REFIT”, lansat în dec. 2012). La 2 oct. 2013 Comisia Europeană a publicat Comunicarea „Program pentru o reglementare inteligentă și performantă (REFIT): rezultate și viitoare etape”, iar Parlamentul European a adoptat, la 4 feb. 2014, Rezoluția privind adecvarea reglementărilor UE, la subsidiaritate și proporționalitate. http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/index_ro.htm

implementare a unor acorduri sau acte juridice internaționale să se constate, ulterior, că nu există surse de finanțare și că măsurile și acțiunile să nu fie proiectate integrat și sintetic, totodată. În acest ultim caz, ceea ce inițial a fost stabilit cu scopul dezvoltării unei anumite ramuri, industriei etc. să nu poată fi aplicat în realitate.

Așa cum a teoretizat psihologul maltez în viață Edward de Bono⁶ – în *gândirea laterală* – fiecare proces de adoptare a unui act normativ ar trebui trecut prin prisme diferite de analiză – culorile de reprezentare ale metodei lui de Bono sunt sau pot fi chiar la îndemna novicilor.

Mănunchiul de brainstorming-uri – dacă e să aplicăm teoria gândirii laterale – ar trebui aplicat în cazul legislației, în opinia mea, atât în plan orizontal, cât și vertical, dar și în legătură cu anumiți *indicatori de rezultat*. Am în vedere conexiunile planurilor naționale cu cele regionale și internaționale ale legislației unui stat precum și cu *legile nescrise* (drept cutumiar dacă este cazul sau, uneori, reguli simple de conviețuire ale unor anumitor comunități ori situația contactului vremelnic cu acestea).

Prin aplicarea principiilor drepturilor omului, ale drepturilor fundamentale ale persoanelor, a principiului loialității⁷ (atunci când ne raportăm la UE), precum și a metodelor de atingere a interesului din care să rezulte întotdeauna un câștig *win-win* pentru toate părțile implicate într-un anumit proces de *dezvoltare durabilă* putem asigura un cadru propice dezvoltării economiei, a comerțului sau a culturii, cu eliminarea birocrăției, a altor bariere netarifare, juridice sau a altor obstacole. Există și excepții – pot fi situații în care ar fi posibile anumite interconexiuni – poduri de dezvoltare fără a fi posibil să fie aplicate toate șabloanele cu care suntem obișnuiți. În aceste cazuri, este posibil să existe zone tampon, comune, unde anumite marcaje civilizaționale să fie de delimitat, tocmai pentru a nu perturba dezvoltarea durabilă a anumitor relații interpersonale cu impact social major sau a unor relații interstatale cu impact considerabil social, militar ori de altă natură.

⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Edward_de_Bono

⁷ Statele se abțin să ia vreo măsură susceptibilă de a pune în pericol realizarea obiectivelor din TUE (principiul atribuirii de competențe – art. 4 și 5 TUE). Tratatul de la Lisabona (TL), semnat la 13 dec. 2007, a intrat în vigoare la 1 dec. 2009. România a ratificat TL prin Legea nr. 13/2008 pentru ratificarea Tratatului de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană – TUE (M. Of. nr. 107 din 12 februarie 2008) și a Tratatului de instituire a Comunității Europene (Tratatul instituind Comunitatea Europeană (TCE), care va deveni Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene – TFUE). Prevederile TUE reglementează în mod explicit valorile și obiectivele Uniunii; principiul conferirii de competențe și competențele Uniunii; principiile subsidiarității și proporționalității; rolul Cartei drepturilor fundamentale; politica de vecinătate a UE; cetățenia europeană; rolul parlamentelor naționale; instituțiile Uniunii, Politica externă și de securitate comună, procedurile de revizuire a tratatelor – pe baza studiului Camerei Lorzilor din Parlamentul Marii Britanii – The Treaty of Lisbon: an impact assessment, <http://www.parliament.thestationery-office.co.uk/pa/ld200708/ldselect/ldecom/62/62.pdf>

Prin monitorizarea *migrației economice* (de ex.) putem vizualiza anumite măsuri prioritare de construcție administrativă, într-un *plan de acțiune juridică*, cu o *strategie* integrată, luând în calcul *caracterul transfrontalier al implicației normei juridice*, coroborat cu anumite *marcaje civilizatoare*, având ca țintă atingerea unor *indicatori de rezultat*, precum calitatea vieții.

În procesul de încheiere a unor acorduri bi- sau trilaterale sau a unor înțelegeri în cadrul unor *piețe comune* există uneori semnale că apar oportunități de dezvoltare ori, în acest sens, o analiză de tip SWOT⁸ coroborată cu una bazată pe culorile pălărilor lui de Bono ar conduce la structuri adaptabile noilor paradigme. Culorile din teoria acestui psiholog sunt *albul* – pentru fapte obiective și cifre – partea de informare, de documentare, *roșul* – pentru identificarea aspectelor legate de planul emoțional (ar putea fi în cazul actelor normative impactul social, de mediu sau nevoile de atins); *negrul* – evidențiază punctele slabe – care sunt posibilele piedici în aplicare; *galbenul* – ne indică beneficiile; *verdele* ne conduce către idei noi iar *albastrul* – este corolarul celorlalte, organizatorul aspectelor deja analizate.

III. Caz aplicat – biomasa și schimbările climatice

Biomasa din agricultură și industria alimentară reprezintă o sursă pentru obținerea de **Energie**, pe linia reducerii consumului de combustibili fosili. **Ro** dispune de un potențial agricol important pentru cultura materiilor prime necesare fabricării biocarburanților și biolichidelor – o oportunitate îndeosebi pentru *dezvoltarea rurală*. Din producția internă este asigurată cantitatea de biomasă care este recomandată în actele și strategiile Uniunii Europene pentru atingerea țintelor de țară. Promovarea tehnologiilor de producere și utilizare a energiei rezultate din valorificarea biomasei reprezintă un câmp de dezvoltare dacă sunt luate în considerare atât exploatațiile agricole mari, cât și fermele de mărime medie, precum și *gospodăriile familiale*.

Principiul echității în acordarea subsidiilor (internaționale), tehnologizarea și o bună aplicare a politicilor de protecție a mediului pot permite realizarea reciclării unor produse secundare precum deșeurile din zootehnie și reziduurile vegetale sau a celor provenite din industria alimentară.

Zonele rurale sunt cele mai expuse la schimbările climatice, în special acele zone unde activitatea agricolă constituie baza vieții de zi cu zi. **Fenologia**⁹ și **Pedologia**¹⁰ – aplicate – coroborate cu datele privind producția agricolă ar putea fi cheia de "identificare" a unor arii de dezvoltare a biomasei cu punerea în mișcare a unor mecanisme financiare și non-financiare.

⁸ http://ro.wikipedia.org/wiki/Analiza_SWOT

⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Phenology>

¹⁰ http://ro.wikipedia.org/wiki/Pedologie_%28studiul_solurilor%29

Investițiile europene pentru interconectarea energetică prin INOVARE și RENAȘTERE economică conduc către realizarea unei *piețe unice europene a energiei*. Aplicată teoria mai sus amintită în abordarea juridico-diplomatică a efectelor schimbărilor climatice, din punctul de vedere al subsidiilor acordate la nivel internațional, se observă punerea accentului, uneori, evident, pe conservarea habitatelor animalelor și păsărilor. Dacă este să analizăm repartitia subsidiilor acordate pentru eficiența energetică vom constata că, de exemplu, mai sunt de înregistrat progrese.

În anumite state care dezvoltă și *nișele populare* – măsurile de adaptare la schimbările climatice sunt văzute pe paliere și nici una dintre categoriile sociale nu este exclusă de la acest tip de sprijin (există forme de sprijin iar pentru promovarea achiziționării de cazane de ardere de peleți pentru locuințe simple cu capacitate mică de combustie). Urbanul oferă cadrul de dezvoltare maxim, în opinia cercetătorilor și a celor care întreprind studii de piață, însă lemnul este ars pentru încălzirea locuințelor din zonele rurale, cu preponderență. Un studiu care să aibă în vedere indici de rezultat, coroborați cu urmărirea unor indicatori – calitatea vieții, nivelul PIB/loc, educația, migrația etc. ar genera un cu totul alt tip de concluzii la nivel guvernamental. Un rol deosebit de important este acordat în unele țări consultării populației cu privire la politicile viitoare și abordările din anumite domenii/subdomenii precum energia (regenerabilă) – Germania sau India. Ca surse de documentare am utilizat date din site-ul **BIOMASS Energy Centre**¹¹ și ale Ministerului indian al energiei regenerabile¹².

Amendarea actelor juridice prin înlocuirea articolelor caduce sau adoptarea unor acte noi, revigorante, ar putea fi însoțită, prospectiv, de un **plan de acțiune operativ**/și de calendar – cu combinarea unor etape de aplicare, pentru conștientizarea etapelor viitoare din partea viitorilor/aplicanți/beneficiari direcți sau indirecti ai acestor noi reglementări etc. *Consultarea* ar putea avea dublu câștig *de fond și de formă*, dar și un câștig în timp prin sedimentarea conștientizării timpurii și prin înțelegerea sau preconizarea unor *măsuri/acțiuni* de tip *guvernamental* ori din *spațiul public* ori *public-privat*.

¹¹ Centrul de energie – **Biomasa** este centrul de informații guvernamentale din Marea Britanie pentru utilizarea biomasei. Lista Furnizorilor de Biomasă (LS) a fost lansat 30 aprilie 2014 – a se vedea datele anexei nr. 2

http://www.biomassenergycentre.org.uk/portal/page?_pageid=77,15133&_dad=portal&_schema=portal

<http://cjcil.org.uk/>

http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=1688002

enquiries@law.cam.ac.uk

¹² <http://www.mnre.gov.in/schemes/grid-connected/biomass-powercogen/>

<http://mnre.gov.in/mission-and-vision-2/achievements/>

http://mnre.gov.in/file-manager/UserFiles/case_study_vesp.htm

<http://mnre.gov.in/schemes/human-resource-development/>

Datele tabelare¹³, utilizând metodele Pert¹⁴, ar putea fi trecute printr-un program IT gen *Arcmap* și, astfel vizualizate aspectele delicate sau barierele, pot fi elaborate liste de propuneri de lege care să deblocheze anumite îngustări ale fluxului comun de acțiuni economice, sociale, administrative, politico-diplomatice, militare, culturale sau de altă natură. Sursa datelor de analizat ar putea fi, de asemenea, de sorginte – administrativă, militară, culturală, ori informații furnizate de către cetățeni din țară sau expați, de cetățeni români sau străini, pe măsură ce apar situații sau paradigme care ar necesita reglementări noi sau adaptări ale legislației deja aplicate/aplicabile.

Strategia de dezvoltare durabilă^{15, 16} combinată cu *strategia privind adaptarea la schimbările climatice*¹⁷ trebuie să aibă în vedere planul global, național, regional, local, interguvernamental, dar și public-privat, componenta de sprijin statal al sectorului privat.

Ar putea apărea în analiză situații de urgență combinate – mai multe planuri sensibile sau în oglindă mai multe zone/nivele unde există oportunități de dezvoltare. Nu chiar ca în gestionarea situațiilor de urgență, dar în sensul în care putem combina planurile/datele, putem avea propuneri de acte normative – pentru eliminarea barierelor – cu rezultate durabile.

Planurile tabelare (ca în *anexa nr. 1*) pot fi transpuse în *Arcmap* sub forma de puzzle cu rastere suprapuse și cu nuanțe de culori. De exemplu, ar putea exista o legendă cu planul economic – maro de la culoarea deschisă la nuanța închisă, în funcție de cât de mare este impactul sau urgența pe zona/aria respectivă. Straturile de culori ar putea reprezenta planurile de analizat de la *a* la *z*, cu indicarea posibilelor piedici și soluții combinate.

Gândirea critică modernă conceptualizată în America are ca etape – *recunoașterea ipotezelor, evaluarea argumentelor, elaborarea concluziilor* – și poate fi aplicată ca un corolar peste anumite domenii unde putem veni cu un plan care să fie cel diplomatic (ori și mai mult, diplomația economică), juridic, comercial sau orice altă combinație care să conducă la un rezultat **win-win** pentru toți factorii interesați.

¹³ Tabelele pot fi modificate utilizând metodele Pert cu Pert (separat pentru global și sectorial) sau Pert cu de Bono (timp și prioritizare pe culori) sau de Bono cu de Bono (global cu sectorial) încrucișat. http://en.wikipedia.org/wiki/Edward_de_Bono

¹⁴ <http://searchsoftwarequality.techtarget.com/definition/PERT-chart>

¹⁵ <http://www.insse.ro/cms/files/IDDT%202012/StategiaDD.pdf>

¹⁶ <http://www.insse.ro/cms/files/IDDT%202012/StategiaDD.pdf> – *Dezvoltarea durabilă* a fost definită într-un raport ONU din 1987 Unite ca „dezvoltarea care satisface nevoile prezentului fără a compromite posibilitatea generațiilor viitoare de a-și satisface propriile nevoi”. Consiliul European de la Göteborg din 15-16 iun.2001) a aprobat o strategie a UE pentru dezvoltare durabilă. (Nicholas Moussi, Access to European Union law, economics, policies, Rixensart, 2011).

¹⁷ Strategia Națională a României privind Schimbările Climatice 2013 – 2020 http://www.mmediu.ro/beta/wp-content/uploads/2012/10/2012-10-05-Strategia_NR-SC.pdf

Barierile și, în oglindă, rezolvările pot fi evidențiate sub forma unor simboluri de pod (interinstituțional) cu diferite culori corespondente planurilor prinse în lanțul de colaborare¹⁸ sau cu diferite culori în cazul în care colaborarea este multisectorială și integrată, totodată. Un exemplu ar fi comparația între acordurile României cu Grecia și cu Germania, precum și cel al Germaniei cu Grecia – iar ca soluție, *o trilaterală economică*.

IV. Concluzii

Nu există o rețetă standard de obținere a unui aviz interguvernamental dar este posibilă elaborarea unei hărți tip puzzle care să transforme date liniare, orizontale, coroborate cu planurile social, economic, militar, cultural – cu intersectarea elementelor civilizaționale.

Avize obligatorii sau **consultative** primite doar de la experți în domeniu, mai ales în ceea ce privește aspectele sensibile cu impact major, ar putea reprezenta un **generator de propuneri de lege ferenda** sau chiar de normă fără valoare juridică obligatorie care să elimine multe dintre barierele din prezent atunci când acționăm în sensul planurilor de acțiune¹⁹ prestabilite și nu numai.

Bibliografie

A. Cărți

- Edward De Bono, *SIX THINKING HATS*, Traducător: Adriana Ciorbaru, Ed. Curtea veche, 2008

- Mihai Sandru, „Autoritățile potențial responsabile ale unui stat membru în situația constatării neîndeplinirii obligațiilor de către Curtea de Justiție” – Articol prezentat la Conferința anuală (a III-a ediție) „Administrația publică în situații de criză” (24 oct. 2014), organizată la Centrul Internațional de Conferințe

- Nicholas Moussi, "Access to European Union law, economics, policies" Rixensart, 2011

- studiul Camerei Lorzilor din Parlamentul Marii Britanii – „The Treaty of Lisbon: an impact assessment” (<http://www.parliament.thestationery-office.co.uk/pa/ld200708/ldselect/ldcom/62/62.pdf>)

B. Link-uri

→ <http://www.bmw.ro/ro/ro/>

→ <http://en.wikipedia.org/wiki/ArcMap>

→ http://www.debonogroup.com/lateral_thinking.php

→ http://en.wikipedia.org/wiki/Edward_de_Bono¹ <http://en.wikipedia.org>

¹⁸ Cooperare rapidă/întărită (task force)/Rapid task force cooperation).

¹⁹ Acțiuni – stagii, grupuri de lucru.

- <http://www.curteaveche.ro/cursul-de-gandire-al-lui-edward-de-bono-instrumente-eficiente-pentru-a-va-transforma-modul-de-gandire.html>
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Phenology>
- http://ro.wikipedia.org/wiki/Pedologie_%28studiul_solurilor%29
- <http://www.mnre.gov.in/schemes/grid-connected/biomass-powercogen/>
- <http://mnre.gov.in/mission-and-vision-2/achievements/>
- <http://video.arcgis.com/watch/1133/arcgis-for-emergency-management>
- <http://www.thinkwatson.com/think-red>
- <http://www.thinkwatson.com/think-red/red-critical-thinking-model>
- <http://www.wolterskluwer.ro/info/articole/smart-regulation.-simplificarea-legislatiei-si-a-actiunii-administrative/>
- http://www.bmwgroup.com/e/0_0_www_bmwgroup_com/unternehmen/unternehmensprofil/strategie/strategie.html
- http://www.biomassenergycentre.org.uk/portal/page?_pageid=77,15133&_dad=portal&_schema=portal
- <http://cjicl.org.uk/>
- http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=1688002
- enquiries@law.cam.ac.uk
- <http://www.mnre.gov.in/schemes/grid-connected/biomass-powercogen/>
- <http://mnre.gov.in/mission-and-vision-2/achievements/>
- http://mnre.gov.in/file-manager/UserFiles/case_study_vesp.htm
- <http://mnre.gov.in/schemes/human-resource-development/>
- <http://searchsoftwarequality.techtarget.com/definition/PERT-chart>
- <http://www.insse.ro/cms/files/IDDT%202012/StategiaDD.pdf>
- <http://www.insse.ro/cms/files/IDDT%202012/StategiaDD.pdf>
- http://www.mmediu.ro/beta/wp-content/uploads/2012/10/2012-10-05-Strategia_NR-SC.pdf
- http://mmediu.ro/new/?page_id=3026
- http://www.unece.org/env/lrtap/multi_h1.html
- <http://www.unece.org/environmental-policy/treaties/air-pollution/guidance-documents-and-other-methodological-materials/gothenburg-protocol.html>
- http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/index_ro.htm

Anexa nr. 1**Draft de tabel cu date culese și verificate privind domeniilor prioritare**

Nr. crt.	a. Legislație națională b. Cutume naționale, regionale, locale	a. Legislație a UE b. Soft law	a. Legislație internațională b. Drept cutumiar	a. Propuneri de lege ferenda b. Propuneri de construcție administrativă/ parteneriate public-privat/sprijin logistic sau de altă natură din partea organelor statale ori redirecționarea eforturilor ONG-urilor
Nr. crt.				
Nr. crt.				
Nr. crt.				
Nr. crt.				
Nr. crt.				
Concluzii Prioritizări Propuneri de măsuri și acțiuni				

Legendăverde – **energia**roșu – **economia** (incluzând și agricultura)maro – **planul social**

galben – **cultura, educație**

mov – **armata**

albastru – **resursele naturale**

Anexa nr. 2

	Schema	Observații	disponibil			
			Mediul de afaceri	Non profit	Sec-torul public	Per-soane fizice
Scheme de sprijin pentru lanțurile de producție și furnizare de combustibil²⁰	Pro-gramul privind Dezvol-tarea Rurală	Programul privind DR are alocată o sumă importantă de finanțare europeană pentru dezvoltarea zonelor rurale. Finanțarea este disponibilă pentru o gamă largă de activități, inclusiv dezvoltarea și diversificarea afacerilor terestre și instalarea de caza e pentru biomasă.	Da	Da		
	Schema de plăți directe	Plățile către fermieri sunt acordate mai mult în funcție de mărimea fermei decât raportat la uprafețele de culturi specifice.	Da	Da	Da	

Sursa – website-ul BIOMASS Energy Centre (UK)

²⁰ Biocombustibil.

SMART REGULATION ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ ȘI SIMPLIFICAREA SISTEMULUI JURIDIC ÎN ROMÂNIA – ASPECTE SELECTIVE

Nicolae PAVEL*

Abstract:

The introductory part of the study explains the scientific approach regarding the smart regulation in the European Union and simplification of the legal system in Romania – selective aspects. The subject of the scientific endeavor will be circumscribed to the scientific analysis of its two major parts, as follows: II) Smart regulation in the European Union – selective aspects. III) Simplification of the legal system in Romania – selective aspects. The last part of the study, IV), entitled Conclusions, comprises the summary of the study results.

Keywords: *Smart regulation, European Union, simplification, legal system in Romania, selective aspects*

I. INTRODUCERE

1.1. În partea introductivă a studiului, după opinia noastră, se impune să facem unele precizări terminologice în materie, pentru că din bibliografia studiată rezultă tratarea aceleiași problematici din abordări diferite.

1.2. Pentru studiul de față reținem următoarea precizare terminologică, la nivelul UE (Uniunii Europene), în materia obiectului de studiu al demersului științific: *Smart regulation – reglementare inteligentă*¹: Pentru a se asigura că activitatea UE este eficientă, Comisia evaluează impactul politicilor, legislației, acordurilor comerciale și alte măsuri în fiecare etapă – de la planificare la implementare și revizuire. 1. *Înainte ca UE să adopte măsuri:* a) *Comisia publică foi de parcurs* care descriu inițiativele planificate; b) *Evaluările de impact ale Comisiei*, prin care examinează eventualele consecințe economice, sociale și de mediu. 2. După această activitate a UE: a) *ca urmare a implementării*, inițiativele sunt evaluate pentru a verifica performanța acestora. b). *Adoptarea unei noi soluții* (Reglementare competentă și Programul de performanță) identifică oportunitățile de reducere a sarcinilor de reglementare și să *simplifice legislația în vigoare*). 3. Consultări publice: La diferite etape ale procesului, de afaceri,

* Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret”, București; Cercetător științific asociat – Institutul de Cercetări „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e_mail: nicolaepavel0@yahoo.com.

¹ http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_en.htm. (Traducere autor).

persoane private și organizații, pot exprima punctele de vedere prin consultări publice.

Din cele prezentate mai sus, rezultă că, cadrul „*reglementării inteligente*”, este cuprinsă și „*simplificarea legislației*”.

1.3. Tot pentru studiul de față reținem următoarea precizare terminologică, la nivelul UE (Uniunii Europene), în materia obiectului de studiu al demersului științific: „transparency – historical overview (transparența – prezentare istorică) (1992-2010)”².

După opinia noastră, „*transparența*” este o altă componentă, a „*reglementării inteligente*”.

1.4. În sistemul constituțional și juridic român, după opinia noastră, a fost adoptată, varianta „*simplificarea dreptului*” sau „*simplificarea sistemului juridic*” așa cum vom prezenta mai jos.

1.5. Obiectul de studiu al demersului științific va fi *circumscribit analizei științifice a celor două mari părți ale acestuia respectiv: II) „Smart regulation” în Uniunea Europeană – Aspecte selective. III). Simplificarea sistemului juridic în România – Aspecte selective.*

1.6. Pentru acoperirea integrală, dar nu exhaustivă a sferei privind „Smart regulation” în Uniunea Europeană – aspecte selective și Simplificarea sistemului juridic în România – aspecte selective, au fost folosite succesiv, documentarea Comisiei Europene în materie, doctrina românească și parțial străină în domeniul de studiu abordat.

1.7. Chiar dacă teoretizarea conceptelor, menționate mai sus se întoarce în timp la „Declarația de la Birmingham” din 16 octombrie 1992, interesul teoretic pentru reluarea ei este determinat de faptul că în literatura de specialitate deja existentă nu totdeauna s-a acordat atenție suficientă unor aspecte teoretice ale domeniului de studiu în discuție.

II. SMART REGULATION ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ – ASPECTE SELECTIVE.

2.1. În partea de debut a acestui paragraf ne propunem să abordăm funcțiile și competențele Comisiei Europene, astfel cum sunt ele stabilite de art. 17 TUE (Tratatul Uniunii Europene). În cuprinsul art. 17 TUE, sunt

² <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/web-en.pdf>

identificate următoarele 6 atribuții, pe care le consideră esențiale³: 1. Comisia este abilitată să „*promoveze interesul general al Uniunii*” prin intermediul inițiativelor. Pentru a îndeplini această funcție – politică –, Comisia este înzestrată cu dreptul aproape exclusiv, de a înainta în mod oficial propuneri legislative. 2. Cea de a doua funcție a Comisiei este aceea de a „*asigura aplicarea*” tratatelor. *Această funcție cuprinde o serie de competențe de natură legislativă și executivă.* Comisia poate fi abilitată să pună în aplicare tratatele prin adoptarea legislației secundare. Această legislație poate fi adoptată în mod direct în baza tratatelor ori în cadrul competențelor delegate Comisiei. 3. Cea de a treia funcție a Comisiei este aceea de a acționa în calitate de gardian al Uniunii. Prin urmare, ea „*supraveghează aplicarea dreptului Uniunii*”. Ultimele trei funcții menționate la art.17 TUE sunt mai puțin centrale pentru Comisie. Acestea pot fi caracterizate ca funcții bugetare, de coordonare și de reprezentare.

Valorificând cele prezentate mai sus rezultă, indubitabil rolul Comisiei, de executiv al Uniunii Europene, care are dreptul aproape exclusiv, de a înainta în mod oficial propuneri legislative.

2.2. O funcție a Comisiei, pe care o considerăm suficient de importantă este implicarea acestei în „*inițiativa cetățenească europeană*” (ICE). Astfel, „cetățenii Uniunii Europene pot cere Comisiei să propună un act legislativ, într-un domeniu care îi interesează, prin intermediul ICE. Pentru a face dovada sprijinului de care se bucură, inițiativa trebuie să fie semnată de un milion de cetățeni europeni, provenind din cel puțin un sfert din numărul statelor membre (7 din 28)”⁴.

2.3. Referitor la Tratatul Uniunii în materia de reglementare a paragrafului reținem următoarele aspecte⁵: 1. *Uniunea Europeană se bazează pe norme de drept.* Aceasta înseamnă că orice măsură luată de UE derivă din tratatele care au fost aprobate în mod voluntar și democratic de toate țările membre. De exemplu, *dacă un anumit domeniu politic nu figurează într-un tratat, Comisia nu poate propune un act legislativ în domeniul respectiv.* 2. *Tratatul este un acord cu forță juridică obligatorie între statele membre ale UE.* El stabilește obiectivele UE, regulile de funcționare a instituțiilor europene, procedura de luare a deciziilor și relațiile existente între Uniune și statele membre. 3. *Tratatul este modificat pentru a permite creșterea eficienței și transparenței UE, pentru a pregăti extinderile viitoare și pentru a introduce noi domenii de cooperare – cum ar fi moneda unică.* 4. În baza tratatelor, *instituțiile UE au posibilitatea de a adopta acte legislative, pe care statele membre le aplică ulterior.*

³ Robert Schütze, *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, București, 2011, p. 122-123

⁴ ec.europa.eu/smart-regulation/index_ro.htm

⁵ http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_ro.htm

2.4. În doctrina de specialitate, tematica paragrafului este abordată sub formularea „*Simplificarea dreptului ca program strategic al Uniunii Europene*”⁶, din cuprinsul căruia reținem următoarele aspecte pe care le considerăm esențiale: 1. Problema simplificării dreptului UE s-a pus pentru prima dată în mod oficial prin Declarația de la Birmingham din 1992, în care se exprima dorința Consiliului European ca „*legislația comunitară să devină mai simplă și mai clară*”. 2. Acestui obiectiv avea să i se consacre de către Consiliul European de la Edimbourg din 11-12 decembrie 1992 o rezoluție care a fost adoptată la 8 iunie 1993 *relativă la calitatea redacțională a legislației comunitare*, în termenii căreia au fost stabilite „*linii directoare care să fixeze criteriile de apreciere*” a acestei calități, scopul urmărit fiind acela „*de a face legislația comunitară atât de clară, simplă, concisă și perceptibilă, pe cât posibil*”. 3. Urmând Tratatului de la Amsterdam din 2 octombrie 1997, Acordul instituțional din 22 decembrie 1998 între Parlamentul European, Consiliul Uniunii Europene și Comisia Comunităților Europene a adoptat la rândul său liniile directoare comune acestor trei instituții, urmând de asemenea obiectivul unei „*formulări clare, simple și precise a actelor legislației comunitare*”. 4. În aplicarea acestora, serviciile juridice ale celor trei instituții au adoptat, la 16 martie 2000, un „*Ghid practic comun*”, care să permită formularea actelor „*în mod inteligibil și coerent, și urmând principii uniforme de prezentare și de legistică*”. 5. Prima dintre aceste linii directoare stabilea ca: „*actele legislative comunitare sunt formulate în mod clar, simplu și precis*”.

III. SIMPLIFICAREA SISTEMULUI JURIDIC ÎN ROMÂNIA – ASPECTE SELECTIVE

3.1. *Simplificarea sistemului juridic în România prin simplificarea legislației.*

Încă de la început, trebuie să precizăm că în doctrina juridică sintagma „*simplificarea sistemului juridic*” este sinonimă cu sintagma „*simplificarea legislației*”, motiv pentru care în faza de debut a studiului, vom menționa următoarea definiție dată „*simplificării legislației*”⁷. „Noțiunea de *simplificare legislativă* nu poate fi definită cu ușurință. Din punct de vedere formal, *simplificarea reprezintă modalitatea de a garanta ca normele juridice să fie înțelese de toți cetățenii, adică să se producă inteligibilitatea dreptului*. Simplificarea legislației vizează, în această perspectivă, *satisfacerea principiului de claritate al legii și al obiectivului cu valoare constituțională al cunoașterii legii*”.

⁶ blog.wolterskluwer.ro/.../smart-regulation-simplificarea-legislatiei-si-a-ac..., Editorial publicat în revista Pandectele Române nr. 12/2014. Autor: Prof. univ. dr. Mircea DUTU

⁷ ssrn.com/abstract=2225946, Sorin Popescu, Cătălin Ciora.

3.2. Simplificarea sistemului juridic ca o consecință directă a constituționalizării dreptului⁸

Autorii, menționați, prezintă următoarele aspecte în materia simplificării sistemului juridic:

1. Principalul efect al supremației Constituției și al existenței controlului constituționalității legilor realizat de către o autoritate jurisdicțională îl constituie constituționalizarea dreptului. Acesta este un fenomen juridic complex, ce afectează în ansamblul său un sistem juridic, prin interacțiunea care se stabilește între normele juridice ale legii fundamentale și celelalte norme juridice, de rang inferior constituției.

2. Constituționalizarea dreptului se definește ca un *proces general*, ce presupune o anumită durată de timp, început odată cu adoptarea constituției și continuat în special sub controlul jurisdicției constituționale special creată chiar de legea fundamentală pentru garantarea supremației sale, proces care afectează treptat, toate ramurile sistemului juridic.

3. Ea constă în *interpretarea progresivă* a normelor din constituție și a celor de rang inferior constituției și se manifestă prin a două fenomene: unul *ascendent*, de sporire cantitativă a normelor constituționale și altul *descendent*, de aprofundare a acestor norme.

4. *Multiplicarea* normelor constituționale se realizează în primul rând prin colectarea de către legea fundamentală a normelor și principiilor specifice altor norme de drept cărora le acordă valoare constituțională.

5. Invers, *difuzarea* normelor constituționale în ansamblul sistemului juridic se concretizează în impregnarea ramurilor de drept cu norme constituționale direct aplicabile care țin seama de specificitatea domeniului la care sunt aplicate, dar care tind să impună standardele cu o forță juridică mai mare.

6. Constituționalizarea dreptului nu presupune cu necesitate dar poate fi sprijinită de existența unor *condiții favorabile*.

7. Practica diferitelor state a dovedit că procesul de constituționalizare a dreptului este mult *accelerat* în domeniul *drepturilor fundamentale*, unde aplicabilitatea directă a normelor constituționale este mai ușor de perceput.

8. De asemenea, *accesul direct al cetățenilor la justiția constituțională* reprezintă un catalizator al procesului de constituționalizare, chiar dacă nu constituie în sine o condiție absolut necesară pentru ca el să se manifeste.

9. Ca o *consecință* directă a constituționalizării, *transformarea dreptului* sub influența legii fundamentale se traduce prin deducerea unor noi norme juridice pe baza celor deja existente, prin anularea normelor juridice contrare constituției și prin interpretarea și aplicarea normelor juridice astfel încât ele să fie conforme cu cele cuprinse în legea fundamentală.

⁸ Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, ed. a XIV-a, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 80-82.

10. Indirect, această transformare implică o *simplificare* a sistemului juridic, prin care acesta din urmă este împiedicat să devină rigid și este stimulat să se liberalizeze în permanență.

3.3. Simplificarea sistemului juridic în România ca o consecință directă a simplificării procedurii de elaborare a legii

Ca o contribuție la simplificarea procedurii de elaborare a legii, poate fi considerată articolul intitulat „*Activitatea parlamentară în lumina noilor modificări ale Regulamentelor Camerelor*”⁹ am prezentat următoarele aspecte:

1. Noile modificări aduse regulamentelor Camerelor Parlamentului au avut ca obiectiv transformarea Parlamentului României în centrul motor al vieții politice și al democrației constituționale.

2. Așa cum menționau doi autori consacrați în domeniu, „*Poate că nimic nu exprimă mai clar starea socială a unei societăți ca viața parlamentară*”.

3. Noile modificări, completări și reformulări au avut ca efect schimbarea modului de organizare și funcționarea celor două Camere pentru îmbunătățirea derulării procedurilor parlamentare în elaborarea actelor Parlamentului.

4. Modificările și completările aduse vechilor regulamente se referă în principal la îmbunătățirea a funcției de legiferare care „*trebuie să se realizeze printr-o riguroasă selectare a domeniilor de legiferare, prin fundamentarea solidă a soluțiilor legislative, prin respectarea strictă a procedurilor de legiferare și a regulilor de tehnică legislativă*”.

5. În special modificările aduse regulamentelor în luna ianuarie 2001, au faptul că în ultimii ani Parlamentul a fost *sufocat* de numărul mare de Ordonanțe și Ordonanțe de urgență ale Guvernului, ceea ce a condus la situația de fapt ca majoritatea acestora să nu poată fi aprobate, chiar dacă au fost depuse la autoritatea legislativă în urmă cu doi ani și au intrat în vigoare fie la data depunerii la parlament, fie la data publicării în Monitorul Oficial al României.

6. Ținând seama de această situație paradoxală, îndrăznim să afirmăm că *Ordonanța de urgență* a devenit o *lege de urgență*, dar o lege care poate fi respinsă sau suspendată.

7. În aceste condiții nu se asigură stabilitate legislativă, având în vedere că actele normative menționate prin intrarea lor în vigoare au produs deja efecte juridice. 7. Urmare la cele menționate mai sus, am propus *eliminare drumurilor înguste procedurale prin înscrierea în Constituție la viitoare revizuire a obligație motivării urgenței de către inițiator*.

8. Această obligație a motivării *urgenței de către inițiator*, a fost înscrisă în conținutul normativ alin. (4) al art. 115 intitulat „*Delegarea legislativă*” al

⁹ Nicolae Pavel, *Activitatea parlamentară în lumina noilor modificări ale Regulamentelor Camerelor*, Revista de Drept Public, Serie Nouă, Anul VII (27), Ianuarie-Iunie 2001, Nr. 1, Ed. All Beck, București, 2001, p. 78-90.

Constituției României din anul 2003¹⁰, care are următorul cuprins: „Guvernul poate adopta ordonanțe de urgență numai în situații excepționale a căror reglementare nu poate fi amânată, având obligația de a modifica urgența în cuprinsul acesteia”.

IV. CONCLUZII

1. În partea introductivă a studiului, s-a impus să facem unele precizări terminologice în materie, pentru că din bibliografia studiată rezultă tratarea aceleiași problematici din abordări diferite.

2. Pentru studiul de față, în partea introductivă se fac unele precizări terminologice, privind aplicarea procedurii *Smart regulation* – *reglementare inteligentă*, la nivelul UE (Uniunii Europene).

3. Constatăm că, în cadrul „*reglementării inteligente*”, este cuprinsă și „*simplificarea legislației*”.

4. În sistemul constituțional și juridic român, după opinia noastră, a fost adoptată, varianta „*simplificarea dreptului*” sau „*simplificarea sistemului juridic*”.

5. Obiectul de studiu al demersului științific a fost *circumscripționat analizei științifice a celor două mari părți ale acestuia respectiv*: II) „*Smart regulation*” în Uniunea Europeană – Aspecte selective. III). *Simplificarea sistemului juridic în România – Aspecte selective*.

6. Pentru acoperirea integrală, dar nu exhaustivă a sferei privind „*Smart regulation*” în Uniunea Europeană – aspecte selective și *Simplificarea sistemului juridic în România – aspecte selective*, au fost folosite succesiv, documentarea Comisiei Europene în materie, doctrina românească și parțial străină în domeniul de studiu abordat.

7. În partea a II-a a studiului „*Smart regulation*” în Uniunea Europeană – aspecte selective, au fost analizate cele șase atribuții esențiale ale Comisiei Europene în materia „*Smart regulation*”.

8. A fost analizat rolul Comisiei, de executiv al Uniunii Europene, *care are dreptul aproape exclusiv, de a înainta în mod oficial propuneri legislative*.

9. Tot în partea a doua a studiului este abordată „*Simplificarea dreptului ca program strategic al Uniunii Europene*”.

10. În partea a III-a a studiului este abordată *Simplificarea sistemului juridic în România prin simplificarea legislației*.

11. Tot în partea a III-a studiului este abordată *Simplificarea sistemului juridic ca o consecință directă a constituționalizării dreptului*.

12. În partea a III-a a studiului este abordată *Simplificarea sistemului juridic în România ca o consecință directă a simplificării procedurii de elaborare a legii*.

¹⁰ Constituția României, revizuită în anul 2003, a fost publicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

ARMONIZAREA ȘI DREPTUL SUPLU – MIJLOACE DE SIMPLIFICARE A DREPTULUI. STUDIU DE CAZ: TRANSPORTUL MĂRFURILOR PERICULOASE*

Monica Diana STANCIU**

Abstract:

Transport of dangerous goods (TDG) is regulated by 5 multilateral agreements, which correspond – each one of them to a specific transport mode: RID (rail), ADR (road), ADN (inland waterways), IMDG Code (maritime) and ICAO Technical Instructions (air). The biennial amendment of these regulations is done on the basis of the UN Recommendations on the Transport of Dangerous Goods, elaborated by the Sub-Committee of Experts on TDG of the Economic and Social Council of the UN.

The dispositions of RID, ADR and ADN are applicable for the carriage of dangerous goods on the territory of all EU and EEA Member States, according to the Directive 2008/68/EC of the European Parliament and of the Council of 24 September 2008 on the inland transport of dangerous goods.

The use of multimodal transport requires a rapid harmonization of the dispositions of the modal agreements, in view to the elimination of bureaucratic and administrative barriers to trade and to reduce carriage operational costs.

Under the mandate of the Economic and Social Council of the United Nations, the TDG Sub-Committee develops the UN Recommendations on the Transport of Dangerous Goods – Model Regulations.

After the 9/11 terrorist attacks in the United States, the dangerous goods world saw the birth of Chapter 1.4 Security Provisions in UN Model Regulations, which was transposed in Chapter 1.10 in RID/ADR/ADN. To clarify the dispositions on high consequence dangerous goods, the international non-governmental organisations developed Industry Guidelines for the Security of the Transport of Dangerous Goods by Road.

This is an example of positive stakeholder involvement in order to maintain the safety and security record of dangerous goods transport.

* „Această lucrare a fost realizată în cadrul proiectului “Cultura română și modele culturale europene: cercetare, sincronizare, durabilitate”, cofinanțat de Uniunea Europeană și Guvernul României din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013, contractul de finanțare nr. POSDRU/159/1.5/S/136077”

** Student doctorand în cadrul Școlii Doctorale Drept a Academiei de Poliție „Al. I. Cuza”, București; e-mail: monica_d_stanciu@yahoo.com.

Keywords: *transport, dangerous goods, simplification, harmonization, recommendations*

Într-o lucrare recent apărută, se menționează printre metodele posibile de construire a sintezei în drept „armonizarea”, care prezintă avantajul de a promova „o concepție tolerantă și pluralistă a dreptului”¹. De asemenea, se afirmă că „dreptul suplu este văzut ca un fel de drept care *a priori* nu beneficiază de o mare forță normativă și nici de o oarecare justițiabilitate, dar care reprezintă deja un posibil instrument de promovare a politicii de simplificare a normelor și de promovare a calității reglementărilor legale”².

Armonizarea progresivă a dreptului *trebuie* înțeleasă ca o relație biunivocă de influențare, prin *feedback*, dintre dreptul internațional și dreptul intern, pe de o parte, și celelalte forme normative mai flexibile, pe de altă parte, desfășurată într-un proces complex și continuu, la care participă atât actorii statali, cât și cei nestatali, în special organizațiile guvernamentale și neguvernamentale.

Tratatele privind transportul mărfurilor periculoase

Domeniul cercetat în vederea evidențierii aspectelor practice relevante temei – tratatele internaționale referitoare la transportul internațional al mărfurilor periculoase – este un valoros exemplu de flexibilitate, rigurozitate, coerență și eficiență în materie de construcție normativă.

Sistemul creat în secolul XX pentru reglementarea transportului mărfurilor periculoase include 5 acorduri internaționale, care corespund fiecare unui mod de transport:

- Regulamentul privind transportul internațional al mărfurilor periculoase pe calea ferată (RID), Apendicele C la Convenția privind transporturile internaționale feroviare – COTIF încheiată la Berna, la 9 mai 1980. Acesta a fost precedat de Anexa I la Convenția Internațională pentru transportul mărfurilor pe calea ferată (CIM), semnată la Roma, la 23 noiembrie 1933;

- Acordul European referitor la transportul rutier internațional al mărfurilor periculoase (ADR), încheiat la Geneva, la 30 septembrie 1957;

- Acordul european privind transportul internațional al mărfurilor periculoase pe căile navigabile interioare (ADN), încheiat la Geneva, la 26 mai 2000, sub auspiciile Comisiei Economice pentru Europa a ONU și a Comisiei Centrale pentru Navigația pe Rin (CCNR);

¹ M. Delmas-Marty, *Trois défi pour un droit mondial*, Éditions du Seuil, Paris, 1998, p. 104, în M. Duțu, *Dreptul: între ipostaze teoretice și avatarurile mondializării*, Ed. Academiei Române și Universul Juridic, București, 2014, p. 48.

² M. Duțu, *op. cit.*, p. 226.

- Codul internațional maritim pentru mărfurile periculoase (Codul IMDG), adoptat la cea de a patra Adunare Generală a Organizației Maritime Internaționale (OMI), în 1965.

- Anexa 18 „Transportul în siguranță al bunurilor periculoase” al Organizației Aviației Civile Internaționale (ICAO), semnată la 7 decembrie 1944, impune ca transportul mărfurilor periculoase să fie realizat în conformitate cu Instrucțiunile Tehnice pentru Transportul Aerian în Siguranță al Mărfurilor Periculoase (Instrucțiunile tehnice ICAO).

Dispozițiile RID, ADR și ADN sunt aplicabile transportului interior al mărfurilor periculoase, pe teritoriul tuturor statelor membre UE, în conformitate cu Directiva 2008/68/CE³, cu modificările și completările ulterioare⁴. Cu toate că statele membre ale Uniunii Europene erau părți contractante la RID/ADR, meritul Directivei este acela de a fi realizat o premiză a integrării celor trei acorduri aplicabile pentru transportul interior al mărfurilor periculoase – RID, ADR și ADN – într-un instrument juridic unic, stabilind o normă aplicabilă uniform transportului național de mărfuri periculoase din statele membre.

Convingerea că „transportul nu este un scop în sine, ci reflectarea unei utilități exprimate prin mobilitate”⁵ este confirmată și prin faptul că pentru elaborarea acestor instrumente dreptului internațional public, ce aparțin ca obiect de reglementare de dreptul transportului și care guvernează modul de desfășurare al unui serviciu esențial pentru valorificarea în circuitul economic a unei serii de produse, care prezintă un risc intrinsec în transport, denumite „mărfuri” sau „bunuri periculoase”, au fost mobilizate resurse umane și

³ Directiva 2008/68/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 septembrie 2008 privind transportul interior de mărfuri periculoase, JO L 71 23 2009

⁴ Directiva 2014/104/UE a Comisiei din 21 noiembrie 2014 de adaptare, pentru a treia oară, la progresul științific și tehnic a anexelor a Directivei 2008/38/CE, modifică directiva, prin art. I, după cum urmează:

1. Secțiunea I.1 din anexa I se înlocuiește cu următorul text:

„I.1. ADR

Anexele A și B la ADR, astfel cum se aplică începând de la 1 ianuarie 2015, înțelegându-se că termenul «parte contractantă» se înlocuiește, după caz, cu termenul «stat membru».”

2. Secțiunea II.1 din anexa II se înlocuiește cu următorul text:

„II.1. RID

Anexa la RID, care figurează în anexa C la COTIF, astfel cum se aplică începând de la 1 ianuarie 2015, înțelegându-se că termenul «stat contractant la RID» se înlocuiește cu termenul «stat membru», după caz.”

3. Secțiunea III.1 din anexa III se înlocuiește cu următorul text:

„III.1. ADN

Regulamente anexate la ADN, astfel cum se aplică începând de la 1 ianuarie 2015, precum și articolul 3 lit. f) și h), art. 8 alin. (1) și (3) din ADN, înțelegându-se că termenul «parte contractantă» se înlocuiește, după caz, cu termenul «stat membru».”

⁵ Ș. Raicu, M. Popa, *Transporturile și amenajarea teritoriului – accesibilitate și atractivitate*, Buletinul AGIR, Nr. 4/2009, octombrie-decembrie, <http://www.agir.ro/buletine/496.pdf>

financiare însemnate la nivel global, deși ponderea acestora în comerțul mondial pare – dacă e tratată cu superficialitate – a nu merita acest efort⁶.

Regulamentul tip al ONU – exemplul de manifestare a dreptului suplu

În scopul de a elabora reglementari uniforme, universal acceptabile, Organizația Națiunilor Unite, în baza și în limitele actului său constitutiv, a creat Comitetul de experți pentru transportul mărfurilor periculoase și sistemul global armonizat de clasificare și etichetare a produselor chimice în cadrul Consiliului Economic și Social.

Flexibilitatea și viabilitatea sistemului multimodal mondial de reglementare a transportului mărfurilor periculoase este asigurată printr-o construcție normativă complexă, care îmbină recomandările realizate la nivelul Consiliului Economic și Social al Organizației Națiunilor Unite (CES-ONU), utilizate ca sursă principală de armonizare, modificare și completare a acordurilor internaționale specifice fiecărui mod de transport, și ghidurile de bune practici și standardele realizate sub egida organizațiilor neguvernamentale de profil.

Recomandările privind transportul mărfurilor periculoase sunt prezentate sub forma unui „Regulament tip privind transportul mărfurilor periculoase”, care constituie o anexă a acestora. „Regulamentul tip este o schemă de dispoziții de bază, care permite dezvoltarea uniformă a reglementărilor naționale și internaționale care guvernează diferitele moduri de transport. Totuși, Regulamentul este conceput destul de flexibil pentru a putea include orice cerință specială”⁷.

Astfel, se poate constata că ONU a creat, prin Regulamentul său tip un instrument de drept suplu care să orienteze și să faciliteze modificarea și completarea tratatelor internaționale sau a legislațiilor naționale în domeniu.

Din această perspectivă se poate afirma că Regulamentul tip funcționează ca un catalizator pentru alte instrumente de tip *soft*.

Spre exemplu, Regulamentul tip este sincronizat cu Sistemul global armonizat de clasificare și etichetare a produselor chimice (GHS), care stabilește condiții de ambalare și etichetare, asigurându-se astfel legătura reglementară

⁶ Conform unei analize recente, cifra de afaceri la nivel mondial a industriei chimice este de 3127 miliarde € în 2012, din care 17,8% (558 miliarde de €) reprezintă cifra de afaceri a industriei chimice din Uniunea Europeană. Statele din Acordul Nord American au avut o cifră de afaceri de 526 miliarde € în același an, iar China 952 miliarde €, Japonia 176 miliarde €, Coreea de Sud 176 miliarde €, restul Asiei 472 miliarde €. (***, *The 2013 Cefic European Facts & Figures*, CEFIC, <http://asp.zone-secure.net/v2/index.jsp?id=598/765/42548>). În plus, în categoria mărfurilor periculoase se încadrează obiecte care reprezintă produse ale altor ramuri industriale asupra cărora vom reveni pe parcursul prezentei comunicări.

⁷ ***, *Guiding Principles for the Development of the UN Model Regulations*, 4th Version (2013), p. 6 http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/danger/publi/unrec/GuidingPrinciples/Guiding_Principles_Rev18.pdf.

necesară între industria producătoare de substanțe și obiecte periculoase și transportul acestora.

Regulamentul tip al ONU creează un sistem unic de clasificare⁸, listare, ambalare, marcare, etichetare, placardare și documentare pentru utilizare generală și rămâne un îndrumar deschis, actualizat la fiecare doi ani, pentru a se ține cont de progresul științific și tehnologic. Transportatorii, expeditorii și autoritățile de implementare beneficiază de dispoziții armonizate.

În general, sarcina sa este de a facilita și a depăși obstacolele în transportul internațional de mărfuri periculoase.

Pentru a optimiza propria activitate de reglementare, dar și pe cele de transpunere și implementare a Regulamentului tip al ONU, Subcomitetul de experți a decis elaborarea unui „set dinamic”⁹ de Principii directe care să fie revizuit și modificat, dacă este necesar, la fiecare ediție revizuită a Regulamentului tip al ONU.

Scopul acestor principii este acela de a fi utilizate de către aceia care intenționează să aplice Regulamentul tip al ONU în legislație, care trebuie să explice scopul reglementărilor sau instruiesc pe alții cu privire la utilizarea lor, pentru a înțelege raționamentul din spatele modului cum au fost redactate.

Principiile țin cont de progresul tehnic, de apariția materialelor și substanțelor noi și de cerințele sistemelor de transport multimodale moderne. Recomandările se adresează guvernelor și organizațiilor internaționale care se ocupă cu siguranța și reglementarea transportului de mărfuri periculoase.

Așadar, ne aflăm în fața unui set de instrumente de drept suplu, create în cadrul CES-ONU pentru a sprijini guvernele, organizațiile interguvernamentale și neguvernamentale în „revizuirea și dezvoltarea reglementărilor care vor contribui la armonizarea mondială a dispozițiilor privind transportul mărfurilor periculoase”¹⁰.

Dacă recomandările adoptate la nivel mondial pentru a orienta dreptul internațional reprezintă unul dintre „avatarurile” dreptului suplu, cel de al doilea exemplu asupra căruia ne vom apleca în continuare îl reprezintă „ghidurile de bune practici”, ca efort de explicitare a „așa-zisului drept dur”¹¹

⁸ Clasa 1 – Substanțe și obiecte explozive, Clasa 2 – Gaze, Clasa 3 – Lichide inflamabile, Clasa 4.1 – Substanțe solide inflamabile, substanțe autoreactive și substanțe solide explozive desensibilizate, Clasa 4.2 – Substanțe predispuse la aprindere spontană, Clasa 4.3 – Substanțe care, în contact cu apa, degajă gaze inflamabile, Clasa 5.1 – Substanțe comburante (oxidante), Clasa 5.2 – Peroxizi organici, Clasa 6.1 – Substanțe toxice, Clasa 6.2 – Substanțe infecțioase, Clasa 7 – Materiale radioactive, Clasa 8 – Substanțe corosive, Clasa 9 – Substanțe și obiecte periculoase diverse.

⁹ ***, *Guiding Principles for the Development of the UN Model Regulations*, 4th Version (2013), p. 5, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/danger/publi/unrec/GuidingPrinciples/Guiding_Principles_Rev18.pdf

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹¹ M. Duțu, *op. cit.*, p. 227. A se vedea, de asemenea, Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat – Le droit souple*, La Documentation française, mai 2014, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000280/index.shtml>.

prin instrumente orientative, create din inițiativă privată, astfel încât să se faciliteze aplicarea normei juridice în practică și să se evite suprareglementarea din partea autorităților competente.

Implementarea dispozițiilor privind securitatea în acordurile internaționale RID/ADR/ADN – funcția de explicitare a dreptului suplu

Până la evenimentele din 11 septembrie 2011, Regulamentul tip conținea numai dispoziții privind siguranța mărfurilor în transport. De atunci, s-a decis ca securitatea transportului să devină un subset al dispozițiilor de siguranță. În prezent, Regulamentul tip include prescripții privind securitatea pentru toate mărfurile periculoase transportate care depășesc pragul corespunzător cantităților limitate.

Fără a intra în detalii, vom menționa că – prin decizia Subcomitetului de experți s-au inclus în Regulamentul tip al ONU, în capitolul 1.4, „dispoziții mai stricte (...) pentru transportul mărfurilor periculoase de mare risc”¹². S-a impus, practic, o regândire a condițiilor de transport pentru grupul de mărfuri periculoase care „au potențialul de a cauza victime și distrugerii în masă”¹³. În principiu, se lasă libertate autorităților competente pentru a adăuga sau a scoate substanțe și obiecte din lista mărfurilor periculoase de mare risc, în funcție de condițiile existente la nivel național sau în funcție de nivelul de amenințare perceput la un moment dat¹⁴.

În cadrul RID/ADR/ADN, dispozițiile capitolului 1.4 al Regulamentului tip al ONU au fost preluate în capitolul 1.10 al fiecăruia dintre acorduri.

Dispozițiile mai stringente aplicabile transportului acestor substanțe și obiecte peste anumite limite sunt justificate prin faptul că „mărfurile periculoase de mare risc sunt acelea care au un potențial de a fi utilizate într-un atac terorist și care, în această ipoteză, pot produce pierderi de vieți omenești, distrugerii masive sau, în special, în cazul clasei 7, bulversări socio-economice” (1.10.3.1.1 RID/ADR/ADN).

Capitolul 1.10 conține: dispoziții generale (1.10.1); dispoziții cu privire la „formarea [pregătirea profesională – *n.n.*] privind securitatea” (1.10.2); dispoziții privind mărfurile periculoase de mare risc (1.10.3), subsecțiune în care este inclusă definiția la care ne-am referit anterior, alături de sinteza realizată sub forma tabelară a mărfurilor și cantităților de mărfuri din toate clasele care se încadrează în această categorie (pentru clasele de la 1 la 6, 8 și 9 – tabelul de la 1.10.3.1, iar pentru clasa 7 – 1.10.3.1.3) și dispoziții cu privire la „planurile de securitate” pe care toți participanții la transport (inclusiv expeditorul și destinatarul) trebuie să le întocmească, să le aplice și să le

¹² *Ibidem*, p. 8.

¹³ *Ibidem*, p. 8-9.

¹⁴ *Ibidem*, p. 9.

respecte pentru a se asigura nivelul necesar de securitate pentru aceste transporturi, conform secțiunii 1.10.3.2.

Practic, capitolul 1.10 RID/ADR/ADN reprezintă reglementarea pentru „vârful” de pericol în

ceea ce privește transportul explozibililor, substanțelor inflamabile, toxice, infecțioase, autoreactive, materialelor radioactive etc. Este zona critică a acordurilor, în care măsurile trebuie ponderate cu maximă grijă, în așa fel încât mărfurile periculoase să continue să facă obiectul transportului, să circule și să fie valorificate în circuitul economic, fără a se pune în pericol omul, mediul și proprietatea. Rolul tuturor actorilor este esențial, de la expeditor, transportator, destinatar, până la încărcător/descărcător și autoritatea competentă. Pe lângă obligațiile privind siguranța celor implicați – prezentate în capitolul 1.4, se impune în capitolul 1.10 un plan care să includă „atribuirea specifică a responsabilităților”, conform par. 1.10.3.2.2 (a).

Apariția acestor reglementări a generat o nevoie de clarificare a modului lor de implementare în activitatea practică, în condițiile în care planurile de securitate trebuiau să acopere întreaga operațiune de transport (care include aici opririle necesare în timpul transportului, inclusiv depozitarea intermediară în vederea transbordării¹⁵), precum și politicile de securitate, practicile de operare, procedurile și măsurile care să asigure că distribuirea informațiilor conținute în planul de securitate este limitată la cei care au nevoie să le cunoască¹⁶. Se precizează, de altfel, că „transportatorii, expeditorii și destinatarii trebuie să colaboreze între ei, precum și cu autoritățile competente, pentru schimbul de informații privind eventualele pericole, aplicarea de măsuri adecvate și de răspuns la incidentele care pun în pericol securitatea”. Așadar, mai presus de dreptul „dur”, esențială este cooperarea între actorii implicați în desfășurarea activităților.

În aceste condiții, o serie de organizații neguvernamentale¹⁷ au decis să realizeze și să actualizeze, atunci când este necesar, un Ghid privind securitatea transportului mărfurilor periculoase, care să conțină „principii directoare pentru securitatea transportului interior de mărfuri periculoase”, necesare pentru a facilita aplicarea dispozițiilor din capitolul 1.10 în diferitele sisteme economice și juridice din cele 48 de state părți contractante RID/ADR din Europa, Asia și Africa de Nord.

¹⁵ A se vedea, în acest sens, para 1.10.3.2.2 (c), precum definiția și „transport” din secțiunea 1.2.1.

¹⁶ Reglementarea detaliată a cerințelor minime privind planurile de securitate este conținută în par. 1.10.3.2 al RID/ADR/ADN.

¹⁷ Lista completă a organizațiilor este disponibilă la p.2 a Ghidului privind securitatea transportului mărfurilor periculoase, Ianuarie 2013,

http://www.arr.ro/files/transport/transport%20marfa/ADR/ghid_de_securitate_transp_marfuri_periculoase.pdf

Pornind de la reglementare și avertizând utilizatorii că „modul specific în care se elaborează va depinde de fiecare activitate în parte în cadrul lanțului de transport, cu evaluarea riscurilor și a rezultatelor posibile”¹⁸, ghidul are un caracter orientativ, furnizând o gamă amplă de posibilități tehnice și operaționale, din care fiecare utilizator să poată alege opțiunea cea mai adecvată în vederea aplicării în practică a capitolului 1.10.

Realizat pentru prima dată în anul 2005, când capitolul 1.10 a intrat în vigoare, în baza ghidurilor existente în Marea Britanie și Germania, Ghidul a fost actualizat pentru ediția 2013 a RID/ADR/ADN și este publicat – pentru a se facilita accesul – pe site-ul Direcției Generale pentru Mobilitate și Transport a Comisiei Europene¹⁹, pe site-ul UNECE²⁰, precum și pe site-urile organizațiilor internaționale care reprezintă industria, dar și pe site-uri ale autorităților competente.

Efortul industriei de autoreglare printr-un instrument suplu de orientare cu privire la modul în care trebuie organizată activitatea întreprinderilor implicate în transportul mărfurilor periculoase de mare risc a reprezentat o soluție viabilă pentru o problemă critică pentru autoritățile competente naționale, dar și pentru organizațiile interguvernamentale implicate în reglementare și control.

Concluzii

Considerăm că prezentul studiu este un exemplu ilustrativ pentru modul în care o bună cooperare a tuturor actorilor existenți în piață poate simplifica semnificativ dreptul.

Nucleul dur constituit din reglementările modale aplicabile transporturilor interioare în Europa (RID/ADR/ADN), are la bază Regulamentul tip al ONU și se asigură, astfel, o complementaritate cu celelalte acorduri (Codul IMDG și Instrucțiunile Tehnice OACI).

Dreptul care guvernează transportul mărfurilor periculoase reprezintă un exemplu elocvent de flexibilizare a dreptului, care prin armonizarea dispozițiilor și prin utilizarea cu maximă eficiență a dreptului suplu, reprezentat de: principii directoare, recomandări, ghiduri de bune practici, standarde etc. își realizează obiectivul său major de simplificare a dreptului la nivel internațional și național și de facilitare a comerțului internațional.

¹⁸ Ghidul privind securitatea transportului mărfurilor periculoase, Ianuarie 2013, p. 3 http://www.arr.ro/files/transport/transport%20marfa/ADR/ghid_de_securitate_transp_marfuri_periculoase.pdf

¹⁹ http://ec.europa.eu/transport/road_safety/pdf/dangerous_goods/industry_security_guidelines.pdf

²⁰ INF. 4, *Industry Guidelines for the Security of the Transport of Dangerous Goods*. Transmitted by AEGPL, AISE, CEFIC, CEPE, ECTA, EIGA, FEA, FECC, Fertilizers Europe, FIATA, IRU, <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/doc/2013/dgwp15/ECE-TRANS-WP15-95-inf4e.pdf>

În concluzie, apreciem că, în esență, cele două concepte – dreptul dur și dreptul suplu sunt fațete ale aceleiași monede – cooperarea – care este în primul rând o practică socială și, în același timp, un principiu de drept. Soluția absolută nu există sau, dacă există, ea este un echilibru greu de obținut și care este încă și mai greu de păstrat. *Est modus in rebus...*

SIMPLIFICAREA LEGISLAȚIEI – O PROVOCARE CONSTANTĂ LA NIVEL EUROPEAN ȘI NAȚIONAL

*Ștefan IUSTIN**

I. Introducere

Schimbările sociale influențate de factorii culturali (dezvoltarea științei, laicizarea, tot mai pregnantă, a gândirii), factorii economici (capitalismul industrial, dezvoltarea tehnologiei informației) și factorii politici (rolul guvernului în stimularea creșterii economice, puterea militară, războiul), au determinat necesitatea reglementării unor alte tipuri de relații sociale, ceea ce a dus la dezvoltarea ramurilor de drept consacrate și la apariția, evoluția și maturizarea unor ramuri de drept noi, care s-au impus, cu timpul, în peisajul juridic, ca ramuri de sine stătătoare, autonome.

Pentru ca o ramură de drept să existe, să fie vie, nu este necesară o reglementare unitară și coerentă, într-o lege cadru sau un cod, fiind suficient ca ea să fie recunoscută și promovată la nivel teoretic. Trebuie spus, încă de la început, că nu împărtășim tendința manifestată în dreptul francez de a exista, cu orice preț, o diversificare excesivă a ramurilor de drept¹ deoarece, în lipsa unei baze comune, a unor legi generale și abstracte, orice ramură de drept ar fi lipsită de viață. Considerăm, totodată, că teoria juridică, căreia i se datorează construcția științifică a dreptului, este singura "sinceră", obiectivă, neutră, atâta timp cât este creată de cercetătorul care nu este chemat să apere cauza unui client sau a unui angajator, ci doar cauza dreptului. La elaborarea acestui articol am plecat de la premisa că studierea problemelor legislative cu care se confruntă Uniunea Europeană și membrii săi trebuie realizată mai ales din perspectiva teoriei juridice²

Impactul globalizării asupra dreptului a fost resimțit în lumea juridică încă de la jumătatea secolului trecut. Dezvoltarea unei economii unificate la nivel global, depășirea granițelor naționale și continentale de către corporații, extinderea piețelor de desfacere, noile tehnologii, etc, vor continua să determine, alături de factorul politic și de jocul puterii, numeroase schimbări la nivel juridic, reșezarea textelor aparținând diverselor ramuri de drept, atât la nivel transnațional, cât și național.

Așadar, lumea științifică nu trebuie să mai cadă în capcana permanenței dreptului, a invariabilității ramurilor de drept, textele juridice nu trebuie să rămână captive în momentul istoric al elaborării lor. Într-o astfel de capcană a

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române

¹ La finalul anului 2012, în Franța existau 75 de coduri în vigoare care reglementau diverse ramuri de drept. (sursa Wikipedia);

² Legisprudența = studierea problemelor legislative din perspectiva teoriei juridice;

căzut, spre exemplu, R. Drago care, în 1976, considera absurdă teza existenței unui drept al mediului, ca nouă disciplină de studiu și ramură de drept, teză contrazisă în următorii ani, când dreptul mediului s-a impus ca materie de sine stătătoare în cadrul sistemului de drept și al teoriei juridice³. Tot așa, astăzi, doctrina juridică internațională acceptă existența dreptului sportiv ca ramură distinctă și autonomă a dreptului cuprinzând totalitatea regulilor aplicabile activităților sportive⁴.

II. Internaționalizarea ramurilor de drept

Așa cum am precizat și în partea introductivă, în ultimele decenii, globalizarea a afectat, într-o anumită măsură, lumea științelor juridice, determinând o adevărată "internaționalizare" a tuturor ramurilor dreptului, odată ce regulile transnaționale de drept au pătruns în domeniile dreptului național. În literatura de specialitate⁵, se vorbește despre o adevărată "de-naționalizare" a regulilor de drept, atâta vreme cât sursa, conținutul, interpretarea și aplicarea normelor naționale sunt influențate de instituțiile, regulile de drept și mecanismele de soluționare a disputelor existente la nivel internațional și transnațional.

Trebuie remarcat ca fenomenul de internaționalizare a dreptului este mai pregnant în cadrul ramurilor juridice mai apropiate de schimbul internațional și companiile multinaționale, cum ar fi, spre exemplu, dreptul contractelor, dreptul concurenței, proprietate intelectuală, dreptul muncii sau dreptul mediului.

În Europa, apariția statelor națiune, consolidarea puterii politice, extinderea activităților economice și dezvoltarea infrastructurii au determinat diminuarea importanței normelor cutumiare și realizarea numeroaselor codificări din secolul al XIX-lea, iar odată cu extinderea piețelor dincolo de granițele naționale, începută la mijlocul secolului trecut, ca o consecință a integrării europene, a apărut necesitatea adoptării unor reglementări comunitare, supranaționale, aplicabile în dreptul intern.

Astăzi, respectarea dreptului european și a rangului acestuia în ierarhia izvoarelor juridice este obligatorie pentru toate cele 28 de state ale Uniunii

³ Mircea Duțu, Andrei Duțu, *Dreptul mediului* – ediția a IV-a, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 61. Trebuie subliniată influența mediului înconjurător natural asupra dezvoltării sociale ca factor determinant pentru evoluția și maturizarea dreptului mediului într-o ramură autonomă a științelor juridice;

⁴ Pentru detalii privind natura dreptului sportiv, a se vedea Michael Beloff, Tim Kerr, Marie Demetriou și Rupert Beloff, *Sports law* – second edition, Hart Publishing, 2012, p. 1-7. Precizăm că importanța sportului pentru societatea modernă a determinat autonomizarea ramurii juridice a dreptului sportiv, după modelul dreptului mediului;

⁵ A se vedea, Francis Snyder, *Economic globalization and the law in the 21st century*, în Austin Sarat (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, New York and Oxford, Blackwell Publishers, 2004, p. 3;

Europene, iar încălcarea dreptului unional de către statele membre poate atrage răspunderea juridică a acestora.

III. Inflația legislativă

Inflația de norme juridice este o realitate atât la nivelul sistemelor naționale de drept, cât și la nivelul Uniunii Europene. Existența inflației legislative în majoritatea țărilor europene poate fi observată analizând numărul de legi emise într-o perioadă determinată de timp.

Mașinăria legislativă contemporană tinde să devină necontrolabilă, normele juridice în vigoare se suprapun, sunt neclare ori inaplicabile, propun soluții contradictorii sau sunt instabile, fiind modificate chiar în lipsa schimbării realităților sociale și economice care au determinat apariția lor. Legiuitorul nu mai are timp să analizeze potențialele efecte ale normelor juridice anterior intrării lor în vigoare, menținând doar speranța obținerii rezultatului așteptat, asta dacă, bineînțeles, a definit și a urmărit o finalitate. Așadar, eficiența legilor, chiar dacă ele sunt implementate efectiv, este astăzi, deseori, pusă la îndoială. O lege ineficientă reprezintă dovada calității îndoielnice a muncii resursei umane implicate în procesul de legiferare.

Abundența normelor juridice determină inaplicabilitatea principiului potrivit căruia "nimeni nu poate invoca, în apărarea sa, necunoașterea legii".

Spre exemplu, în lucrarea "Ubu loi", Philippe Sassier și Dominique Lansoy arătau că francezii, pentru a respecta principiul citat mai sus, trebuiau să cunoască în anul 2008 *"peste 10.500 de legi, 120.000 de decrete, 7.400 de tratate, 17.000 de texte comunitare și zeci de mii de pagini din 62 de coduri diferite"*⁶. Potrivit profesorului Mircea Duțu, la momentul redactării lucrării "Dreptul – între ipostaze teoretice și avatarurile mondializării", respectiv în anul 2014 *"arsenalul reglementar francez se ridică la circa 12.000 de legi și 140.000 de decrete de aplicare, ceea ce înseamnă 11 milioane de cuvinte, cifră care crește cu 7% anual"*⁷.

România respectă trendul european, inflația legislativă reprezentând o realitate în dreptul intern. Potrivit profesorului Mircea Duțu, care redă o statistică recentă, *"sunt în vigoare, la noi, nu mai puțin de 65.240 de acte normative, dintre care 6.247 de legi, 2.336 de ordonanțe de urgență ale guvernului, 854 de ordonanțe ale guvernului, 21.480 de hotărâri ale guvernului și 34.323 alte acte (fiind vorba în această categorie mai ales de acte ale autorităților publice județene și locale)"*⁸. Abundența reglementărilor la nivel național a fost determinată, pe de o parte de contextul istoric de după 1989 (adaptarea greoaie

⁶ Philippe Sassier, Dominique Lansoy, Ubu loi, Ed. Artheme Fayard, 2008, ediție Kindle, Introducere, par. 1;

⁷ Mircea Duțu, Dreptul: între ipostaze teoretice și avatarurile mondializării, Ed. Academiei Române și Universul Juridic, București, 2014, p. 254;

⁸ Mircea Duțu, op. cit., p. 257;

la democrație după jumătate de secol de regim totalitar, integrarea în Uniunea Europeană însoțită de necesitatea adaptării legislației naționale la imperativele dreptului comunitar) și, pe de altă parte de contextul cultural, modelul juridic francez, rămânând în mod tradițional și inconștient, sursă de inspirație pentru dreptul intern.

Abundența reglementărilor, suprapunerile și lipsa unor formulări clare, simple și precise a caracterizat și actele legislative din dreptul Uniunii Europene. Astfel, odată cu crearea unei Piețe Unice, în anul 1992, corpul legislativ unional a crescut, pe parcursul ultimelor două decenii, în mod substanțial. Totodată, s-a amplificat și numărul reglementărilor în domeniile cu dimensiune transfrontalieră, cum ar fi mediul, sănătatea sau protecția consumatorilor. De asemenea, Statele Membre au căutat un răspuns comun la nivel european pentru diverse provocări transnaționale, precum pandemiile, traficul de droguri sau migrația ilegală. Apariția noilor tehnologii și necesitatea dezvoltării acestora la nivel european au reprezentat punctul de plecare pentru adoptarea unor reguli comune în materii precum telecomunicații, medicină ori biotehnologie. La acest moment al demersului nostru, trebuie să semnalăm și impactul negativ al implementării directivelor europene la nivelul statelor membre, ceea ce a determinat, indirect, creșterea abundenței legislative la nivel național.

IV. Simplificarea dreptului

A. Generalități

Pentru modernizarea statului și eficientizarea activității instituțiilor acestuia, precum și pentru creșterea accesibilității cetățeanului la legislația națională sau unională⁹ se impune o simplificare legislativă și administrativă. Simplificarea dreptului reprezintă un exercițiu de voință politică, dar și de pricepere tehnică¹⁰.

Pentru simplificarea dreptului este nevoie, în primul rând, de o bună sistematizare a actelor normative. Sistematizarea urmărește organizarea actelor normative și a conținutului acestora pentru a permite cunoașterea (accesibilitate) și aplicarea lor, în mod efectiv și eficient¹¹, în cadrul raporturilor

⁹ Cetățeanul are dreptul la o bună administrare a procesului de elaborare a legilor, corelativ obligației autorităților statului de a crea reglementări accesibile și eficiente;

¹⁰ Aici trebuie subliniat, încă o dată, rolul important pe care îl au facultățile de drept și institutele de cercetare juridică în identificarea, formarea și perfecționarea universitarilor și a cercetătorilor în domeniul juridic;

¹¹ Efectivitatea și eficiența legii trebuie analizate tot timpul împreună, deoarece o lege poate fi aplicată, dar poate produce consecințe negative, fiind astfel ineficientă. Totodată, pentru a analiza eficiența unei reglementări, aceasta trebuie să fi aplicată în mod efectiv. O lege este eficientă atunci când este simplă, clară, inteligibilă și reprezintă un răspuns corespunzător la o problemă specifică. Nu trebuie pierdut din vedere că legile trebuie să fie, în continuare, suficient de

sociale¹². Prin sistematizare se urmărește reducerea numărului reglementărilor, precum și obținerea unor norme clare, simple și inteligibile. Sistematizarea reglementărilor se poate realiza, în principal, prin încorporare (consolidare) și codificare¹³.

Prin simplificarea dreptului nu înțelegem eliminarea nerațională a reglementărilor existente, simplificarea nu se reduce la operația aritmetică a scăderii numărului de legi sau de articole (dereglementare), o astfel de soluție, aplicată în lipsa unei abordări strategice globale, fiind extrem de riscantă.

Consecințele unei acțiuni legale pot fi evaluate numai în situația existenței unor scopuri și obiective clar definite în cadrul unei strategii globale gândită pentru reformarea procesului legislativ.

Așadar simplificarea dreptului reprezintă, în opinia noastră, un amplu proces, realizat în cadrul unei strategii globale, cu scopul clar definit de a avea o reglementare mai bună în cadrul Uniunii Europene și la nivel național. Acest proces este esențial pentru atingerea obiectivelor de politici publice fixate în diverse domenii. Așa cum arătam și mai sus, o reglementare mai bună nu înseamnă dereglementare, ci înseamnă o reglementare de înaltă calitate care să fie folosită doar atunci când este cazul. Totodată, o reglementare mai bună contribuie la creșterea credibilității și încrederii în instituțiile de guvernare și asigură bunăstarea cetățenilor și a mediului de afaceri. De asemenea, o reglementare mai bună înlătură sarcinile inutile de pe umerii cetățenilor și ai mediului de afaceri, contribuind la economisirea timpului și a banilor și asigură o implementare și respectarea facilă a regulilor de conduită¹⁴.

B. Simplificarea dreptului la nivelul Uniunii Europene

Așa cum am arătat mai sus, expansiunea legislației europene din ultimele două decenii a dus la apariția inerentă a fenomenului de inflație normativă, la suprapuneri și formulări lipsite de claritate, simțindu-se, astfel, nevoia unei simplificări a dreptului unional.

Consiliul European a pus pentru prima dată, în mod oficial, problema simplificării dreptului comunitar, prin Declarația de la Birmingham din 16 octombrie 1992, afirmând la punctul 3 al acesteia că *"dorește ca legislația comunitară să devină mai simplă și mai clară"*.

Ulterior, în cadrul concluziilor președinției reuniunii Consiliului European de la Edinburgh din 11 și 12 decembrie 1992, s-a reafirmat necesitatea

abstracte și generale, dar, în același timp, suficient de concrete pentru a putea fi aplicate în mod corespunzător de funcționari și cetățeni;

¹² Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului* – ediția 5, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 187;

¹³ A se vedea, Nicolae Popa, op. cit, p. 188-190;

¹⁴ Pentru toate avantajele unei bune reglementări, a se vedea, pe larg, Raportul Mandelkern privind o mai bună reglementare – versiunea finală din 13 noiembrie 2001;

îmbunătățirii calității legislației comunitare cu scopul declarat ca această să devin cât se poate de simplă și de clară. În urma acestor concluzii, Consiliul Comunităților Europene a adoptat, la data de 8 iunie 1993, Rezoluția privind calitatea redactării legislației comunitare cu scopul declarat de a face *"legislația comunitară cât se poate de clară, simplă, concisă și inteligibilă"*.

Prin Declarația nr. 39 din 2 octombrie 1997 adoptată în cadrul Conferinței interguvernamentale privind calitatea redactării legislației comunitare s-a menționat importanța crucială a calității redactării legislației comunitare pentru a fi implementată în mod corespunzător de autoritățile naționale competente și pentru a fi mai bine înțeleasă de public și cercurile de afaceri. În cadrul Conferinței s-a considerat că instituțiile implicate în procedura pentru adoptarea legislației comunitare, respectiv Parlamentul, Consiliul și Comisia trebuie să stabilească recomandări privind calitatea redactării acestei legislații. De asemenea, s-a mai menționat că legislația comunitară trebuie să devină mai accesibilă, fiind salutăată adoptarea și punerea în aplicare a metodei de lucru accelerată pentru codificarea oficiale a textelor legislative stabilită prin Acordul Interinstituțional din 20 decembrie 1994¹⁵. În cadrul Conferinței s-a concluzionat că Parlamentul European, Consiliul și Comisia trebuie să stabilească, de comun acord, recomandări pentru îmbunătățirea calității redactării legislației comunitare și să respecte aceste recomandări atunci când analizează propuneri pentru legislația comunitară sau proiecte de lege, luând toate măsurile organizatorice interne necesare pentru a asigura implementarea corespunzătoare a recomandărilor. De asemenea, s-a mai concluzionat că Parlamentul, Consiliul și Comisia trebuie să facă toate eforturile pentru accelerarea codificării textelor legislative.

Având în vedere Declarația nr. 39 din 2 octombrie 1997, Parlamentul European, Consiliul Uniunii Europene și Comisia Comunităților Europene au adoptat la data de 22 decembrie 1998 Acordul interinstituțional privind orientările comune pentru calitatea redactării legislației comunitare. Redăm, în continuare, principiile generale convenite în cadrul acestui acord:

- *Actele legislative comunitare se redactează în mod clar, simplu și precis;*
- *Modul de redactare a actelor comunitare este adecvat tipului de act în cauză și, în special, obligativității sau neobligativității acestuia (regulament, directivă, decizie, recomandare sau alt tip de act);*
- *La redactarea actelor se ține seama de persoanele cărora urmează să li se aplice, pentru a le permite acestora să își identifice drepturile și obligațiile fără ambiguități, precum și de persoanele care răspund de punerea în aplicare a actelor vizate;*

¹⁵ Codificare oficială în sensul Acordului interinstituțional din 20 decembrie 1994 era definită drept *"procedura de abrogare a actelor care urmează să fie codificate și înlocuirea acestora cu un act unic care să nu conțină modificări de fond ale actelor în cauză"*;

- *Dispozițiile actelor sunt concise, iar conținutul acestora ar trebui să fie cât mai omogen posibil. Ar trebui să se evite articolele și tezele exagerat de lung, formularea complicată, inutilă și utilizarea excesivă a abrevierilor;*

- *Pe tot parcursul procesului care urmărește adoptarea lor, proiectele de acte sunt formulate în termeni și structuri frazeologice care să respecte natura multilingvistică a legislației comunitare; conceptele și terminologia specifice unui anumit sistem juridic național urmează a fi utilizate cu precauție;*

- *Terminologia utilizată într-un anumit act este consecventă atât în cadrul aceluiași act, cât și cu actele care sunt deja în vigoare, mai ales în același domeniu.*

În aplicarea Acordului interinstituțional din 22 decembrie 1998, care stabilea liniile directoare comune vizând îmbunătățirea calității redactării legislației comunitare, serviciile juridice ale Parlamentului European, Consiliului și Comisiei au elaborat un Ghid practic comun al Parlamentului European, al Consiliului și al Comisiei pentru redactarea textelor legislative în cadrul instituțiilor comunitare¹⁶ având drept scop principal *"dezvoltarea conținutului și precizarea implicațiilor acestor linii directoare prin comentarea fiecăreia și ilustrarea lor cu exemple"*.

În continuarea demersului pentru ameliorarea calității procesului legislativ, Parlamentul European, Consiliul Uniunii Europene și Comisia Comunităților Europene au adoptat, la data de 31 decembrie 2003, Acordul interinstituțional privind o mai bună legiferare. Pentru a facilita aplicarea legislației comunitare, cele trei instituții au convenit să efectueze o actualizare și o reducere a volumului legislației existente, precum și să o simplifice în mod semnificativ. Abrogarea actelor care nu mai sunt aplicabile și codificarea sau reformarea altor acte, reprezentau principalele metode de actualizare și reducere a volumului legislației existente. Pentru simplificarea legislației au fost propuse următoarele demersuri: modificarea sau înlocuirea actelor și dispozițiilor prea complicate și complexe pentru a fi aplicate; reformarea actelor existente sau inițierea unor noi propuneri legislative, cu respectarea politicilor comunitare.

Prin Rezoluția din 9 septembrie 2010 privind mai buna legiferare, Parlamentul European a formulat, printre altele, următoarele observații fundamentale:

- *Subliniază necesitatea absolută a unei legiferări simple, clare și pe înțelesul cetățenilor Uniunii Europene;*

- *Sprrijină în mod ferm procesul de îmbunătățire a cadrului de reglementare, care are ca scop creșterea transparenței, a eficienței și a coerenței legislației Uniunii Europene;*

¹⁶ Ghidul practic comun al Parlamentului European, al Consiliului și al Comisiei pentru redactarea textelor legislative în cadrul instituțiilor comunitare a fost lansat la data de 16 martie 2000;

• Subliniază faptul că procesul de simplificare a legislației nu trebuie să ducă la reducerea standardelor conținute în legislația existentă, motiv pentru care consultările cu toate părțile implicate, inclusiv partenerii sociali, trebuie să constituie o parte integrantă a acestui proces;

• Subliniază responsabilitatea fundamentală a Comisiei în ceea ce privește evaluările impactului și solicită dezvoltarea unor mecanisme de garantare a independenței și credibilității analizelor efectuate;

• Subliniază, în special, necesitatea analizării urmărilor sociale ale propunerilor legislative, inclusiv a efectelor acestora asupra pieței europene a muncii, precum și asupra nivelului de viață; evidențiază, încă o dată, necesitatea analizării cu atenție a urmărilor legislației asupra mediului de afaceri;

• Subliniază importanța reducerii costurilor întreprinderilor din Uniunea Europeană, pentru a le permite acestora să-și desfășoare activitatea în mod eficient în condiții economice dificile și să fie competitive la nivel mondial; evidențiază necesitatea simplificării procedurilor administrative publice; subliniază că reducerea sarcinii administrative trebuie să se concentreze pe cerințele privind informațiile nenecesare și, ca atare, sprijină pe deplin principiul "o singură dată" stabilit în Legea privind micile întreprinderi; subliniază faptul că reducerea sarcinii administrative pentru întreprinderi nu trebuie să aibă nicio consecință negativă din punct de vedere social sau al mediului;

• Atrage atenția asupra faptului că cetățenii nu sunt în măsură să deosebească sarcina administrativă care derivă din dreptul european de cea care este impusă în temeiul legislației naționale, precum și că, sarcina administrativă națională contribuie la conturarea unei imagini negative a Uniunii Europene;

• Invită statele membre să depună eforturi în mod consecvent în vederea realizării obiectivelor naționale stabilite de acestea în vederea reducerii sarcinii administrative și se așteaptă la o cooperare fructuoasă cu parlamentele naționale în acest domeniu;

• Salută eforturile de până acum ale Comisiei vizând identificarea și elaborarea propunerilor de simplificare și codificare a legislației europene;

• Invită Comisia să continue codificarea actelor legislative;

• Subliniază faptul că o modificare a legislației în vigoare trebuie să aibă loc întotdeauna sub forma unei reformări;

• Subliniază faptul că problema unei mai bune legiferări este direct legată de problema monitorizării aplicării legislației Uniunii Europene.

În Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor din 8 octombrie 2010 intitulată "Reglementarea inteligentă în Uniunea Europeană", Comisia reține că "o mai bună legiferare trebuie să devină o reglementare inteligentă și să fie integrată în continuare în cultura de lucru a Comisiei". Așadar, sosise momentul trecerii de la o mai bună legiferare la o reglementare inteligentă pentru asigurarea unei legislații adecvate scopurilor ambițioase stabilite prin Strategia

Europa 2020 în materie de creștere inteligentă, ecologică și favorabilă incluziunii. În cadrul comunicării s-a subliniat, încă o dată, importanța gestionării calității legislației pentru ca aceasta să fie cât mai clară și cât mai accesibilă posibil. Comisia a subliniat că limbajul simplu în cadrul definirii drepturilor și obligațiilor create prin legislația europeană este necesar pentru a facilita punerea în aplicare și asigurarea respectării. Totodată, Comisia a mai arătat că va continua să codifice, să reformeze și să consolideze textele juridice; va reduce volumul legislației prin abrogarea textelor caduce și va îmbunătăți accesul la legislația existentă printr-un nou portal EUR-Lex.

Demersurile privind reglementarea inteligentă, inițiate în octombrie 2010, au fost continuate prin Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor din 12 decembrie 2012 intitulată "Adecvarea reglementărilor UE". Cu această ocazie, Comisia a lansat Programul privind calitatea și adecvarea reglementărilor (REFIT) având ca obiectiv reducerea costurilor de reglementare și o simplificare semnificativă a legislației de care să beneficieze cetățenii și mediul de afaceri. De asemenea, Comisia a arătat că este decisă să continue programul de acțiune pentru reducerea sarcinii administrative (ABRplus), precum și procesul de optimizare a instrumentelor de gestionare a reglementărilor prin îmbunătățirea evaluării impactului, evaluări mai complete și mai critice ancorate solid în procesul de elaborare a politicilor, consultarea părților interesate și consolidarea sprijinului acordat punerii în aplicare.

La 2 octombrie 2013, Comisia Europeană a publicat Comunicarea intitulată "Adecvarea reglementărilor UE (REFIT): rezultate și etape viitoare". Prin intermediul Comunicării, Comisia a identificat zonele în care va acționa în vederea adecvării reglementărilor, precum și provocările cărora le-a făcut față în prima fază de implementare a programului REFIT. De asemenea, Comisia a detaliat următorii pași pe care îi va face în cadrul demersului general de reglementare inteligentă.

Prin Comunicarea din 18 iunie 2014 asupra stadiului de implementare a programului REFIT, Comisia a prezentat un nou bilanț al rezultatelor obținute și și-a definit noile priorități de acțiune.

La rândul său, Parlamentul European a adoptat la data de 4 februarie 2014, Rezoluția referitoare la adecvarea reglementărilor UE, la subsidiaritate și la proporționalitate – al 19-lea raport pentru o mai bună legiferare pe anul 2019.

Redăm, în continuare, cele mai importante observații făcute de Parlament prin Rezoluția sus-amintită:

- *Subliniază că legislația propusă și adoptată la nivel european ar trebui să fie simplă, efectivă și eficientă, să ofere o valoare adăugată clară, să fie ușor de înțeles și accesibilă în toate limbile oficiale ale statelor membre și să ofere beneficii maxime la costuri minime; subliniază că instituțiile europene poartă răspunderea*

pentru asigurarea faptului că legislația este clară, ușor de înțeles și nu implică nicio sarcină administrativă inutilă pentru cetățeni sau întreprinderi;

- Subliniază că principiile subsidiarității și proporționalității trebuie respectate de instituțiile europene în procesul legiferării;

- Solicită renegocierea Acordului interinstituțional din 31 decembrie 2003 privind o mai bună legiferare pentru a ține seama de noul mediu legislativ creat prin Tratatul de la Lisabona, pentru a consolida cele mai bune practici actuale și a actualiza acordul, în conformitate cu programul privind reglementarea inteligentă; recomandă adoptarea tuturor noilor acorduri în baza articolului 295 din TFUE și stabilirea caracterului obligatoriu al acestora;

- Consideră că diversitatea denumirilor folosite pentru mecanismele utilizate de Comisie pentru evaluarea legilor adoptate și reducerea sarcinilor este derutantă și complicată în mod inutil; recomandă adoptarea unei singure denumiri cu titlul "o mai bună legiferare" și solicită din nou să existe un comisar responsabil de acest domeniu;

- Observă importanța crucială a evaluărilor de impact ca instrumente de sprijinire a activității de adoptare a deciziilor în cadrul procesului legislativ și subliniază, în acest context, importanța luării în considerare în mod corespunzător a aspectelor referitoare la subsidiaritate și proporționalitate;

- Consideră că reforma legislației și a practicilor legislative europene reprezintă un instrument de bază pentru a obține o creștere economică, competitivitate și locuri de muncă decente în Europa;

- Amintește, de asemenea, de invitația adresată de Parlament Comisiei de a prezenta propuneri de punere în aplicare a compensării normative, ceea ce ar impune identificarea unor compensări cu valoare echivalentă înaintea legislației noi care ar introduce impunerea unor costuri;

- Definește "suprareglementarea" ca fiind practica acelor state membre care, în procesul de transpunere a directivelor UE în dreptul național, depășesc cerințele minime; își afirmă din nou susținerea pentru măsurile de eliminare a suprareglementării inutile și invită, prin urmare, statele membre să explice, în cazurile în care a avut loc o suprareglementare, motivele care au stat la baza acestui demers.

Obiectivul ambițios al reglementării inteligente¹⁷ va putea fi atins doar printr-un efort comun al instituțiilor europene, statelor membre, mediului de afaceri și al societății civile, urmărirea lui reprezentând o prioritate pe parcursul întregului ciclu legislativ¹⁸.

¹⁷ Asupra chestiunii reglementării inteligente, a se vedea *Mircea Duțu*, Smart regulation. Simplificarea legislației și a acțiunii administrative în Pandectele Române nr. 12/2014;

¹⁸ În rezoluția din 4 februarie 2014, Parlamentul European a "salutat accentul sporit pus de Comisie pe un "ciclu" al politicilor, etapele de inițiere, de realizare a evaluării de impact, de consultare, de aplicare, de implementare și de evaluare ale legislației UE fiind considerate ca făcând parte dintr-un proces coerent". Totodată, Parlamentul a mai considerat că "principiul "a gândi mai

Implementarea reglementării inteligente cu scopul de a simplifica legislația și acțiunea administrativă ar trebui să reprezinte un obiectiv major al statutului român pentru anii următori.

C. Simplificarea dreptului în Franța

Așa cum aminteam mai sus, corpul legislativ francez se află într-o fază de degradare, deoarece crește în mod substanțial de la o zi la alta. Tot mai multe legi, coduri, decrete, fac să pară că textele legale sunt compuse după modelul actelor administrative, incluzând termeni tot mai individuali, ceea ce înlătură de la realizarea justiției, aproape cu totul, principiul echității. Ideea de dreptate este tot mai greu de urmărit deoarece normele juridice nu lasă nicio posibilitate de interpretare în raport de necesități și situații concrete, statul francez apropiindu-se tot mai mult, metaforic vorbind, de o justiție computerizată, în care nevoia judecătorului uman este înlăturată aproape cu totul. În raport de dinamica actuală a dezvoltării sociale, legile prea concrete riscă să devină învechite chiar a doua zi de la intrarea lor în vigoare.

În demersul de simplificare a legislației existente, francezii au decis să reglementeze această simplificare¹⁹. Astfel, Legea nr. 2015-177 din 16 februarie 2015 privind modernizarea și simplificarea dreptului și a procedurilor în domeniile justiției și afacerilor interne a fost publicată în Jurnalul oficial din 17 februarie 2015. Această lege urmărește să ușureze viața cotidiană a cetățenilor și relațiile acestora cu administrația. Ea face parte dintr-un program de simplificare, eliminare a contradicțiilor, de clarificare a raporturilor cu administrația și de modernizare a dreptului și procedurilor. Prin această lege se intenționează o reformă în doi pași, în primă instanță urmând ca anumite texte să intre în vigoare imediat, urmând ca a doua parte a reformei să aibă loc în următoarele 8-12 luni, guvernul fiind abilitat, ca pe cale de ordonanță, să adopte măsuri de simplificare în domeniul justiției și al afacerilor interne. Doctrina va avea sarcina de a analiza, în perioada următoare, dacă această lege își va atinge scopul de simplificare a dreptului în Franța.

D. Codificarea – mijloc tehnic de realizare a reformei juridice în România

În România, reforma legislativă și instituțională a sistemului judiciar a început târziu²⁰, în comparație cu alte state europene ieșite din comunism odată

întâi la scară mică” ar trebui să fie un element cheie pe parcursul întregului proces și că evaluarea ex ante a noii legislații ar trebui să fie îmbunătățită, creând astfel un proces inteligibil și transparent de stimulare a creșterii și a competitivității în Europa”;

¹⁹ Pentru mai multe detalii asupra acestui subiect, a se vedea și *Mircea Duțu*, op.cit., p. 255 – 257;

²⁰ Spre exemplu, primele măsuri privind asigurarea transparenței și combaterea corupției au fost luate abia în 2003, iar legile de organizare a sistemului judecătoresc au fost adoptate în anul

cu țara noastră, fiind accelerată doar datorită procesului de aderare la Uniunea Europeană.

Încă de la momentul aderării, România și-a asumat un program legislativ ambițios care cuprindea adoptarea Codului Civil, a Codului Penal și a codurilor de procedură aferente, cu obiectivul explicit de modernizare a actului de justiție.

Deși codurile au fost adoptate în 2009 și 2010, procesul de punere în aplicare a acestora a fost unul îndelungat.

Astfel la 1 octombrie 2011, a intrat în vigoare Noul Cod Civil, însă în cadrul Raportului privind progresele realizate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare din 20 iulie 2011, Comisia constata că *"legislația de punere în aplicare a celorlalte coduri este încă în curs de elaborare și finalizare, nu se prevede o finalizare a studiilor de impact până la sfârșitul verii, s-au organizat puține cursuri de formare și nu există încă un plan cuprinzător de punere în aplicare"*²¹.

Cu ocazia raportului din 18 iulie 2012, Comisia recomanda *"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, ale ajustărilor din domeniul resurselor umane și ale investițiilor în infrastructura judiciară"*²².

În ciuda acestor recomandări, cu ocazia următorului raport, din 30 ianuarie 2013, Comisia constata că recomandarea din raportul anterior privind punerea în aplicare a tuturor celor patru coduri juridice nu a fost respectată. Astfel, în privința calendarului de punere în aplicare a codurilor, Comisia a reținut că acesta a rămas incert²³. Totodată, Comisia a mai reținut că *"evaluarea efectelor posibile ale codurilor numai după adoptarea lor de către Parlament creează o incertitudine suplimentară, iar o evaluare completă a impactului asupra resurselor umane este prevăzută doar pentru 2014"*²⁴.

La data de 15 februarie 2013 a intrat în vigoare Noul Cod de Procedură Civilă. Prin Legea nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2009 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea actelor normative conexe, au fost aduse peste 90 de modificări textului din 2013, mai ales în privința procedurii de executare silită.

2004. Chiar dacă astăzi, la 8 ani de la aderarea la Uniunea Europeană, putem spune că România este adaptată, în general, cerințelor dreptului european, lipsa tradiției culturale juridice, neîncrederea în justiție și corupția generalizată continuă să ne poziționeze, în opinia noastră, abia la începutul drumului în procesul de reformare a sistemului juridic;

²¹ Raportul Comisiei din 20 iulie 2011 privind progresele realizate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare, p. 4;

²² Raportul Comisiei din 18 iulie 2012 privind progresele realizate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare, p. 23;

²³ Raportul Comisiei din 30 ianuarie 2013 privind progresele realizate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare, p. 9;

²⁴ Idem, p. 9;

Noile coduri aplicabile în materia dreptului penal au intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014. Raportul Comisiei privind progresele înregistrate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare din 28 ianuarie 2015 semnalizează existența mai multor complicații legate de tranziția la noile coduri, unele dintre acestea fiind rezolvate prin adoptarea unor modificări pe calea ordonanțelor de urgență, în timp ce pentru alte aspecte au fost înaintate propuneri legislative pentru care procedurile în Parlament sunt în curs de desfășurare²⁵. Totodată, Comisia a mai semnalat necesitatea modificării codurilor ca urmare a unor decizii de neconstituționalitate pronunțate de Curtea Constituțională²⁶.

Adoptarea și intrarea în vigoare a noilor coduri a reprezentat, cel puțin din perspectiva autorităților statutului, un pas important pentru modernizarea sistemului judiciar din țara noastră. Totuși, în lumina rapoartelor Comisiei citate mai sus, constatăm că a lipsit o strategie globală cu privire la adoptarea noilor coduri mai ales în ceea ce privește planificarea calendarului de punere în aplicare al acestora și lipsa unei evaluări a efectelor lor anterioară intrării în vigoare. Totodată, s-a mai reținut că lipsește o monitorizare periodică a efectelor reale și a punerii în aplicare a noilor coduri, ceea ce ne privează la acest moment de posibilitatea reală de a analiza eficiența noilor dispoziții legale, de a vedea dacă a fost atins rezultatul urmărit prin promovarea lor. Mai apreciem că se impune și o analiză a efectelor economice și sociale ale noilor coduri, precum și ale celorlalte acte normative promovate de legiuitor.

Codificarea reprezintă, la nivel teoretic, unul dintre mijloacele tehnice de sistematizare și simplificare a reglementărilor juridice, având ca scop creșterea accesibilității cetățenilor la norma juridică, precum și eficientizarea acesteia. Totuși, instabilitatea noilor coduri înainte și după intrarea lor în vigoare, ridică semne de întrebare în ceea ce privește aptitudinea acestora de a simplifica și clarifica legislația din materia dreptului civil, a dreptului penal și a drepturilor procesuale corespondente. Numeroasele modificări și completări ale codurilor determină riscul unei inflații legislative de natură să creeze probleme de accesibilitate, efectivitate și eficiență pentru aceste reglementări. Adoptarea concepției moniste a dreptului civil a condus la suprimarea codului comercial, dar acest demers a produs, mai degrabă, o simplificare cantitativă decât una calitativă. Oricum, numeroasele modificări tind să anuleze câștigul cantitativ obținut de pe urma îmbrățișării monismului.

În ultimul raport al Comisiei din 2015 se mai menționează că utilizarea frecventă a ordonanțelor de urgență a condus la lipsa unei clarități legislative²⁷, ceea ce afectează posibilitatea de unificare a practicii instanțelor de judecată.

²⁵ Raportul Comisiei din 28 ianuarie 2015 privind progresele realizate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare, p. 6;

²⁶ Idem, p. 7;

²⁷ Ibidem, p. 6;

În concluzie, apreciem că la acest moment se impune inițierea unui proces amplu de reformare a reglementărilor din țara noastră construit pe baza dezideratelor europene privind o legiferare simplă și clară. Noua reformă trebuie să aibă la bază o strategie fermă, absolut necesară, pentru ca obiectivul de simplificare a dreptului să fie atins, să nu reprezinte doar un demers demagogic. Statul român are obligația de a evalua și a modifica în mod substanțial sistemul legislativ. Reglementările din țara noastră trebuie să se reîntoarcă la ideea de calitate pentru a permite dezvoltarea economică și socială a cetățenilor și ralierea efectivă la valorile europene.

Reîntoarcerea la faza inițială sistemul e în impas și incapabil să mai funcționeze efectiv.

FUNDAMENTE ȘTIINȚIFICE ALE DREPTULUI ÎN OPERA LUI MIRCEA DJUVARA

Viorel MIULESCU*

Abstract:

M. Djuvara makes an important distinction: rational law and positive law. Thus, all judgments by is ascertaining the justices of actions in society, formed independently of positive law are called law rational assessments. The rights and obligations ascertaining in this way represents the rational law. Rational law is the source of ideals of justice that every society builds the idea of justice reporting the idea of justice on its specific conditions. Justice appreciates the Romanian jurist, is a reasonable value and is impose by his own authority.

Keywords: *rational law, positive law, juridical reality, rights, obligations, idea of justice*

Semnificative pentru personalitatea lui Mircea Djuvara din perspectiva filosofiei dreptului sunt aprecierile lui Giorgio del Vecchio care în contextul prezentării scurte dar dense a preocupării privind filosofia dreptului în România, scrie despre Mircea Djuvara că este: „mai presus de toți ... deoarece prin vastitatea și profunzimea încercărilor sale trebuie să fie recunoscut nu numai ca cel mai mare gânditor român, dar și ca unul dintre cei mai mari gânditori contemporani în domeniul filosofiei juridice, care ... format pe baze neokantiene, se depărtează totuși de formalismul neokantian printr-o analiză profundă și originală a realității dreptului viu”¹.

Personalitatea și opera lui Mircea Djuvara mult timp ignorate, constituie obiectul unor recente lucrări și studii de valoare, precum lucrările lui Barbu Berceanu *Universul juristului Mircea Djuvara* și Dumitru Viorel Piuitu *Filosofia juridică a lui Mircea Djuvara*, sau studiile lui Nicolae Culic *Mircea Djuvara, teoretician și filosof al dreptului*, Sofia Popescu *Reflectarea școlilor dreptului în gândirea românească, o restituire datorată* și Ion Craiovan *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie*.

S-a născut la București în anul 1886, unde a urmat școala generală și liceul. Tot aici își începe studiile universitare, urmând cururile Facultății de Drept și ale Facultății de Litere și Filosofie. După absolvirea acestor facultăți, își continuă studiile la Paris, unde frecventează la Sorbona cursurile de drept, filosofie, matematică, fizică, medicină, sociologie și psihologie. Face mai multe călătorii în

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret” din București, email: viorelmiulescu@yahoo.com.

¹ Giorgio del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, Ed. Europa Nova, București, 1993, p. 166.

Germania, unde audiază cursurile și profesorii care îl interesau. În 1913 obține doctoratul în drept la Sorbona cu teza: *Le fondement du phenomene juridique. Quelque reflexion sur les principes logiques de la connaissance juridique*.

A scris peste 144 de lucrări din care se pot menționa: *Teoria generală a dreptului* (Enciclopedia juridică), 1930; *Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, 1934; *Dialectique et experience juridique*, 1937; *Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international*, 1939; *Precis de filosofie juridică (Tezele fundamentale ale unei filosofii juridice)*, 1941; *Contribuție la teoria cunoașterii juridice. Spiritul filosofiei kantiene și cunoașterea juridică*, 1942.

În afara preocupărilor de ordin juridic, Mircea Djuvara, în creația sa, cuprinde și lucrări filosofice, de sociologie, critică literară, eseuri diverse, articole politice. Datorită meritelor sale, a fost membru activ al unor importante instituții: Asociația pentru Studiul și Reforma Socială, Societatea de Studii filosofice, Academia Română (membru corespondent), Institutul de Științe Morale și Politice (devenit Academia de Științe Morale și Politice).

Desfășoară o bogată activitate ca membru al Institutului Internațional de Filosofie a Dreptului și Sociologie Juridică din Paris și înființează în țară Institutul Român de Filosofia Dreptului ca filială a celui din Franța.

Își începe cariera universitară în calitate de conferențiar la Facultatea de Drept din București, ținând cursuri de drept constituțional și de filosofia dreptului. Devine profesor universitar titular în anul 1932 la aceeași facultate deținând catedra de Teoria generală a dreptului cu aplicație la dreptul public, transformată începând cu anul 1938 în catedra de Enciclopedia și filosofia dreptului, unde va preda până la încetarea din viață în anul 1944. A fost, de asemenea, profesor la Academia de Drept Internațional de la Haga și a ținut prelegeri la facultățile de drept din Roma, Berlin, Viena și Marburg.

A fost deputat în perioada 1922-1937 cu intermitențe, vicepreședinte al Camerei (1933 – 1936) și ministru al Justiției (22 august 1936 – 23 februarie 1937).

În plan internațional a reprezentat România la Adunările Generale ale Societății Națiunilor, a fost președinte al grupului interparlamentar român și vicepreședinte al Consiliului Executiv al Asociației Române pentru Societatea Națiunilor².

Mircea Djuvara concepe *Teoria generală a dreptului* (Enciclopedia juridică) dintr-o perspectivă sintetică, generalizatoare, care reține ceea ce este persistent în drept, permanențele juridice. Această perspectivă juridică asupra dreptului se completează cu perspectiva filosofiei dreptului care „pornește de la filosofie, de la concepțiile mari despre viață și confruntându-le cu rezultatele științei, caută să ajungă la rezultatele sale”³.

² N. Popa, I. Dogaru, Gh. Dănișor, D.C. Dănișor, *Filosofia dreptului – marile curente*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 251.

³ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, București, 1939, vol. I, p. 27-28.

Juristul român relevă dimensiunea socială a dreptului, faptul că realitatea juridică în esența ei implică subiecte de drept, drepturi și obligații, activități care formează obiectul juridic al acestor drepturi și obligații, sancțiunea juridică recunoscută ca urmare a stabilirii unor obligații juridice.

Dreptul, precizează M. Djuvara, arată „actele permise, interzise sau impuse în societate pe baza ideii de justiție”⁴.

M. Djuvara face o distincție importantă: drept rațional și drept pozitiv. Astfel, toate judecățile prin care se constată justiția acțiunilor în societate, formată în mod independent de dreptul pozitiv sunt numite aprecieri de drept rațional. Drepturile și obligațiile constatate în acest fel reprezintă dreptului rațional. Dreptul rațional este și sursa idealurilor de justiție pe care fiecare societate și le făurește raportând ideea de justiție la condițiile ei specifice. Justiția, apreciază juristul român, este o valoare rațională și se impune prin propria sa autoritate.

Dreptul rațional există sub forma unei serii de principii anterioare logic dreptului pozitiv pe care îl fundează. Dreptul pozitiv, respectiv normele juridice impuse de cutume și legi, dreptul care se aplică într-o societate la un moment dat, trebuie să dezvolte, să aplice și să organizeze principiile și normele dreptului rațional.

Conform acestei determinări, ansamblul sistematic al dreptului pozitiv trebuie să fie simțit ca just în elementele sale fundamentale în societatea unde se aplică, altfel „soluția juridică nedreaptă nu este o soluție, este o eroare juridică. Atunci când pe baza unui text de lege – și se poate întâmpla – judecătorul se vede nevoit să facă nedreptate, atunci nu zicem că ne aflăm în fața unei soluții corecte, atunci ne aflăm în fața unei erori juridice sau legislative, care caută să fie îndreptată. Atât legiferarea, cât și aplicarea dreptului nu pot să aibă decât un singur înțeles, realizarea dreptății între oameni”⁵.

În această concepție, singura justificare a dreptului pozitiv este justiția. Desigur că în drept sunt prezente interese, dar orice interes trebuie justificat în fața ideii de justiție. Deci interesul în drept nu poate fi luat în seamă decât atunci când este în conformitate cu idealul de justiție, așa cum îl concepe societatea. Noțiunea dreptului nu se poate confunda cu aceea a interesului decât numai dacă luăm acest din urmă cuvânt în înțelesul superior de pură aspirație spre dreptate⁶.

O acțiune este dreaptă, precizează M. Djuvara, atunci când este expresia externă a activității libere a unei persoane oarecare, activitate care nu intră în contradicție cu aceleași activități ale celorlalte persoane.

⁴ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All, București, 1995, p. 7.

⁵ M. Djuvara, *op. cit.*, p. 114.

⁶ M. Djuvara, *Precis de filosofie juridică*, București, 1941, p. 23.

S-a remarcat faptul că distincția drept rațional-drept pozitiv este o distincție cardinală pentru concepția lui M. Djuvara. Ea propune o modalitate de soluționare a problemei sursei și valabilității dreptului pozitiv. Aprecierea în conformitate cu care fundamentul dreptului pozitiv constă în „acte raționale de apreciere individuală independentă” nu surprinde eroarea fundamentală a școlii moderne a dreptului natural de a face din rațiune unica sursă a dreptului, ignorându-se, în geneza complexă a normativității juridice, condițiile materiale de existență⁷.

Abordarea filosofică a dreptului de către M. Djuvara începe prin surprinderea semnificației acestuia în viața social-umană. Acest lucru face trimiterea la o disciplină totalizatoare, filosofia, de care depinde dreptul în privința principiilor sale. De altfel, analiza teoriilor despre natura dreptului evidențiază ideea că orice știință a dreptului este ridicată pe un sistem general de filosofie.

Conceperea dreptului ca modalitate de coexistență a voințelor libere, subordonarea dreptului moralei, teze fundamentale care orientează gândirea juridică a juristului român vădesc puternica influență a filosofiei kantiene, majoritatea examinatorilor considerându-l neokantian.

După Kant, dreptul pur, dreptul just trebuie să garanteze demnitatea și libertatea omului.

În acest sens, M. Djuvara afirmă că libertatea este postulatul oricărei probleme de drept, este fundamentul dreptului. În orice realitate juridică este cuprins postulatul că există libertatea persoanei; pentru ca cineva să aibă drepturi și obligații trebuie să fie socotit persoană liberă. Iar ca persoană liberă fiecare om caută să-și realizeze idealul moral propriu, are dreptul să-și realizeze personalitatea, dar nu poate avea dreptul să împiedice de la aceasta pe ceilalți, fiecare având obligația de a respecta libertatea celorlalți, căci altfel rațiunea ne spune că facem o nedreptate. Dreptul este astfel conceput ca o modalitate de reglementare a coexistenței libertăților. Dreptul limitează libertatea, dar tocmai prin această limitare aparentă se înfăptuiește libertatea fiecăruia dintre noi⁸.

În acest fel, conceput ca o coordonare și armonizare a libertăților de acțiune morală a fiecăruia, dreptul este orientat spre morală, are ca scop însăși moralitatea.

Acest lucru este dovedit și de faptul că esența dreptului stă în justiție și justiția nu poate fi imorală, altfel dreptul s-ar identifica cu forța.

Așa cum rezultă și din filosofia kantiană, la Mircea Djuvara se observă că există intenția de a pune în centrul atenției individul uman. Acesta din urmă este cel care creează valorile, morale sau juridice, având înscrisă în el, în mod *apriori* principiul justiției, după care se structurează realitățile sociale. La această

⁷ N. Culic, *Mircea Djuvara – teoretician și filosof al dreptului. Studiu introductiv la „M. Djuvara. Eseuri de filozofie a dreptului”*, Ed. Trei, 1997.

⁸ M. Djuvara, *op. cit.*, p. 121.

concluzie se ajunge atunci când se afirmă că elementele *apriori* nu rezultă din experiență, ci fac posibilă orice experiență. De aceea Kant a putut face afirmația, plină de consecințe, că omul nu este mijloc, ci scop în sine. Kant, atunci când vorbește de *datorie*, are în vedere posibilitatea omului de a se autocontrola și de a-și impune în mod voluntar un anumit fel de comportament, dincolo de influențele înclinațiilor și sentimentelor. În felul acesta comportamentul său poate deveni o maximă universală. Societatea se structurează, în felul acesta, în funcție de individ, și nu invers. De aceea, după Kant, omul și în genere orice ființă rațională există ca scop în sine, nu numai ca mijloc de care o voință sau alta să se folosească după bunul ei plac, ci în toate acțiunile lui, atât în cele ce-l privesc pe el însuși, cât și în cele care au în vedere alte ființe raționale, omul trebuie considerat totdeauna în același timp ca scop⁹.

Acest mod de abordare a omului se bazează pe faptul că natura rațională există ca scop în sine și se întemeiază din sine însăși. De aici rezultă *imperativul: acționează astfel ca să folosești umanitatea atât în persoana ta, cât și în persoana oricui altuia în același timp ca scop, iar niciodată numai ca mijloc*¹⁰.

Se observă că pentru Kant întemeierea rațională a datoriei este independentă de factorii psihologici și sociali. Pe acest mod kantian și neokantian, își construiește și Mircea Djuvara concepția sa despre *datorie*. Kant a făcut în permanență afirmația că morala se deosebește de drept. Morala vizează forul interior, iar dreptul forul extern. Pornind de aici el va defini dreptul ca „ansamblul legilor pentru care o legislație exterioară este posibilă”¹¹. Cu toate că s-a stabilit diferența dintre morală și drept, ele au și ceva în comun, și anume întemeierea lor pur rațională, astfel că dreptul poate fi înțeles după exigențele unei episteme pur raționale. Rațiunea filosofică se fundamentează pe un *apriori* universal. În felul acesta „Kant a arătat că fundamentele unei metafizici a moravurilor nu se pot găsi decât în structurile rațiunii.

Susținând legătura dintre morală și drept, Mircea Djuvara va consemna, faptul că „elementul interior, susceptibil de judecată morală, nu poate fi direct influențat sau modificat printr-o acțiune materială exterioară”¹², ceea ce înseamnă că este „imposibilă aplicarea regulilor juridice asupra forului interior (...)”¹³. Rezultă că morala este cea care fundamentează dreptul și niciodată invers.

În Metafizica moravurilor, Kant descoperea unitatea rațională a dreptului și moralei în conceptul de *datorie*: „Toate datorii – susținea el – sunt fie *datorii juridice (officia iuris)*, adică acelea pentru care este posibilă o legislație

⁹ Im. Kant, *Critica rațiunii practice*, Ed. Științifică, București, 1972, p. 46.

¹⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹¹ Im. Kant, *Doctrina dreptului*, în *Metafizica moravurilor*, Ed. Antaios, 1999.

¹² M. Djuvara, *Drept și morală, Eseuri de filozofia dreptului*, op. cit., p. 61.

¹³ *Ibidem*, p. 61.

exterioară, fie *datorii ale virtuții* (*officia virtutis s. ethica*), pentru care o astfel de legislație nu este posibilă (...)”¹⁴.

Abordând într-un stil care îndeamnă la meditație problema fundamentului dreptului, Mircea Djuvara se va întreba cum este posibilă trecerea de aici la *dreptul pozitiv*. Punând o astfel de problemă, el va critica pozitivismul în general, așa cum a fost conceput de Auguste Comte, dar mai ales, pozitivismul juridic. Critica pozitivismului o va face de pe pozițiile neokantianismului. Experiența, așa cum susțineau pozitiviștii, nu poate întemeia știința, fără a apela la logică, cea care de fapt stă la baza oricărei experiențe posibile.

Convingerea lui Mircea Djuvara este aceea „că putem afirma că există drept și în afara dreptului pozitiv și că întreg dreptul nu se reduce numai la normele puse în mod expres de dreptul pozitiv”¹⁵. El își întemeiază afirmația pe faptul că în viața socială oamenii fac și unele aprecieri de drept care nu au nici o legătură cu dreptul pozitiv. Asemenea aprecieri se produc în fiecare zi, independent de dreptul pozitiv. Exemplul următor este edificator: „Orice om normal care ar fi întâmplător de față la o tâlhărie simte îndată revolta conștiinței care îi afirmă că actul astfel constatat este nedrept; acel protest se produce înainte ca cel care îl simte să gândească la vreo lege; abia pe urmă el poate avea ocazia să cerceteze textele legii penale spre a vedea dacă actul se încadrează în mod exact în prevederile ei”¹⁶. Exemplele pot continua la infinit în viața de zi cu zi.

Se poate spune, fără a greși, „că orice activitate socială își are un drept corespondent. *Ubi societas, ibi ius*”¹⁷. Acest drept este întemeiat prin rațiune, astfel că „Dreptul de care vorbim în întregimea lui, are, cu alte cuvinte, un caracter rațional”¹⁸.

Faptul că dreptul pozitiv nu poate exista în afara dreptului rațional rezultă din caracterul limitat al activității legiuitorului, pentru că „El este pătruns de ideile timpului și trebuie să țină seama atât de mentalitatea, cât și de faptele vieții sociale pe care dorește să le reglementeze”¹⁹. De fapt, ideile timpului în care lucrează legiuitorul se constituie în *sursă reală* a dreptului pozitiv, una dintre cele mai importante surse ale dreptului, pentru că „Regulile juridice exprimă o necesitate socială. Ele au ca izvor conștiința colectivă. Nevoile acestei conștiințe colective comandă existența dreptului. Mișcările politice, cerințele economice, mișcările sociale, ideile filosofice, doctrinele care domină conștiința colectivă într-un anumit moment istoric, reprezintă faptele care creează un anumit drept și nu altul. Izvoarele reale ale dreptului sunt aceste realități

¹⁴ Vezi Im. Kant, *Metafizica moravurilor*, op. cit.

¹⁵ M. Djuvara, *Drept și drept pozitiv*, op. cit., p. 84.

¹⁶ *Ibidem*, p. 84.

¹⁷ *Ibidem*, p. 84.

¹⁸ *Ibidem*, p. 85.

¹⁹ *Ibidem*, p. 87.

exterioare sistemului juridic care îi determină conținutul concret”²⁰. Acestea constituie fundamentele meta-juridice ale normei, aceste fundamente fiind constituite la nivelul societății ca un drept rațional de sine stătător. Din această perspectivă, se poate spune că adevărata întemeiere a dreptului pozitiv vine din afara sa, și anume din rațiunea colectivă, care nu se conformează, ci impun e dreptului pozitiv o anumită limită peste care acesta nu poate trece fără grave perturbări.

Meritul lui Mircea Djuvara este, de aceea, foarte mare, pentru că el susținea fundamentarea rațională a dreptului pozitiv, într-o perioadă când pozitivismul juridic se mai afla în plină expansiune.

Credincios ideii de justiție, Mircea Djuvara va concluziona: „iată de ce am afirmat cu altă ocazie că dreptul pozitiv este în realitate omagiul pe care viața socială îl aduce cu necesitate dreptului în sine.

Esența acestui din urmă drept, „imuabilă prin ea însăși, dar multiformă în manifestările ei pozitive, constă în necesitatea coordonării activității libere a oricui și a tuturor, adică ocrotirea dezvoltării raționale, prin promovarea creațiilor spirituale, care rămân, în cele din urmă, singura mândrie a omului, din toate zbuciumările ei istorice”²¹. Prin ideile sale, prin pasiunea cu care le-a susținut, Mircea Djuvara este unul dintre cei mai de seamă filosofi ai dreptului pe care i-a dat România. Ideile sale, chiar dacă nu sunt absolut noi, ele înscriindu-se în curentul neokantian, sunt argumentate într-un mod original, făcând din el o voce distinctă în cadrul curentului neokantian european.

²⁰ I. Dogaru, D. C. Dănișor, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Științifică, București, 1999, p. 125.

²¹ M. Djuvara, *Drept și drept pozitiv*, op. cit., p. 88.

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND DREPTUL CONTEMPORAN

*Florin-Bogdan LĂCRARU**

Abstract:

Simplification of the law is one among the many responses that the legal system of the Roman-Germanic law (continental) formulates and promotes them in recent decades in an effort possible compatibility with the common law offense and to adapt to neoliberal globalization. It is necessary, in this perspective, the objective phenomenon, with major consequences in the medium and long term, expressing positive convergences legal systems, while keeping traditions and peculiarities of their development.

Keywords: *law, law simplification, globalization of law, legal systems*

Sistemul dreptului se caracterizează printr-o structură, printr-o anume aranjare a elementelor în sistem. Structurarea normelor juridice s-a realizat după multiple criterii și, în general, ea se face în mod diferit de la o țară la alta, de la un sistem de drept la altul, remarcând însă și modalități și criterii comune mai multor sisteme¹.

Autorul Ion Dogaru² consideră că sistemul de drept poate fi definit ca fiind structura internă a dreptului (organizarea internă a dreptului) într-un stat, structură chemată să asigure înfăptuirea unității normelor juridice și gruparea lor pe părți interdependente (sisteme ale sistemului), și anume pe ramuri de drept și instituții juridice.

De altfel, autoarea Sofia Popescu³ distinge între sistemul normativ juridic și alte sisteme normative existente în societate, cum ar fi: morala, normele de conviețuire socială, obiceiurile, normele tehnice și normele religioase. De regulă, se folosește termenul de sistem, pentru că, între subsistemele acestuia și normele care-l alcătuiesc există interdependențe. Dacă l-am concepe ca pe o totalitate a normelor sociale, ar însemna să negăm legăturile dintre elementele componente, ceea ce nu este corect.

După părerea sa⁴, dreptul constituie o disciplină socială care reglementează raporturile dintre oameni și stă la baza cerințelor impuse omului care trăiește în

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret” din București; email: bogdanlacraru@yahoo.com.

¹ Genoveva Vrabie, Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Ștefan Procopiu, Iași, 1993, p. 89.

² Ion Dogaru, *Elemente de teoria generală a dreptului*, Ed. Oltenia, Craiova, 1993, p. 205.

³ Sofia Popescu, *Introducere în studiul dreptului*, Ed. Unex A-Z, București, 1994, p. 101.

⁴ Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, op. cit., p. 122.

societate. Dreptului îi este atribuit un rol de arbitru între individ și grup, de instrument de asigurare a stabilității societății. În opinia sa, dreptul este un produs al vieții sociale, al inteligenței și voinței umane⁵.

În literatura juridică română, s-a arătat că, noțiunea de *drept*⁶ este o metaforă⁷, termenul de *directum* fiind utilizat într-un dublu sens figurativ, desemnând ceea ce, în general, este în conformitate cu regula, cu legea.

După Giorgio del Vecchio „Dreptul este relație de viață, este coordonare, limită garanție a raporturilor sociale”⁸.

În viziunea autorului Nicolae Popa⁹, dreptul este principiul de direcție, de coeziune socială, el dă societății caracterul de definit, de coerență.

Alți autori, Ioan Ceterchi și Ion Craiovan¹⁰, definesc dreptul din perspectivă istorică ca un „dat”, obiect de știință, în timp ce „elaborarea” dreptului pozitiv presupune însă „o construcție” și în acest sens regulile juridice sunt opera tehnicii juridice. „Datul” dreptului este cercetat de știință, care conturează orientarea generală, furnizată de situația economică, politică, culturală, juridică a societății respective, ce determină în genere, conținutul dreptului.

Max Weber a definit dreptul ca o normă legitimă, a cărei validitate este garantată din exterior, prin posibilitatea folosirii unei constrângeri fizice sau psihice din partea celui care acționează în mod direct pentru a obține respectarea normei sau prin posibilitatea pedepsirii încălcării normei de către un aparat special constituit, în acest scop. Definiția autorului a fost criticată pentru accentul pus pe aplicarea sancțiunii¹¹.

În opinia autorului Romul Petru Vonica¹², dreptul este un fenomen social, un produs al vieții societății, un fenomen de cultură. Susținând un punct de vedere original, *încadrează științele juridice* în categoria științelor culturii care au ca obiect de studiu fenomenele umane determinate de spirit, voință, prin libertatea creatoare a omului. În plus, autorul citat susține că, științele juridice sunt legate de științele sociale, ca științe care au ca obiect studiul diferitelor aspecte ale vieții din societate și care cuprind și sociologia, știința politică, economia, care nu sunt însă științe normative, astfel cum sunt științele juridice, ci științe descriptive.

⁵ *Ibidem*, p. 93.

⁶ Ion Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 157.

⁷ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil* (6^e éd.), t. I, LGDJ, Paris, 1911, p. 1; Paul C. Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. I, Ed. Europa Nova, București, 1994, p. 17.

⁸ Giorgio Del Vecchio, *Justiția*, traducere de Vladimir Boanță, introducere de Mircea Djuvara, Ed. Cartea Românească, București, 1936, p. 164.

⁹ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 29.

¹⁰ Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1996, p. 84-85.

¹¹ Sofia Popescu, *Sociologia juridică*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 34-42.

¹² Romul Petru Vonica, *Introducere generală în drept*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 11-13.

Ioan Santai¹³ definește dreptul ca fiind „ansamblul normelor generale de conduită instituite sau recunoscute (sanctionate) de stat, exprimând voința social generală și care are ca scop reglementarea relațiilor sociale în conformitate cu interesele fundamentale ale societății, iar respectarea lor este garantată prin forța de constrângere a statului”.

În viziunea autorului Mihai Bădescu¹⁴, noțiunea de „drept”, presupune un ansamblu al explicațiilor teoretice despre fenomenul social al dreptului care are în vedere știința teoretică a dreptului.

După autorul Mircea Duțu¹⁵, dreptul reprezintă, un ansamblu și un sistem rațional de valori, principii, norme, concepte, mecanisme, instrumente, adesea universale și atemporale, cărora legea ori reglementarea în vigoare, la o unitate de timp și spațiu determinate, îi dă expresie la unul dintre numeroasele puncte de echilibru dorite între considerații, interese și exigențe contradictorii diverse, care se concentrează și se confruntă într-un context specific.

Immanuel Kant definește dreptul, ca totalitatea condițiilor în care voința liberă a fiecăruia poate coexista cu voința liberă a tuturor, în conformitate cu o lege universală a libertății, și precizează că, statul servește la îngrădirea libertății individuale pentru asigurarea vieții sociale și există tocmai, datorită coexistenței, a limitărilor reciproce între libertățile individuale și libertatea tuturor¹⁶.

În definițiile date dreptului, se poate constata un element comun al acestora și anume, acela că, autorii se raportează invariabil la totalitatea, ansamblul sau sistemul dreptului.

Autorul Mircea Duțu, consideră că *mondializarea dreptului* reprezintă ocazia și, într-un anumit sens chiar presupune emergența unui drept global, unul al comunității (societății mondiale). Este vorba, în sens larg, de un proces global de lărgire a spațiilor geografice, economice, politice, normative, favorizând astfel, aparent, paradoxal, interacțiunile și schimbările printr-o apropiere a actorilor și o accelerare a timpului.

Sub acest aspect, una dintre cele trei forme de producere transnațională a dreptului, evidențiată de Lawrence M. Friedman este cea *neplanificată și evolutivă*, interesând sociologia juridică comparativă.

După părerea sa, cel mai important tip de dezvoltare transnațională neplanificată este *efectul convergenței*. Nu contestă postulatul fundamental al sociologiei dreptului, constând în aceea că sistemele juridice reflectă societățile

¹³ Ioan Santai, *Introducere în Teoria generală a dreptului*, Ed. Risoprint, Cluj-Napoca, 2000, p. 34.

¹⁴ Mihai Bădescu, *Concepte fundamentale în teoria dreptului*, Ed. V.I.S. Print, București, 2003, p. 1-2.

¹⁵ Mircea Duțu, *Dreptul: între ipostaze teoretice și avatarurile mondializării*, Ed. Academiei Române și Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 86

¹⁶ Romul Petru Vonica, *op. cit.*, p. 64.

în care există, că ele nu mai sunt complet autonome, autonomia lor fiind îngrădită de limite riguroase și admite că, pe termen lung sistemele juridice își apropie forma societăților respective, ca o mânășă care se adaptează mâinii care o poartă. Comparând dreptul japonez cu dreptul italian, arată că, Japonia are legi bancare, legi privind mediul, legi privind mărcile și brevetele, diferite din anumite puncte de vedere, dar cu siguranță există și similitudini ca de exemplu, în ceea ce privește legea impozitului pe venituri.

Cel mai semnificativ exemplu de convergență este acela între țările de *Common Law* ca Anglia și Statele Unite, pe de o parte, și țările Europei occidentale sau Japonia, pe de altă parte.

Convergența apare, în aceeași opinie, ca un proces natural, într-o societate mobilă, care evoluează, în aceleași direcții, fiind firesc pentru țările dezvoltate să aibă multe instituții juridice comune.

În teorie, procesul de convergență este comensurabil, comparându-se sistemele juridice, pe baza diverselor criterii, pentru a stabili în ce măsură sunt convergente sau divergente. În acest sens, unii autori au pus accentul pe deosebiriile dintre sistemele juridice și nu pe asemănările dintre ele, care corespund acelorași etape de progres economic, juridic, social. Autorul Lawrence M. Friedman observă, pe drept cuvânt, că forțele motrice, economice și sociale ale procesului de convergență sunt mai subtile și mai greu de sesizat de către știința juridică dogmatică ce nu acordă atenție dreptului viu. Ea nu poate sesiza grupurile care promovează globalizarea sistemelor juridice, dezvoltarea normelor juridice transnaționale¹⁷.

De observat că, întreaga istorie a Europei a cunoscut alternanța continuitate – discontinuitate, inclusiv în domeniul juridic, iar experiența Uniunii Europene în acest plan ar trebui valorificată și în procesul lărgirii integrării în Uniunea Europeană.

Referindu-ne la raportul dintre continuitate și discontinuitate, ar mai putea fi adăugată și teza autorului Malcolm M. Feeley¹⁸, de a se practica concomitent *analiza transnațională și analiza longitudinală*.

În opinia sa, discontinuitatea ar consta în studiul aspectelor aceluiași fenomen de-a lungul timpului. Acest tip de analiză este practicat frecvent în Statele Unite, sub denumirea „*Studiu înainte și după*”, efectuat ca studiu istoric, în scopul examinării efectelor modificării dreptului material și procesual și a practicilor administrative.

¹⁷ Sofia Popescu și Ramona Ioniță, *Continuitate și discontinuitate în domeniul juridic, cu specială privire asupra istoriei dreptului românesc*, comunicare la cel de al 28-lea Congres Anual al Academiei Americane Române de Arte și Științe, Târgu Jiu, iunie, 2003.

¹⁸ Malcolm M. Feeley, *Comparative Criminal Law for criminologist. Comparing for what Purpose? în Comparing Legal Cultures*, p. 94, citat de Sofia Popescu și Ramona Ioniță, *Continuitate și discontinuitate în domeniul juridic, cu specială privire asupra istoriei dreptului românesc*, comunicare la cel de al 28-lea Congres Anual al Academiei Americane Române de Arte și Științe, Târgu Jiu, iunie, 2003.

Dimpotrivă, elementele de continuitate ar rezulta din istoria *comună a țărilor europene*, a *sistemelor lor de drept* și a *culturilor lor juridice*. Acestea au exercitat un rol important în *procesul integrării europene în domeniul dreptului*.

De exemplu, în Europa continentală există tradiția comună a dreptului roman (*ius commune*), a umanismului, a iluminismului și a codificărilor moderne¹⁹.

Noțiunea de *ius commune* al Europei s-a menținut de-a lungul întregii evoluții a gândirii juridice europene și s-a dovedit capabilă să renască, astfel cum s-a întâmplat cu dreptul roman clasic, începând din secolul al XII-lea. Redescoperirea științei clasice a dreptului roman din care provine știința juridică a țărilor europene și-a pus amprenta asupra conținutului majorității *sistemelor de drept* ale acestor țări. Astfel, dreptul românesc, după cum sublinia regretatul profesor Victor Dan Zlătescu, aparține sistemului de *drept romano-germanic*, având la bază, în principiu, sistemul juridic francez. Autorul²⁰, evidenția ca trăsături caracteristice ale sistemului de drept romano-germanic: descendența sa romană și tendința de codificare, începând cu secolul al XVIII-lea.

Alt autor, Carl Otto Lenz²¹ considera că, *sistemele de drept* din statele membre ale Uniunii Europene au rădăcini comune, sunt înrudite, fapt confirmat de istoria lor, fiindcă aria Uniunii Europene este în esență, identică cu partea europeană a Imperiului Roman, guvernată de dreptul roman. După părerea sa, metodele de interpretare sunt comune statelor membre ale Uniunii Europene, reprezentând o parte a moștenirii Uniunii, fiind recunoscute și experimentate de-a lungul secolelor.

În plus, față de cele menționate, autorul explică și particularitățile distinctive ale sistemului de drept *Common Law*²², în principal, prin absența caracteristicilor definitorii ale sistemelor de drept romano-germanice care sunt următoarele: continua recepționare a lui *Corpus iuris civilis*; monopolul dreptului statal; accentuata abstractizare, consecință a unui drept rațional și a unei științe juridice bazată pe dreptul roman²³.

¹⁹ Sofia Popescu, *Continuitate și discontinuitate în domeniul dreptului, dreptul românesc și integrarea europeană*, vol. I, 2003, din comunicările prezentate la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice din 28 martie 2003, București, p. 18.

²⁰ Victor Dan Zlătescu, *Drept privat comparat: teoria generală a comparației drepturilor. Geografia juridică*, Ed. Oscar Print, București, 1997, p. 117, 132, 170-172, 174, 175, 177.

²¹ Carl Otto Lenz, *Common Bases and Fundamental Values of European Community*, în *European Legal Cultures*, p. 78-79, citat de Sofia Popescu în *Continuitate și discontinuitate din perspectiva integrării europene în domeniul dreptului*, în SDR, nr. 1-2/2003, p. 13.

²² Termenul de *common-law* provine din *commune ley* – legea comună – și își are originea în cutumele aflate în vigoare înaintea de cucerirea normandă. Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului, Curs universitar*, Ed. Sitech, Craiova, 2013, p. 64.

²³ Sofia Popescu, *Continuitate și discontinuitate din perspectiva integrării europene în domeniul dreptului*, în SDR, nr. 1-2/2003, p. 13.

Sub aspectul raportului dintre cele două mari familii de drept²⁴, s-a arătat pe bună dreptate (Sofia Popescu²⁵) că în sistemele de drept anglo-saxon – puterea creatoare de drept a judecătorului este una dintre trăsăturile și din particularitățile esențiale ale acestora. În schimb, în sistemele de drept romano-germanice, judecătorul nu se poate pronunța pe cale de dispoziții generale.

În prezent, autorul Mircea Duțu consideră că, *simplificarea dreptului* reprezintă unul dintre mai multele răspunsuri pe care sistemul juridic de *drept romano-germanic* (continental) le formulează și promovează în ultimele decenii, într-un efort de compatibilizare pe cât posibil cu ofensiva *sistemului de common law* și de adaptare la cerințele mondializării neoliberale. După părerea autorului, acesta se impune, din această perspectivă, ca un fenomen obiectiv, cu consecințe majore pe termen mediu și lung, exprimând convergențele sistemelor de drept pozitiv, dar cu păstrarea particularităților tradiției și specificul dezvoltării proprii. Pentru a fi inițiat și promovat cu succes și la noi proiectul simplificării dreptului trebuie să se înțeleagă pe deplin mizele majore ale unui asemenea demers, precum și dificultățile procesului aferent și obstacolele ce trebuie depășite pentru a schimba „logiciul” normativ. Este vorba, dincolo de operațiunile tehnice pe care le presupune și de voința politică necesară realizării lui, de o problemă și un exercițiu de cultură politică și administrativă și este binecunoscut cât de greu este să se facă să se evolueze în asemenea privințe. Nu în ultimul rând, pe lângă modernizare și eficiență ar fi vorba de un act de cultură juridică, simplificarea prin sinteză și o mai bună sistematizare însemnând un progres, un acces sporit la cunoașterea și afirmarea valorilor juridice primordiale. Pentru România *simplificarea* masivului corpus legislativ actual, marcat de paralelisme și incoerențe, reprezintă o etapă indispensabilă a dezvoltării sale, a trecerii de la dreptul polimorf, rezultat în urma marilor reforme social-politice, economice și legislative din ultimii 25 de ani, la noul drept românesc. Simplificat, bine structurat și articulat în sistem, cu atât mai mult cu cât noua Constituție din 1991 și amplul proces de recodificare a domeniului dreptului civil și dreptului penal oferă premise favorabile, dreptul poate deveni un puternic factor de modernizare și europenizare (occidentalizare) a societății românești²⁶.

²⁴ Mihai Bădescu, *Familii și tipuri de drept*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 9.

²⁵ Sofia Popescu, *Statul de drept în debaterile contemporane*, Ed. Academiei Române, București, 1998, p. 157-158.

²⁶ Mircea Duțu, *Dreptul: între ipostaze teoretice și avatarurile mondializării*, Ed. Academiei Române și Universul Juridic, București, 2014, p. 258-259.

NORMELE DE DREPT INFLUENȚATE DE PRECEPTE RELIGIOASE

Georgeta CREȚU*

Abstract:

The author evokes influences, frequent religious precepts of the rule of law, and also their impact on human behavior.

Keywords: *religious precepts, the rule of law, community*

În comunicarea de față, încercăm să analizăm, *normele de drept influențate de precepte religioase*.

Mai înainte, ne întrebăm dacă atacul terorist săvârșit la Redacția săptămânalului satiric „Charlie-Hebdo atrage influențarea preceptelor religioase privind comportamentul comunităților umane, inclusiv privind elaborarea și aplicarea normelor de drept.

Sub acest aspect, Sofia Popescu arată că, conviețuirea în societate presupune impunerea membrilor acesteia a anumitor conduite, absolut necesare coexistenței lor, conduite asupra cărora își exercită acțiunea mai multe categorii de norme sociale, cele mai importante fiind normele juridice¹.

Referindu-ne la diferitele tipuri de reguli care au *disciplinat relațiile sociale* de-a lungul veacurilor, menționăm *mijloacele ajuridice* sau *nejuridice* de disciplinare a relațiilor sociale de *mijloacele juridice* (*rânduielele dreptului*).

S-ar putea spune că în decursul timpului, asigurarea ordinii în relațiile sociale (ordinea socială) au fost stabilite pe calea obiceiului, a tradiției (*ordine cutumiară*) ori pe baza prescripțiilor religioase (*ordine religioasă*) sau prin folosirea preceptelor morale (*ordine morală*) iar mai târziu, după crearea unei autorități publice conducătoare, a elaborării de reguli care disciplinează conduita oamenilor în raport cu valorile sociale ocrotite, această ordine a fost statornicită au fost stabilite prin folosirea rânduielele dreptului (*ordinea juridică*).

De altfel, ideea de ordine și disciplină le era sugerată oamenilor primitivi chiar de ordinea care domnea în natură și în viața individului de fiecare zi (de pildă, ordinea anotimpurilor, a zilelor după noapte, a necesității pentru omul primitiv ca, pentru a-și astâmpăra foamea, să acționeze în căutarea hranei și să respecte regulile naturale ale vânătorii și pescuitului). Ca atare, spiritul de ordine și disciplină nu s-a „sădit” în conștiința oamenilor ca o realitate

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Ștefan cel Mare” din Suceava; e_mail: cretu_georgeta2002@yahoo.com.

¹ Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 121.

inexplicabilă, ci a fost impus de nevoile de supraviețuire și de condițiile naturale de existență ale grupului primitiv². Anumite reguli de ordine și disciplină a căror eficiență a fost verificată de experiența individuală și socială prin repetare și extindere devin obiceiuri ale grupului, respectarea lor devenind o obligație pentru toți membrii grupului (*ordine cutumiară*). Neputând să dea o explicație rațională acestor obiceiuri, oamenii primitivi le-au atribuit la început unor forțe supranaturale divine. Așa apar reprezentările religioase, cultul anumitor divinități, ritualurile și credințele religioase.

Convingerile religioase primitive și manifestările față de divinitate au luat forma unor reguli respectate de întregul grup, adică prescripțiunile religioase (*ordinea religioasă*³). Obiceiurile și religia, firesc, aveau să conducă la o mai deplină spiritualizare a conștiinței umane în care ideea de bine și de rău, de frumos și urât, de merit și nemerit aveau să se polarizeze în jurul unor concepțiuni privind însăși viața de relațiune. Astfel, anumite reguli de evaluare a comportării celor din jur și a propriei comportări au luat forma unor judecăți morale, deci ordinea morală. Dar, deasupra tuturor acestor reguli este ordinea naturală și socială, adică acea ordine pe care experiența individuală o sesizează în natură și în relațiile sociale⁴.

Între acestea, preceptele religioase continuă să aibă un rol important, iar, uneori, contribuie la menținerea echilibrului în relațiile interumane.

Constrângerea religioasă s-a impus oamenilor primitivi paralel cu constrângerea morală, ideile de bine și rău, de permis sau nepermis începând să ocupe un loc tot mai important în evaluarea comportării oamenilor, reproșurile conștiinței, remușcările devenind adesea motive determinante și stimulatorii a îndreptării oamenilor și a evitării faptelor nocive comunității⁵. Aceste reguli de purtare din sânul comunității primitive erau mărturie a depășirii treptate a situației omului supus complet constrângerii naturale și vedeau începutul unei noi etape în viața acestor comunități concretizată printr-un început de desprindere de constrângerea naturală și pășirea spre o viață care făcea posibilă un trai mai ușor de realizat și un început de viață spirituală⁶.

Observăm că, în toate timpurile s-au constatat influențe religioase, regulile juridice preluând și întărind precepte religioase acceptate de membrii comunității respective. Este evident că tradițiile religioase au ocupat – și continuă să ocupe – un loc important în viața oamenilor.

² George Antoniu, *Reflecții asupra normei penale*, RDP, nr. 3/2004, p. 11 și urm.; Ionescu Oana Roxana, Ion Ifrim, *Drept penal, partea introductivă*, Ed. Universul Juridic, 2013, p. 25.

³ Vintilă Dongoroz, *Drept penal* (reeditarea ediției din 1939), op. cit., p. 8.

⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁵ Ion Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 189.

⁶ George Antoniu, *Partea introductivă*, Revista de drept penal, București, 2010, p. 10 și urm.

Odată cu crearea unei autorități publice, conducătoare, apare un tip nou de reguli impuse tot de necesitățile naturale evaluate însă prin voința acelor care exercită funcții de conducători, impuse prin autoritatea conducătorilor și respectate de toți membrii grupului social (*reguli de drept*). Unele reguli reglementau relațiile dintre autoritate și indivizi, iar altele între indivizi. Aceste reguli prevedeau și o sancțiune în caz de nerespectare, ceea ce va atrage necesitatea unor organe care să evalueze aceste abateri și să aplice sancțiunile meritate. La această concluzie ajunge și profesorul Vintilă Dongoroz, justificând în același mod necesitatea apariției unei autorități publice conducătoare care să asigure trăinicia grupului social, impunând reguli de conduită membrilor societății (la început aceste reguli priveau raporturile dintre individ și puterea publică, apoi raporturile lui cu grupul social, iar în final chiar raporturile dintre indivizi). Acestor reguli de conduită li s-a dat numele de *reguli de drept* sau norme juridice.

Astfel, alături de celelalte reguli care asigurau conviețuirea socială, a apărut și *norma juridică*, reprezentând „forma cea mai expresivă, mai precisă și mai sigură de disciplinare a ordinii sociale”.

Ordinea socială este asigurată nu numai de reguli cutumiare, morale și religioase, dar și de *norme juridice*⁷.

De-a lungul timpului au apărut organe specializate, de poliție, de anchetă, organe ale ministerului public, iar pentru stabilirea vinovăției indivizilor infractori și aplicarea pedepsei au fost înființate organe de justiție (judecătorii, tribunale, curții etc.). De asemenea, pentru executarea sancțiunilor (atunci când aceasta nu era pedeapsa cu moartea), s-au creat organele speciale. Menționăm că o serie de norme juridice, elaborate sub influența preceptelor religioase, conțineau pedepse deosebit de severe împotriva celor ce aduceau vreo atingere unor valori considerate ca aparținând divinității (Codul Hammurabi, etc.).

Caracteristic oricărei reguli de conduită era existența unui precept, a unui comenzi, și anume ca individul să facă ceva (*jussum*) să nu facă ceva (*vetium*) sau să facă ceva în anumite condiții (*permissium*). Această comandă constituie latura preceptivă a reguli de conduită. Totodată, asemenea reguli conțin și anumite reguli de sancționare a nerespectării preceptelor, acestea reprezentând latura sancționatoare a regulii de conduită. Dacă preceptul avea rolul de a disciplina acțiunea prin aceea că limita libertatea subiectului, sancțiunea disciplina reacțiunea în sensul că limita libertatea de reacțiune. Ambele aceste laturi ale reguli de conduită formează conținutul sau *substanța abstractă* a regulii în timp ce realitățile pe care le ordonează regula de conduită constituie *substanța reală* (naturală, socială, umană etc.) a regulii de conduită⁸.

⁷ Vintilă Dongoroz, *op. cit.*, p. 9-10.

⁸ Vintilă Dongoroz, *op. cit.*, p. 9.

Regula de conduită are și un *conținut formal* deoarece ea nu poate ajunge la cunoștința destinatarilor normei decât cu ajutorul cuvintelor adică înscriindu-se într-o formă de exprimare.

Specific normelor juridice spre deosebire de normele primitive (normele cutumiare, prescripțiile religioase și preceptele morale) este și faptul că ele sunt impuse proclamate de autoritatea (puterea) publică fiind explicite obligatorii și irefragabile⁹.

În literatura juridică, norma juridică este definită ca celula de bază a dreptului, ca sistem juridic elementar, ca un etalon, un model de comportament, un program, o regulă¹⁰.

Prin *normă juridică*, se înțelege o propoziție descriptiv-prescriptivă prin care se comunică un *ordin*, un *comandament* al legiuitorului, se statuează un model, un tip de comportament, dezirabil sau indezirabil, în raport cu valorile sociale modelatoare cultural și cu cerințele de disciplinare, de organizare a vieții sociale. Așadar, *norma* reprezintă primul element al sistemului dreptului¹¹.

Norma juridică este definită, cel mai frecvent de autorii¹² cursurilor de Teoria generală a dreptului, ca fiind regula socială de comportament caracterizată prin generalitate¹³, impersonalitate și obligativitate¹⁴, instituită sau recunoscută de autoritatea publică, având acest atribut conferit de societate și a cărei aplicare se asigură prin acceptarea conștientă de către destinatarii ei, nerespectarea fiind sancționată de către forța de constrângere specializată a statului.

Profesorul Vintilă Dongoroz¹⁵ definea regula de conduită în sine ca fiind „o creațiune a minții, o apreciere, o judecată a valorii actelor vieții de relațiune, deci o entitate abstractă. Aceste realități care provoacă crearea regulii de conduită și cărora le este menită regula de conduită, constituie *substanța reală*¹⁶ (*naturală, socială, umană*, etc.).

⁹ Ion Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, p. 190.

¹⁰ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 117; Radu Stancu, *Norma juridică*, Ed. Tempus, București, 2002, p. 13.

¹¹ Termenul de *normă* provine din cuvântul grecesc „*nomos*” care denumește ordinea. Ion Craiovan, *Tratat elementar de teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, 2001, p. 131.

¹² Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, p. 236; Radu Stancu, *Norma juridică*, Ed. Tempus, București, 2002, p. 13; Ion Ceterchi, Ion Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 17; Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 280; Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului, I-II*, Ed. All Beck, 2003, p. 343; Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 117.

¹³ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, p. 237.

¹⁴ Dan Țop, *Dimensiunea istorică a dreptului*, Ed. SC Refacos GA SRL, 2002, p. 91.

¹⁵ Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, p. 9-10.

¹⁶ Hans Kelsen, *Teoria generală a statului*, București, 1928, p. 8-9.

Mai mult, spre exemplu, norma penală fiind un instrument de reglementare a relațiilor sociale (*eficiență virtuală*), nu poate realiza acest deziderat, decât dacă își găsește o aplicare concretă, adică dacă este folosită efectiv la realizarea ordinii juridice (*eficiență reală*).

„A aplica legea, scria profesorul Vintilă Dongoroz, înseamnă deci a executa (a aduce la îndeplinire) normele de drept cuprinse în lege”¹⁷. Folosirea efectivă a normei potrivit cu funcționalitatea sa nu este însă de conceput, fără o determinare precisă a conținutului normei.

Pentru a fi receptată mai ușor, norma juridică trebuie să aibă o organizare internă, o logică proprie, o structură corespunzătoare, legiuitorul urmând să prescrie o anumită conduită ce se impune individului într-un anumit context, în anumite împrejurări și în legătură cu care este fixată o sancțiune.

Sub acest aspect observăm că unii autori de teoria generală a dreptului fac deosebirea între *structura logică* a normei juridice sau structura ei internă și stabilă (care cuprinde obligatoriu ipoteza, dispoziția și sancțiunea) și *structura tehnico-legislativă* a normei, adică structura ei exterioară și dinamică. Legiuitorul poate în raport cu anumite necesități de tehnică legislativă să cuprindă explicit în normă numai unele dintre elementele structurii logice, iar alte elemente să fie subînțelese, prezumate, aceasta nu exclude însă existența, ca o cerință logică în structura normei, a tuturor elementelor menționate¹⁸.

Se știe că fiecare dintre elementele structurii normei de incriminare exercită o funcție determinată; preceptul disciplinează acțiunea represivă, iar sancțiunea disciplinează acțiunea represivă.

Din punctul de vedere al structurii sale interne, rezultă că norma juridică are în componența sa trei elemente: ipoteza (*prescriptio*) este acea parte în care, legiuitorul stabilește condițiile, împrejurările sau faptele în prezența cărora intră în acțiune norma, precum și categoria subiectelor de drept pe care le vizează; dispoziția (*rogatio*) prevede conduita ce ar trebui urmată în prezența împrejurărilor indicate în ipoteză, stabilește drepturile și obligațiile subiectelor vizate generic de norma juridică dată; și sancțiunea (*sanctio*) precizează urmările, consecințele ce apar în cazul nerespectării dispoziției normei juridice¹⁹.

Descrierea explicită a conduitei interzise în conținutul normei nu se confundă cu ipoteza, ci este o modalitate de tehnică legislativă de a arăta preceptul normei (nu direct, ci prin ceea ce se deduce din descrierea ilicitului și a pedepsei). Această modalitate este specifică normei penale, răspunzând unor necesități proprii. Descrierea faptei ilicite o face legiuitorul pe baza observării în realitatea obiectivă a faptelor periculoase anterioare normei, pe care le

¹⁷ Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, op. cit., p. 113.

¹⁸ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 168.

¹⁹ Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 186-205.

evaluează și le definește într-o formă abstractă (tipică), adică reținând numai elementele esențiale, caracteristice.

Mai târziu formularea normei a devenit abstractă, reținându-se elementele caracteristice, esențiale ale unui ansamblu de cazuri.

Acest caracter îl păstrează norma și când este elastică ori dispoziția este subordonată unor condiții. Impunând cetățenilor o anumită comportare, norma penală exercită totodată și o funcție de evaluare, de atribuire a unei anumite calificări comportamentului destinatarilor normei; aceasta înseamnă că norma va fi evaluată după cum este convenabilă sau nu societății, după cum se situează sau nu, pe linia scopului urmărit de norma penală, adică are caracter social sau antisocial.

Funcția evaluativă nu se deosebește de cea imperativă deoarece legiuitorul nu poate să evalueze, să califice un comportament fără a ordona ceva și nu poate ordona fără a evalua. Legat de caracterul imperativ al normei penale este și caracterul ei *statal* deoarece norma penală emană de la stat, sub acest aspect este greu de conceput un drept penal internațional, deoarece regulile cuprinse în convențiile internaționale nu au valoare decât dacă sunt recepționate de dreptul intern și devin executorii printr-o lege a statului participant la convenție.

Unii specialiști din domeniul teoriei generale a dreptului fac deosebirea între structura **logică a normei juridice** sau structura ei internă și stabilă (care cuprinde obligatoriu ipoteza, dispoziția și sancțiunea) și structura **tehnic-legislativă** a normei, adică structura ei exterioară și dinamică.

Legiuitorul poate, în raport de anumite necesități de tehnică legislativă, să cuprindă explicit în normă numai unele dintre elementele structurii logice, iar alte elemente să fie subînțelese, prezumate, fără a nu exclude însă existența, ca o cerință logică în structura normei, a tuturor elementelor menționate²⁰.

În lucrările autorilor de teoria generală a dreptului norma juridică este definită ca fiind acea normă care stabilește modul de purtare a oamenilor în societate, relațiile dintre ei sau relațiile dintre oameni și societate în scopul asigurării unei conviețuiri pașnice și a dezvoltării grupului social; norma juridică exprimă pretențiile și exigențele societății față de comportarea membrilor ei; ea este instrumentul de realizare a idealului de justiție conform cu voința societății; norma juridică are și rolul de a îndruma comportarea, de a determina și impune modul de a se comporta; totodată, norma cuprinde o anumită evaluare a conduitei (în ce măsură este convenabilă sau nu grupului social); ea descrie conduita tipică, aceea care trebuie urmată și, totodată, norma juridică reprezintă un criteriu de evaluare a comportamentului celorlalți; norma juridică reprezintă și o ripostă a autorității sub forma sancțiunii care se aplică

²⁰ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 168.

celor care încalcă norma; norma juridică este impersonală²¹, generală (se adresează unui cerc nedeterminat de persoane); chiar normele tehnice (adică cele care reglementează comportarea oamenilor față de mijloacele de muncă, unelte, în scopul folosirii acestora cu maximum de eficiență) pot deveni norme juridice, dacă sunt consacrate într-un act normativ obligatoriu al autorității.

Norma juridică descrie, așadar, un model, un program, un etalon, un standard de comportament individual, dar nu unul ideal, ci un comportament care să fie în acord cu cerințele sociale, cu interesele acesteia. Norma exprimă reprezentarea legiuitorului asupra conduitei posibile și datorate de subiecții participanți la relațiile sociale.

În raport de cele menționate, se poate spune că, religia continuă să aibă un rol important în promovarea și respectarea normelor juridice, prin influența educativă pe care o exercită asupra cetățenilor..

Concluzia pe care o desprindem ar fi că percepțiile religioase au avut și au un rol important în reglementarea relațiilor sociale, contribuind astfel, la respectarea dreptului, mai ales a acelor norme juridice de origine religioasă.

²¹ Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Curs universitar, Ed. Sitech, Craiova, 2013, p. 123.

**SECȚIUNEA
DREPT PUBLIC II**

DIRECTIVA – ACT DE DREPTUL UNIUNII EUROPENE – ȘI SIMPLIFICAREA NORMATIVĂ*

Directive – act of European Union law – and the issue of regulatory simplification

*Daniel-Mihail ȘANDRU***

Motto:

*„Raportul este modul suveran al gândirii de a exprima în chip cantitativ
calitatea.”*

(Constantin Noica, *Douăzeci și șapte trepte ale realului*, Editura Științifică,
1969, p. 41)

Abstract:

The institutional sclerosis of the 80's was replaced by the zeal of legislating by directives of the beginning of 90's. The latter experience is acknowledged by the European Commission which aims to achieve a better regulation. The present paper questions the state of the art in what concerns the company law in the European Union, field in which the Commission proposed amendments to certain directives with the purpose to attain a better harmonisation in the said field. The article emphasises the fact that regulatory simplification (using examples from company law) is liable to lead to a different level of harmonisation of Union law. It also analyses potential consequences pertaining the legal basis of these amendments.

Keywords: *regulatory simplification; Directives; smart regulation; harmonisation of European Union law; European company law; European contract law*

Rezumat:

Sclerozei instituționale din anii '80, i-a urmat efervescenta reglementării prin directive de la începutul anilor '90. Experiența reglementării prin directive este un experiment recunoscut chiar de Comisia Europeană care își propune

* Studiul a fost pregătit pentru Sesiunea anuală de comunicări științifice „Simplificarea – imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului” organizată de Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române (17 aprilie 2015).

** Prof. univ. dr., Universitatea „Dimitrie Cantemir” din București; Cercetător științific gr. II, coordonatorul Centrului de Studii de Drept European (CSDE) din cadrul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; prof. univ. dr. la Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”; președinte al Asociației române de drept și afaceri europene (ARDAE); adresa: Calea Victoriei, nr. 125, sect. 1, București; e-mail: mihai.sandru@csde.ro.

îmbunătățirea reglementării prin directive. Prezentarea pune în discuție situația dreptului societar în Uniunea Europeană, situație în care Comisia a revenit cu modificări în privința unor directive, dorindu-se realizarea unei mai bune armonizări a dreptului în materiile respective. Articolul subliniază că simplificarea normativă (prin exemplele din domeniul societar) poate să conducă la un alt nivel de armonizare a dreptului unional, analizând și posibilele consecințe în planul temeiului juridic pentru aceste modificări.

Cuvinte-cheie: simplificarea normativă; directive; smart regulation; armonizarea dreptului Uniunii Europene; drept societar european; drept contractual european

1. Introducere

Relația dintre actele juridice ale Uniunii Europene și numărul reglementărilor naționale este un subiect care a devenit popular mai ales după anii '90, când Comisia „Delors”¹ a reglementat prin directive. Cum s-a subliniat în doctrina românească recentă, „nu în ultimul rând, contribuie la întreținerea și amplificarea fenomenului[,] procesul[ui] inerent al transpunerii în dreptul intern al directivelor UE, prin tendința de a merge dincolo de exigențele unional-europene, în virtutea inerției sistemului și în sensul adâncirii racilelor sale”². În acest studiu urmează ca, pe baza unor cercetări realizate în domeniu,

¹ Jacques Delors a prezis în 1988 că 80% din legislația statelor membre va fi la origine o reglementare din dreptul UE. Cercetătorii au arătat că și această teză este simplificatoare și ar trebui evaluată cu atenție: Brouard, Sylvain, Costa, Olivier, König, Thomas (ed.), *The Europeanization of Domestic Legislatures The Empirical Implications of the Delors' Myth in Nine Countries*, Springer, 2012. De exemplu, în studiul *EU Legislative Activities and Domestic Politics* (Thomas König, Tanja Dannwolf, Brooke Luetgert) se arată, p. 25, că în perioada 1984-2007 numărul regulamentelor și deciziilor a crescut simțitor în timp ce despre directive se poate afirma că s-au păstrat într-un număr stabil, având în vedere și modificările competențelor în tratate, precum și creșterea numărului de state membre. Pentru un studiu comparativ, din 2010, a se vedea Vaughne Miller, *How much legislation comes from Europe?*, House of Commons, Research Paper 10/62, 13 October 2010 disponibil la adresa www.parliament.uk/briefing-papers/RP10-62.pdf (consultat ultima dată la 31.03.2015). În Raportul Monti din 2010 – *O nouă strategie pentru Piața Unică. În serviciul economiei și societății europene. Raport prezentat președintelui Comisiei Europene José Manuel Barroso de Mario Monti*, 9 mai 2010 – disponibil la adresa http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_ro.pdf (consultat ultima dată la 31.03.2015) sunt indicate dezavantajele directivelor: „În prezent, 80% din normele privind piața unică sunt stabilite prin directive. Acestea au avantajul de a permite o ajustare a normelor la situațiile și preferințele locale. Dezavantajele constau în decalajul de timp între adoptarea la nivelul UE și punerea în aplicare pe teren și în riscurile de nepunere în aplicare sau de suprareglementare la nivel național. (...) Prin urmare, există din ce în ce mai multe motive pentru a alege mai degrabă regulamentele decât directivele ca tehnică juridică preferată de reglementare a pieței unice.” Secțiunea respectivă se încheie cu recomandarea de a fi utilizate mai degrabă regulamentele.

² Mircea Dușu, *Simplificarea – imperativ al modernizării și ameliorării, calității dreptului*, Dreptul, nr. 3/2015, p. 75.

să evidențiem posibile cauze ale numărului mare de directive și dacă acestea, într-adevăr, sunt cauza sau efectul dezvoltării legislației. De asemenea, la nivel național vom trata separat și subiectul transpunerii directivelor, limitele și posibilele cauze ale numărului tot mai mare de acte legislative care transpun directivele. Studiul se oprește asupra unor domenii (drept european societar), dar examinează și situații recente ale tehnicii legislative și opțiuni de reglementare din România.

2. Directivele – cauză sau efect?

Sursele dezvoltării dreptului Uniunii Europene, prin adoptarea de directive, sunt studiate în doctrină și le vom enumera sintetic³. Uneori se pornește de competențele instituțiilor⁴ și abilitatea acestora de a fructifica oportunități de reglementare⁵, altele de la factori externi acestora.

a) Acțiunile grupurilor de interes/lobby

Activitățile acestora au în vedere elemente conjuncturale, natural interesate de un sector sau de inițiative particulare⁶. Mancur Olson explică succesul lobby-ului: „[a]șa cum lobby-urile asigură bunuri comune unor grupuri de interese speciale, eficacitatea lor se explică prin proasta cunoaștere de către cetățeni a regulilor, iar aceasta la rândul ei se datorează în principal faptului că informațiile și socotelile cu privire la bunurile colective reprezintă de asemenea un bun colectiv”⁷. Eforturile instituțiilor europene de cunoaștere a drepturilor cetățenilor este considerabil, iar prin Tratatul de la Lisabona [art. 11 alin. (4) TFUE] inițiativa cetățenească europeană⁸ se dorește a fi, indirect, un pas spre democratizare și slăbirea acțiunilor grupurilor de interese/lobby.

³ Un capitol exemplar pentru contextualizarea rolului directivei între celelalte acte juridice ale Uniunii este cel semnat de Jürgen Bast, *Legal instruments* în volumul Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, 2nd ed., 2009, p. 380-383.

⁴ De exemplu, poate fi luat în considerare activismul Parlamentului European (PE) care poate obliga Comisia să inițieze o directivă, precum și rolul sensibil diferit al PE după adoptarea Tratatului de la Maastricht. În acest sens, a se vedea: Gabriel Liviu Ispas, *Parlamentarismul în societatea internațională*, Ed. Institutul European, 2011, p. 191-193.

⁵ Thomas König, Tanja Dannwolf, Brooke Luetgert, *EU Legislative Activities and Domestic Politics*, în Brouard, Sylvain, Costa, Olivier, König, Thomas (ed.), *supra* n. 2, p. 22.

⁶ David Coen, Jeremy Richardson (ed.), *Lobbying the European Union Institutions, Actors, and Issues*, Oxford University Press, 2009, în special capitolul 13 (Oliver Treib, Gerda Falkner, *Bargaining and Lobbying in EU Social Policy*) în care se subliniază că redactarea Tratatului de la Maastricht a favorizat adoptarea anumitor directive în domenii sociale blocate până în acel moment de veto-ul britanic.

⁷ Mancur Olsen, *Creșterea și declinul națiunilor. Prosperitate, stagflație și rigidități sociale*, Ed. Humanitas, 1999, p. 50.

⁸ Detalii privind proiectele încadrate în inițiativa cetățenească europeană: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome?lg=ro> (consultat ultima dată la 31.03.2015).

b) Reglementările Uniunii Europene

Uneori cauza apariției unor noi directive, precum și a modificării directivelor se află în chiar acțiunea Comisiei Europene de evaluare a efectelor acestora, acțiuni care sunt impuse chiar prin directivele în vigoare. De exemplu, în Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale (reformare)⁹ se menționează în considerentul (2) al preambulului că *„Directiva 2000/35/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 29 iunie 2000 privind combaterea întârzierii efectuării plăților în cazul tranzacțiilor comerciale urmează să facă obiectul mai multor modificări substanțiale. Din motive de claritate și de coerență, ar trebui să se procedeze la reformarea dispozițiilor respective.”*

Un alt exemplu recent este dat de *Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului*¹⁰ în care după cum se poate observa două directive au fost înglobate în noua reglementare. Se poate pune întrebarea dacă ar trebui analizată cantitatea (numărul directivelor) sau ar trebui avute în vedere și criteriile care să determine complexitatea precum și factori adiacenți (subiectului de față, dar de fapt extrem de importanți) cum ar numărul trimiterilor preliminare care se referă la o anumită directivă sau acțiuni referitoare la validitatea acestora. Cel mai probabil trebuie avute în vedere ambele criterii, dând o anumită preponderență criteriului calitativ-istoric (analiza trebuie realizată la cel puțin 5 ani de la intrarea în vigoare a directivelor). Se mai adaugă și unele nuanțe de politică economică pentru anumite domenii sensibile (sănătate¹¹, apărare¹², drept penal¹³), greu de comparat cu unele elemente de armonizare a pieței interne.

⁹ Publicată în JO L 48, 23.2.2011, p. 1.

¹⁰ JO L 304, 22.11.2011, p. 64-88. În pct. (2) din preambul se indică în mod expres acest lucru: *„Directivele respective au fost revizuite având în vedere experiența acumulată, în scopul simplificării și al actualizării normelor aplicabile, înlăturând neconcordanțele și lacunele nedorite din cadrul acestor norme. Revizuirea a demonstrat faptul că este oportun să se înlocuiască cele două directive cu o singură directivă.”*

¹¹ Directiva 2002/98/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 27 ianuarie 2003 privind stabilirea standardelor de calitate și securitate pentru recoltarea, controlul, prelucrarea, stocarea și distribuirea sângelui uman și a componentelor sanguine și de modificare a Directivei 2001/83/CE, JO, ediție specială, Volumul 09, L 033/30.

¹² Directiva 2009/81/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de către autoritățile sau entitățile contractante în domeniile apărării și securității și de modificare a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE, JO, 67/612L, 20.8.2009.

¹³ Rezoluția Consiliului din 30 noiembrie 2009 privind o foaie de parcurs pentru consolidarea drepturilor procedurale ale persoanelor suspectate sau acuzate în cadrul procedurilor penale, JO, C 295, 4.12.2009.

c) Hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene

Robert Schütze oferă un exemplu al aplicării interpretării conforme în privința dispozițiilor din cadrul regulamentelor¹⁴: „*Chiar dacă în cauza în discuție în litigiul principal, regula [Uniunii] în discuție este un regulament, care, prin însăși natura sa, nu necesită măsuri naționale de transpunere, iar nu o directivă, art. 11 din Regulamentul nr. 3295/94 acordă statelor membre competența de a adopta sancțiuni pentru încălcările art. 2 din acest regulament, ceea ce permite transpunerea în prezenta cauză a raționamentului urmărit de Curte pentru directive*”¹⁵.

Un alt exemplu îl constituie hotărârea CJUE pronunțată în cauza *Überseering*¹⁶. Potrivit unui proiect de modernizare și simplificare a dreptului societar european¹⁷ una dintre modificările avute în vedere se referea la sediul societății europene; în document, Comisia Europeană evidenția jurisprudența Curții și faptul că art. 7 al regulamentului ar trebui modificat în acest sens¹⁸. Această modificare nu a avut loc până în prezent, deși proiectul datează din anul 2008.

Într-o cercetare a jurisprudenței recente a Curții de Justiție se subliniază rolul acestei instituții în simplificarea dreptului Uniunii Europene¹⁹. Una dintre concluziile studiului este aceea că „*deși misiunea simplificării dreptului UE, din perspectiva principiului echilibrului instituțional, revine în mod preponderent celor trei instituții „politice” ale UE (Parlamentul European, Consiliul UE și Comisia Europeană), Curtea de Justiție a Uniunii Europene are un rol fundamental – pornind de la rolul său de asigurare a respectării dreptului, care merge dincolo de misiunea sa de a supraveghea aplicarea dreptului UE (cf. art. 17 alin. (1) TUE), rol care se exercită și prin controlarea proporționalității.*”

¹⁴ Robert Schütze, *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, 2012, p. 318.

¹⁵ Cauza C-60/02, *[procedură penală împotriva lui] X*, hotărârea din 7 ianuarie 2004, ECR 2004 p. I-651, EU:C:2004:10, pct. 61-63, în special pct. 62 (sublinierea lui Robert Schütze, nota 73, loc cit.).

¹⁶ CJCE, C-208/00, *Überseering*, hotărârea din 5 noiembrie 2002, Rec. 2002, p. I-9919, EU:C:2002:632.

¹⁷ Directorate General for Internal Market and Services, *Consultation and hearing on future priorities for the Action Plan on modernising company law and enhancing corporate governance in the European Union (summary report) of July 2006*, disponibil on-line http://ec.europa.eu/internal_market/company/consultation/index_en.htm (consultat ultima dată la 31.03.2015).

¹⁸ Cu detalii privind eforturile Comisiei Europene pentru simplificarea dreptului european societar: Daniel-Mihail Șandru, *Libertatea de stabilire a societăților în Uniunea Europeană. Culegere de legislație și jurisprudență*, ed. a II-a, Ed. Universitară, 2014, p. 44-47.

¹⁹ Constantin Mihai Banu, *Curtea de Justiție a Uniunii Europene și simplificarea dreptului Uniunii Europene. Repere din jurisprudența recentă*, lucrare pregătită pentru Sesiunea anuală de comunicări științifice „Simplificarea – imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului” organizată de Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române (17 aprilie 2015).

3. Limite pentru statele membre în transpunerea directivelor și exigența simplificării

Simplificarea legislativă este o țintă atât la nivelul Uniunii Europene, cât și pentru statele membre, având în vedere o recomandare a OCDE (Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică) din 1995²⁰. După fiecare acțiune a UE, Comisia Europeană analizează măsura în care acțiunile respective au fost sau nu eficiente și propune noi măsuri, eventual de simplificare, de ex. codificarea²¹. Comisia Europeană a demarat *REFIT – Programul privind o reglementare adecvată și funcțională* care are în vedere simplificarea legislativă prin abrogarea anumitor acte normative sau prin retragerea unor propuneri legislative. Simplificarea legislativă este o obligație și pentru instituțiile din România, impusă prin Legea nr. 24/2000 *privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative*²², mai ales capitolul 2 – „Sistematizarea legislației” (art. 13-19).

Relația dintre transpunerea și interpretarea textelor directivei este complicată. În principiu, este asumată o creștere a normelor juridice în textul național față de directivă, din moment ce aceasta este „obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele” (art. 288 par. 3 TFUE). „Rezultatul care trebuie atins” este desigur o desfășurare a teleologiei structurale a unei directive. Conținutul acesteia, în întregime, inclusiv preambulul, trebuie transpus realităților instituționale din statul membru respectiv. Chiar dacă o directivă ridică probleme de interpretare, aceasta nu poate fi exclusă de la transpunere, iar statul răspunde pentru neîndeplinirea obligațiilor²³. Conținutul în substanța sa trebuie să fie același în reglementarea națională ca și în directivă; desigur, este vorba de substanța secundă în termenii lui Aristotel din *Categorii*, care prin transpunere ajunge să fie substanță vizibilă coruptibilă (ruptă de sensul original al directivei) astfel, cum o aflăm în *Metafizica* sa.

Limitarea posibilităților statelor membre în privința transunerii directivelor este reglementată de tratat, în special de art. 288 TFUE. Deși, la o primă lectură, pare că statele au acces doar la mijloacele de tehnică legislativă, pe care trebuie să le adapteze, în doctrină s-a subliniat că „alegerea este limitată

²⁰ Fiorenza Barazzoni, Federico Basilia, *Verso la smart regulation in Europa*, Maggioli Editore, 2013, p. 10.

²¹ M. Duțu, *supra*, n. 3, p. 82-87. De asemenea, trebuie văzută pagina Comisiei Europene „O mai bună legiferare”/„Better Regulation” disponibilă la http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm [accesată ultima dată la 30 martie 2015].

²² Publicată în M. Of. nr. 260 din 21.4.2010, modificată prin Legea nr. 29/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, publicată în M. Of. nr. 182/2011.

²³ Cauza 136/81, *Comisia c. Italia*, hotărârea din 12 octombrie 1982, ECR 1982 p. 3547, EU:C:1982:347.

de *tipul* de măsuri adoptat; conținutul este determinat în întregime de directiva în cauză”²⁴. Transpunerea directivelor trebuie să se realizeze prin mijloacele legislative corespunzătoare, hotărârea Curții de Justiție în cauza *Comisia/Franța*²⁵ fiind în acest sens edificatoare: „*dispozițiile directivei trebuie transpuse în legislația națională de o manieră care să-i confere forță obligatorie incontestabilă, cu specificitatea, precizia și claritatea cerute pentru a satisface securitatea juridică, iar în cazul în care directiva vizează crearea de drepturi pentru particulari, beneficiarii trebuie să fie în măsură să-și cunoască drepturile.*”

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului²⁶ poate constitui un exemplu relevant dintr-o dublă perspectivă. Pe de o parte, acest act normativ arată că în procesul de transpunere a directivelor (în acest caz a Directivei Consiliului și Parlamentului European 2004/35/CE în legătură cu prevenirea și repararea daunelor aduse mediului²⁷), legiuitorul național își poate pune propria amprentă asupra reglementării. Este vorba de art. 31 alin. (3) din O.U.G. nr. 68/2007, care prevede că „în cazul în care operatorul care a produs un prejudiciu asupra mediului sau o amenințare iminentă cu un astfel de prejudiciu face parte dintr-un consorțiu sau o companie multinațională, el răspunde în mod solidar și indivizibil cu respectivul consorțiu sau respectiva companie”. O asemenea dispoziție, considerată defectuoasă în doctrină²⁸, nu se regăsește în directivă. Pe de altă parte, este de remarcat nu numai că directiva a fost transpusă printr-o ordonanță de urgență, dar aceasta a fost adoptată în data de 29 iunie 2007, după expirarea termenului de implementare stabilit de directivă, respectiv 30 aprilie 2007.

Un studiu recent²⁹ în care au fost analizate toate ordonanțele de urgență emise de Guvernul României în anul 2014, a evidențiat deficiențe de sistem în transpunerea directivelor. Un exemplu la limită este modificarea O.U.G. nr. 2/2015: „Pentru că nu s-a reușit, prin ordonanța de urgență menționată anterior [2/2015], transpunerea corectă și completă a Directivei 2011/24, așa cum ar fi fost normal, printr-un alt act normativ, publicat zece luni mai târziu,

²⁴ Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2005, p. 73.

²⁵ C-197/96, *Comisia/Franța*, hotărârea din 13 martie 1997, ECR 1997 p. I-1489, EU:C:1997:155.

²⁶ Publicată în M. Of. nr. 446 din 29.06.2007, cu modificările ulterioare.

²⁷ Publicată în Jurnalul Oficial, Ediție specială, Volumul 11, Capitolul 15, p. 168-186.

²⁸ Pentru detalii, a se vedea Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 427-430.

²⁹ Irina Alexe, Constantin-Mihai Banu, *Transpunerea directivei prin ordonanță de urgență. Exemple recente din dreptul român și aspecte comparate* în vol. Daniel-Mihail Șandru, Constantin-Mihai Banu (coord.), *Directiva – act de dreptul Uniunii Europene – și dreptul român*, Ed. Universitară, 2015 (în curs de apariție). Lucrare prezentată la *International Conference ICLPA 3rd ed., National law between harmonization and euro-compatibility*, 13-14 november 2014, Târgu-Mureș.

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 68/2014³⁰, au fost transpuse art. 7 și 8 din Directiva 2010/41/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 iulie 2010 privind aplicarea principiului egalității de tratament între bărbații și femeile care desfășoară o activitate independentă și de abrogare a Directivei 86/613/CEE a Consiliului³¹, precum și art. 7 alin. (2) lit. b) și art. 9 alin. (1) și (2) din Directiva 2011/24. Guvernul a motivat emiterea ordonanței de urgență prin existența avizelor motivate ale Comisiei Europene transmise autorităților române în cauzele 2014/0188 și 2012/0399 care vizează acțiunea în constatarea neîndeplinirii obligației de comunicare a măsurilor naționale de transpunere a Directivelor 2011/24 și 2010/41, fiind indicate articolele din directive pentru care obligația României este considerată neîndeplinită, luând în considerare și faptul că acțiunile se află în a doua și ultima etapă a fazei precontencioase și orice amânare a intrării în vigoare a actelor normative de transpunere crește riscul sesizării Curții, precum și riscurile la care România ar fi expusă în situația neîndeplinirii obligațiilor³². Autorii își exprimă nedumerirea referitoare la nepromovarea în timp util a unui proiect de lege; de altfel, sunt evidențiate mai multe exemple din care caracterul urgent reiese din preîntâmpinarea sesizării Curții de Justiție de către Comisie, cu o acțiune în neîndeplinirea unei obligații. Evident, o asemenea motivare nu poate decât să sublinieze înapoierea instituțională din România, ceea ce se poate remarca și din analiza adoptării ordonanțelor de urgență³³.

4. Concluzii

Potrivit studiilor citate în articol, lista euro-miturilor poate fi completată cu aserțiunea că numărul directivelor a crescut exponențial față de alte acte juridice ale Uniunii Europene. Acestea pot genera la rândul lor legislație națională, însă și aici trebuie observate mecanismele din fiecare stat membru prin care se realizează transpunerea directivelor.

³⁰ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 68/2014 privind modificarea și completarea unor acte normative, publicată în M. Of. nr. 803 din 4 noiembrie 2014.

³¹ JO L 180, 15.07.2010, p. 1.

³² I. Alexe, C.-M. Banu, *supra*, n. 19.

³³ În privința conceptului de „înapoiere instituțională”: Adrian-Paul Iliescu (coord.), *Carențe de mentalitate și înapoiere instituțională în România modernă*, Ed. Ars Docendi, București, 2002.

CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ȘI SIMPLIFICAREA DREPTULUI UNIUNII EUROPENE. REPERE DIN JURISPRUDENȚA RECENTĂ

Constantin Mihai BANU*

Abstract:

The Court of Justice of the European Union ("CJEU") is called to ensure that in the interpretation and application of the EU Treaties the law is observed. Does the CJEU have a mission to accomplish towards the apparently pressing topic of simplification of EU legislation and burden reduction? The following paper strives to discuss few issues of this vast field having as a starting point the principle of institutional balance between the CJEU and the EU legislator. Some recent examples from the CJEU's case law will be considered.

Keywords: Court of Justice of the European Union; point the principle of institutional balance; EU legislator; simplification and burden reduction

1. Preliminarii: Ce este simplificarea dreptului Uniunii Europene?

La nivelul Uniunii Europene, reflecțiile privind simplificarea dreptului Uniunii Europene (în continuare „UE”) au început să ocupe un loc important în cursul anilor 1990, atunci când s-au succedat varii exerciții de elaborare a unor instrumente și metode în direcția simplificării; nu ne propunem trecerea în revistă a istoricului acestor reflecții, ci încercăm doar o încadrare terminologică: ce înseamnă „simplificarea dreptului UE”?

Un răspuns succint este acela că simplificarea dreptului UE este parte a așa-numitei „reglementări inteligente”¹, care „se referă la întregul ciclu de politică – de la conceperea unui act legislativ, la punerea în aplicare, asigurarea respectării, evaluarea și revizuirea acestuia”; în cadrul „reglementării inteligente” se includ reducerea sarcinilor administrative și simplificarea legislației UE². Comisia Europeană precizase anterior că prefera definirea simplificării într-un sens larg, care să includă, pe de o parte, modificarea legislației fără a aduce atingere fondului (substanței) politicii vizate (prin intermediul unor instrumente și tehnici eficiente sau proporționale), iar pe de altă parte, eforturi de simplificare a fondului politicii vizate, de pildă a obiectivelor sau domeniului său de aplicare (prin adaptarea sau regândirea în întregime a

* Cercetător asociat, Centrul de Studii de Drept European din cadrul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

¹ Cf. „smart regulation” (en.), „réglementation intelligente” (fr.).

² Comisia Europeană, *Reglementarea inteligentă în Uniunea Europeană*, COM (2010) 543, 8.10.2010, p. 3.

abordării legislative); potrivit Comisiei, simplificarea ar constitui un „proces complex și difuz”³. Mai recent, aceeași instituție reține că „reglementarea adecvată și funcțională” (REFIT⁴) „are drept obiectiv un cadru de reglementare simplu, clar și predictibil pentru întreprinderi, lucrători și cetățeni”⁵.

2. Simplificarea în tratatele UE

Un aspect de interes pentru discuția de față rezidă în întrebarea dacă în tratatele Uniunii Europene există referiri la simplificarea dreptului UE? Răspunsul direct pare a fi negativ; propriu-zis, există o unică trimitere la simplificare – cea din art. 103 alin. (2) lit. b) TFUE⁶.

Sistemul actelor juridice ale Uniunii a rămas în esență neschimbat de la Tratatul de la Roma – regulamente, directive, decizii, recomandări și avize (art. 288 TFUE)⁷; la aceste acte juridice se adaugă acte *atipice* – precum concluzii (ale Consiliului UE și ale Consiliului European), acorduri interinstituționale⁸, linii directe, orientări generale etc.⁹ Tratatul de la Lisabona a operat, însă, câteva noutăți susceptibile să aibă efecte asupra chestiunii simplificării dreptului UE. Pe de o parte, art. 296 primul paragraf TFUE dispune că, „[î]n cazul în care tratatele nu prevăd tipul actului care trebuie adoptat, instituțiile îl aleg de la caz la caz, cu respectarea procedurilor aplicabile și a principiului proporționalității” (s.n.); această dispoziție are relevanță pentru discuția

³ Idem, *Actualizarea și simplificarea acquis-ului comunitar*, COM (2003) 71, 11.2.2003, p. 6.

⁴ Acronim al „Regulatory Fitness and Performance Programme” (en.).

⁵ Comisia Europeană, *Programul privind o reglementare adecvată și funcțională (REFIT) – Situația actuală și perspective*, COM (2014) 368, 18.6.2014, p. 2.

⁶ Cu următoarea formulare: „Dispozițiile prevăzute la alin. (1) [menite să aplice principiile dreptului UE în materia concurenței – art. 101 și 102 TFUE; n.n.] urmăresc în special: [...] (b) să determine normele de aplicare a art. 101 alin. (3) [TFUE], luând în considerare necesitatea, pe de o parte, de a asigura o supraveghere eficientă și, pe de altă parte, de a *simplifica pe cât posibil controlul administrativ*.” (s.n.). Actul adoptat pe acest temei juridic, în vigoare în prezent, este Regulamentul (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la articolele [101 și 102 TFUE] (JO L 1, 4.1.2003, p. 1, ed. specială, 08/vol. 1, p. 167). Există o bogată literatură juridică dedicată examinării simplificării operate prin Regulamentul nr. 1/2003 în administrarea sistemului european al concurenței, cităm aici lucrările publicate în: Claus-Dieter Ehlermann și Isabela Atanasiu (ed.), *European Competition Law Annual. 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Hart Publishing, Oxford și Portland-Oregon, 2001; de asemenea, Rein Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford și Portland-Oregon, 2000; Wouter P J Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford și Portland-Oregon, 2005 etc.

⁷ Excludem din discuția de față categoriile de acte juridice la care s-a renunțat odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona – cele în fostul pilon al treilea al UE (fostul art. 34 UE).

⁸ Acestea au dobândit un temei juridic explicit odată cu Tratatul de la Lisabona (cf. art. 295 TFUE).

⁹ Pentru o discuție privind actele juridice ale UE, a se vedea Paul Craig, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2010, capitoul al șaptelea.

privind exercitarea de Curtea de Justiție a Uniunii Europene a atribuțiilor sale în raport cu legiuitorul UE¹⁰. Pe de altă parte, art. 290 și 291 TFUE au introdus două noi categorii de acte normative: actele delegate, respectiv actele de punere în aplicare¹¹.

Un răspuns complet la întrebarea ridicată mai sus trebuie să aibă însă în vedere și dispoziții disparate din tratate, în fapt din TFUE, care stabilesc și precizează acțiunea Uniunii în domenii determinate; cităm cu titlu de exemplu: dispozițiile privind libertățile fundamentale de circulație (a mărfurilor, persoanelor, serviciilor și capitalurilor) – care interzic (orice) restricții privind exercitarea libertății în cauză; suprimarea „oricărui control asupra persoanelor la trecerea frontierelor interne” ale Uniunii (art. 77 alin. (1) lit. a) TFUE); obiectivele urmărite în cadrul cooperării judiciare în materie civilă (art. 81 alin. (2) TFUE) – dintre care se detașează „recunoașterea reciprocă între statele membre a deciziilor judiciare și extrajudiciare” etc.

În cele ce urmează sunt trecute în revistă atribuțiile conferite prin tratate Curții Europene de Justiție¹² în perspectiva principiului echilibrului instituțional – în raport cu legiuitorul UE (secțiunea 3) și este prezentată o tipologie a jurisprudenței Curții de Justiție susceptibilă a avea relevanță pentru discuția privind simplificarea dreptului UE (secțiunea 4).

3. Care este rolul Curții Europene de Justiție în raport cu legiuitorul UE în sistemul instituțional al Uniunii Europene?

Conform art. 19 alin. (1) TUE, misiunea Curții de Justiție a Uniunii Europene este aceea de a „asigur[a] respectarea dreptului în interpretarea și aplicarea tratatelor”.

Pentru întâia oară, prin Tratatul de la Lisabona, sunt enumerate instituțiile Uniunii [art. 13 alin. (1) par. 2 din TUE], în număr de șapte, printre care și Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Pentru discuția de față, referindu-ne la actele juridice ale Uniunii Europene, au relevanță deosebită Parlamentul

¹⁰ Pe de altă parte, potrivit art. 5 alin. (1) TUE, exercitarea competențelor atribuite Uniunii este reglementată de principiile subsidiarității și proporționalității. Or, precum a susținut Comisia Europeană, „[s]copul reglementării inteligente este de a concepe și a elabora norme care respectă principiile subsidiarității și proporționalității și care au cel mai înalt nivel calitativ posibil” – COM (2010) 543, *supra*, n. 2, p. 3; nu discutăm însă aici semnificația acestor două principii pentru chestiunea simplificării dreptului UE.

¹¹ Pentru distincția între cele două categorii de acte a se vedea hotărârea Curții din 18 martie 2014, cauza C-427/12, *Comisia Europeană/Parlamentul European și Consiliul UE*, EU:C:2014:170. Pentru o discuție a se vedea Robert Schütze, *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, București, 2012, capitolul 7 secțiunea 2, p. 228-242.

¹² Potrivit art. 19 alin. (1) TUE, Curtea de Justiție a Uniunii Europene reprezintă instituția „umbrelă” a instanțelor UE: Curtea de Justiție, Tribunalul și „tribunale specializate” (în prezent, în această categorie este inclus doar Tribunalul Funcției Publice); vom utiliza în continuare termenul „Curtea (Europeană) de Justiție” pentru a ne referi preponderent la cea dintâi instanță.

European și Consiliul, cele care, potrivit art. 14 alin. (1) TUE, exercită funcția legislativă a UE (dar și Comisia Europeană, în calitate de inițiator al legislației, potrivit art. 17 alin. (2) TUE).

Potrivit art. 13 alin. (2) TUE, „[f]iecare instituție acționează în limitele atribuțiilor care îi sunt conferite prin tratate, în conformitate cu procedurile, condițiile și scopurile prevăzute de acestea. [...]”. Transpunerea principiului echilibrului instituțional¹³ la atribuțiile exercitate de Curtea de Justiție (și prin „ochii” ei) – în raport cu dreptul UE – poate fi ilustrată pertinent prin cauza C-101/08, *Audiolux și alții*, în care Curtea a fost chemată să stabilească eventuala existență a unui principiu general de drept al UE privind egalitatea acționarilor, substratul fiind hotărârea sa anterioară în cauza *Mangold*¹⁴. Curtea a răspuns în sens negativ¹⁵, reținând, printre altele, că un atare principiu „presupune opțiuni de ordin legislativ, întemeiate pe o ponderare a intereselor în joc și pe stabilirea prealabilă a unor norme precise și detaliate [...] și nu poate fi dedus din principiul general al egalității de tratament” și că „principiile generale de drept [al UE] au rang constituțional, în timp ce principiul [în cauză] este caracterizat printr-un grad de detaliu care necesită o elaborare legislativă, ceea ce se poate realiza, la nivel [european], printr-un act de drept [al UE] derivat”¹⁶. În concluziile prezentate la 30 iunie 2009¹⁷, avocatul general Trstenjak a expus pe larg rațiunea negării existenței unui atare principiu: în sensul echilibrului instituțional, „Curtea respectă competențele legislative ale Consiliului și ale Parlamentului European”, ceea ce „presupune în mod necesar că, pe de o parte, Curtea îi încredințează legiuitorului [UE] sarcina de a legifera care i-a fost conferită acestuia prin tratat în domeniul dreptului societăților și că, pe de altă parte, instanța [UE] își manifestă reținerea necesară în cadrul dezvoltării unor principii generale de drept [al UE] care ar putea eventual să contravină obiectivelor stabilite de legiuitor. Curtea poate să apeleze la principiile generale de drept pentru a identifica soluții adecvate ale problemelor de interpretare care îi sunt deduse judecății, ținând seama de obiectivele tratatului. Ea nu poate însă să se substituie legiuitorului [UE] dacă o lacună legislativă poate fi acoperită de acesta din urmă”. „Procesul legislativ se desfășoară, de regulă, printr-o ponderare a diferitelor interese politice și sociale, reprezentate de instituțiile și de organisme participante la acest proces. Acestea posedă, pe lângă legitimarea democratică corespunzătoare, expertiza necesară pentru a se achita de responsabilitățile politice care le-au fost conferite. În acest context,

¹³ Evocat timpuriu, de exemplu, în hotărârea Curții din 17 decembrie 1970, cauza 25/70, *Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/Köster și Berodt & Co.*, EU:C:1970:115 (privind procedura „comitetului de gestiune”).

¹⁴ Hotărârea din 22 noiembrie 2005, cauza C-144/04, EU:C:2005:709.

¹⁵ Hotărârea din 15 octombrie 2009, EU:C:2009:626.

¹⁶ *Ibidem*, pct. 62 și 63.

¹⁷ EU:C:2009:410.

trebuie menționat că instanțele [UE] au recunoscut în mod expres în cadrul jurisprudenței lor prerogativele de ponderare și decizionale ale legiuitorului [UE] în anumite domenii de drept”¹⁸.

Pornind de la aceste aprecieri, este de observat, pe de o parte, deferența Curții de Justiție față de o prerogativă de apreciere amplă a legiuitorului UE, care „implică alegeri de natură politică, precum și economică sau socială și în care acesta trebuie să efectueze aprecieri și evaluări complexe”; iar, din perspectiva respectării principiului proporționalității, limita (legalității actului) rezidă în „caracterul vădit inadecvat” al măsurii pentru atingerea unui obiectiv, impunându-se recurgerea de legiuitor la „criterii obiective” și, „în cadrul aprecierii constrângerilor legate de diferite măsuri posibile, [legiuitorul UE] trebuie să examineze dacă obiectivele urmărite de măsura reținută sunt de natură să justifice consecințe economice negative, chiar considerabile, pentru anumiți operatori”¹⁹. Proporționalitatea unei măsuri a UE este așadar un concept variabil²⁰. Or, tocmai posibilitatea constatării de Curtea de Justiție a legalității unei măsuri a UE, în condițiile în care impune consecințe negative considerabile pentru anumiți particulari, trimite la concluzia că aprecierea simplificării dreptului UE revine în cele din urmă (tot) legiuitorului UE – Parlamentului European și Consiliului UE –, iar nu Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Pe de altă parte, având în vedere rolul fundamental al Curții de Justiție în dezvoltarea ordinii juridice a UE și a dreptului UE, pe care nu îl discutăm însă aici, ne putem întreba totuși dacă se poate deduce vreo preocupare privind simplificarea dreptului UE²¹?

¹⁸ *Ibidem*, pct. 107 și 108.

¹⁹ Hotărârea din 8 iunie 2010, cauza C-58/08, *Vodafone Ltd și alții/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, EU:C:2010:321, pct. 52 și 53.

²⁰ Pentru o discuție privind deferența Curții de Justiție față de consensul constituțional sau legislativ de la nivelul UE, a se vedea Koen Lenaerts, *Protejarea valorilor Uniunii în vremuri de schimbări de ordin social: Rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene*, în Revista română de drept european (RRDE), nr. 2/2014, p. 18-30; idem, *Exteriorul și interiorul Curții: Explorarea legitimității externe și interne a Curții Europene de Justiție*, în RRDE, nr. 1/2014, p. 13-56 (pentru o discuție privind deferența Curții față de alegerile legiuitorului UE, inclusiv referitoare la hotărârea *Vodafone*).

²¹ Se pot cita numeroase situații în care jurisprudența Curții de Justiție determină subsecvent opțiunile legislative la nivelul UE; putem avea în vedere aici Directiva 2006/123 privind serviciile în cadrul pieței interne (JO L 376, 27.12.2006, p. 36, ed. specială, 13/vol. 58, p. 50) sau, și mai recent, Directiva 2014/67 privind asigurarea respectării aplicării Directivei 96/71/CE privind detașarea lucrătorilor în cadrul prestării de servicii și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 1024/2012 privind cooperarea administrativă prin intermediul Sistemului de informare al pieței interne („Regulamentul IMI”) (JO L 159, 28.5.2014, p. 11).

4. Curtea de Justiție a Uniunii Europene și simplificarea dreptului Uniunii Europene – câteva exemple din jurisprudența recentă

Înainte de a răspunde la întrebare, prin discutarea câtorva exemple din jurisprudența Curții de Justiție, sunt necesare două precizări. În primul rând, fără a intra în detalii aici, este de amintit că atribuțiile Curții de Justiție includ controlul de legalitate al actelor UE (art. 263 TFUE) și pronunțarea unor decizii preliminare (art. 267 TFUE) cu privire la validitatea și interpretarea actelor UE; or, atribuțiile Curții vizează dreptul UE, aspect marcant în cazul controlului de legalitate, respectiv aprecierii validității actelor UE. În privința aprecierii validității, am evocat mai sus cauza *Vodafone*, exemplu menit să ilustreze preocuparea pentru raționalizarea legiferării la nivelul UE (cu alte cuvinte, opțiunile reținute în procedura de legiferare trebuie motivate obiectiv). În al doilea rând, deși, în procedura trimiterii preliminare (art. 267 TFUE), Curtea de Justiție nu se pronunță direct asupra dreptului statelor membre, ci interpretează dreptul UE, instanța europeană pare a intra uneori pe tărâmul interpretării celui dintâi drept²².

Avansarea principiului recunoașterii reciproce (dezvoltat începând cu anii 1970 în jurisprudența *Dassonville* – *Cassis de Dijon*²³ – în materia liberei circulații a mărfurilor, extins la celelalte libertăți fundamentale) sau regulile dezvoltate în jurisprudența aferentă inopozabilității standardelor și reglementărilor tehnice care nu au fost comunicate potrivit dreptului UE Comisiei Europene²⁴ ar putea fi considerate preocupări ale Curții de Justiție în sensul simplificării dreptului UE; nu vom discuta în acest loc respectivele exemple. Menționăm aici doar trăsătura lor comună: preocuparea pentru drepturile conferite particularului (i.e. persoană fizică sau juridică de drept privat) prin dreptul UE.

O serie de hotărâri pronunțate de Curtea Europeană de Justiție în materia condițiilor privind reședința în statul membru care acordă un ajutor financiar

²² A se vedea Mihai Șandru, Mihai Banu, Dragoș Călin, *Procedura trimiterii preliminare. Principii de drept al Uniunii Europene și experiențe ale sistemului român de drept*, C.H. Beck, București, 2013, în special capitolul I; cf. hotărârea din 6 martie 2007, cauzele conexe C-338/04, C-359/04 și C-360/04, *Placanica și alții*, EU:C:2007:133, pct. 36-37: în cadrul procedurii trimiterii preliminare, „Curtea este competentă să furnizeze instanței naționale toate elementele de interpretare proprii dreptului [UE] care să îi permită acestuia să aprecieze compatibilitatea normelor de drept intern cu reglementarea [UE] [...] [D]eși Curtea nu poate răspunde la această întrebare astfel cum este formulată [i.e. în sensul aprecierii compatibilității unei prevederi de drept intern cu dreptul UE], nimic nu o împiedică să dea un răspuns util instanței de trimitere, furnizându-i acesteia elementele de interpretare proprii dreptului [UE] care îi vor permite să se pronunțe ea însăși asupra compatibilității dreptului intern cu dreptul [UE]”.

²³ Hotărârile din 11 iulie 1974, cauza 8/74, EU:C:1974:82, respectiv din 20 februarie 1979, cauza 120/78, *Rewe-Zentral/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42.

²⁴ Hotărârile din 30 aprilie 1996, cauza C-194/94, *CIA Security International*, EU:C:1996:172; din 26 septembrie 2000, cauza C-443/98, *Unilever Italia*, EU:C:2000:496 etc.

pentru studii superioare²⁵ exemplifică dificultatea simplificării regulilor (în prezent – naționale) în domeniu; Curtea califică o condiție privind reședința ca disproporționată în ipoteza în care ea ar avea un caracter prea exclusiv prin aceea că favoriza în mod nejustificat un element care nu era în mod necesar reprezentativ pentru gradul real și efectiv al legăturii între student și statul în cauză, excluzându-se oricare alt element reprezentativ.

În hotărârea pronunțată la 25 aprilie 2013 în cauza C-212/11, *Jyske Bank Gibraltar Ltd/Administración del Estado*²⁶, Curtea de Justiție a arătat o preocupare explicită pentru chestiunea sarcinilor administrative impuse întreprinderilor. Contextul cauzei era cel al obligației care revenea instituțiilor de credit care își desfășurau activitatea pe teritoriul unui stat membru gazdă în lipsa unui sediu stabil de a comunica informații financiare din oficiu sau la cererea autorităților aceluși stat responsabile cu prevenirea spălării banilor, potrivit Directivei 2005/60 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor și finanțării terorismului²⁷. Pe de o parte, Curtea a constatat că respectiva directivă nu impunea nicio obligație sau procedură determinată (pct. 53), iar în această situație, ea a trecut la examinarea principiului libertății de a presta servicii (enunțat la art. 56 TFUE). Pe de altă parte, calificând reglementarea spaniolă ca restrictivă pentru acea libertate, în examinarea modului în care reglementarea era susceptibilă să atingă obiectivul combaterii spălării banilor sau a finanțării terorismului – din perspectiva proporționalității, Curtea a reținut că, deși o obligație de raportare către statul gazdă presupune cheltuieli și sarcini administrative suplimentare pentru atari instituții de credit, cheltuielile și sarcinile administrative erau destul de limitate, întrucât instituțiile de credit erau deja obligate să realizeze infrastructura necesară pentru transmiterea de informații către statul gazdă (pct. 74-80). În plus, întrucât stabilea un prag de 30 000 de euro pentru tranzacțiile care implicau transferuri de fonduri provenind sau având ca destinație anumite teritorii, acea reglementare națională nu impunea comunicarea tuturor tranzacțiilor pe teritoriul spaniol (pct. 82-83)²⁸.

²⁵ De exemplu, hotărârile din 23 octombrie 2007, cauzele conexate C-11/06 și C-12/06, *Morgan și Bucher*, EU:C:2007:626; din 21 iulie 2011, cauza C-503/09, *Stewart*, EU:C:2011:500; din 14 iunie 2012, cauza C-542/09, *Comisia/Tările de Jos*, EU:C:2012:346; din 20 iunie 2013, cauza C-20/12, *Giersch și alții*, EU:C:2013:411; din 18 iulie 2013, cauzele conexate C-523/11 și C-585/11, *Prinz și Seeberger*, EU:C:2013:524.

²⁶ EU:C:2013:270.

²⁷ JO L 309, p. 15, ed. specială, 09/vol. 2, p. 214.

²⁸ Într-o hotărâre anterioară, Curtea a fost chemată să examineze conformitatea cu libertatea de stabilire a cerinței impuse unei societăți cu răspundere limitată stabilită într-un alt stat membru de a plăti un avans din cheltuielile de publicare integrală a obiectului social în registrul național al comerțului al statului gazdă; Curtea a susținut că o atare cerință, care reflecta doar costuri administrative reale ale publicării în conformitate cu cea de-a unsprezecea directivă a

5. Concluzii

Prima concluzie pe care o formulăm este aceea că orice demers de raționalizare a activității normative la nivelul UE trebuie să pornească de la realitatea că ordinea juridică a UE și cea a statului membru constituie o ordine juridică integrată, una neputând-o ignora pe cealaltă. Or, realitatea pare a fi aceea a caracterului (din ce în ce mai) complex a acestui sistem, ilustrată uneori și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene²⁹.

În al doilea rând, deși misiunea simplificării dreptului UE, din perspectiva principiului echilibrului instituțional, revine în mod preponderent celor trei instituții „politice” ale UE (Parlamentul European, Consiliul UE și Comisia Europeană), Curtea de Justiție a Uniunii Europene are un rol fundamental – pornind de la rolul său de asigurare a respectării dreptului, care merge dincolo de misiunea sa de a supraveghea aplicarea dreptului UE (cf. art. 17 alin. (1) TUE), rol care se exercită și prin controlarea proporționalității³⁰.

În sfârșit, s-a recunoscut încă de la începuturile Uniunii, care „constituie o nouă ordine juridică de drept internațional [...] și ale cărei subiecte sunt nu numai statele membre, ci și resortisanții acestora”, că dreptul său „nu creează numai obligații în sarcina particularilor, ci este destinat [...] să confere drepturi care intră în patrimoniul lor juridic” și să impună obligații „într-un mod bine definit atât particularilor, cât și statelor membre și instituțiilor [Uniunii]”³¹. Acest enunț trebuie să constituie fundamentul (metaforic) al oricărei reflecții privind simplificarea dreptului UE.

societăților (Directiva 89/666) nu putea constitui o astfel de restricție – hotărârea din 1 iunie 2006, cauza C-453/04, *Innoventif Limited*, EU:C:2006:361, pct. 32-43.

²⁹ Un exemplu pe care îl putem oferi este acela al condițiilor de atacare a actelor juridice ale UE: hotărârea din 1 aprilie 2004, cauza C-263/02 P, *Comisia Europeană/Jégo-Quéré & Cie SA*, EU:C:2004:210, pct. 33-36; hotărârea din 23 aprilie 2009, cauza C-362/06 P, *Sahlstedt și alții/Comisia*, EU:C:2009:243, pct. 42-43.

³⁰ Într-un alt plan, cel politic, în perspectiva simplificării dreptului UE, mijloacele de ordin procedural, care includ și evaluarea impactului propunerilor de acte juridice ale UE, sunt susceptibile să conducă spre stabilirea condiției de independență a organului care realizează acel exercițiu de control.

³¹ Hotărârea Curții din 5 februarie 1963, cauza 26/62, *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1.

COORDONATELE JURIDICE ALE COOPERĂRII JUDICIARE ÎN MATERIE CIVILĂ ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ

Nicoleta DIACONU*

Abstract

Cooperarea judiciară în materie civilă reprezintă un element de bază al „Spațiului de libertate, securitate și justiție”, constituit prin dispozițiile Tratatului de la Lisabona.

Tratatul de la Lisabona renunță la arhitectura anterioară a Uniunii bazată pe piloni comunitari, incluzând aspectele din domeniul justiției și afacerilor interne sub cupola unională.

Reglementările Uniunii Europene privind cooperarea judiciară în materie civilă creează o legislație uniformă aplicabilă în numeroase domenii ale dreptului internațional privat.

Cuvinte cheie:

Cooperare judiciară în materie civilă; spațiul de libertate, securitate și justiție; temei juridic; Tratatul de la Lisabona; acte juridice; acces la justiție; legislație uniformă.

1. Componentele spațiului de libertate, securitate și justiție din perspectiva dispozițiilor Tratatului de la Lisabona

Tratatul de la Lisabona definește Uniunea ca fiind un spațiu de libertate, securitate și justiție, având ca valori fundamentale respectarea drepturilor omului și a diferitelor sisteme și tradiții juridice ale statelor membre.

Tratatul renunță la arhitectura structurată pe cei trei piloni, incluzând aspectele legate de «*Spațiul de libertate, securitate și justiție*» în cadrul politicilor și acțiunilor interne ale Uniunii. În acest domeniu tratatul conține reglementări privind:

- „*Politicile privind controlul la frontiere, dreptul de azil și imigrarea*” art.77-79TFUE (ex62- 63 TCE);
- „*Cooperarea judiciară în materie civilă*”, art.81-TFUE (ex.65TCE);
- „*Cooperarea judiciară în materie penală*”, art.82-86TFUE (ex.31 TUE);
- „*Cooperarea polițienească*”, art.87-89TFUE (30,32 TUE).

Uniunea dezvoltă o politică comună în domeniul dreptului de azil, al imigrării și al controlului la frontierele externe care este întemeiată pe solidaritatea între statele membre și care este echitabilă față de resortisanții țărilor terțe. În înțelesul prezentului titlu, apatrizii sunt asimilați resortisanților țărilor terțe.

* Prof. univ. dr., Universitatea „Spiru Haret” din București.

De asemenea, Uniunea acționează pentru a asigura un înalt nivel de securitate prin măsuri de prevenire a criminalității, a rasismului și a xenofobiei, precum și de combatere a acestora, prin măsuri de coordonare și de cooperare între autoritățile polițienești și judiciare și alte autorități competente, precum și prin recunoașterea reciprocă a deciziilor judiciare în materie penală și, după caz, prin apropierea legislațiilor penale.

Uniunea facilitează accesul la justiție, în special pe baza principiului recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și extrajudiciare în materie civilă.

Consiliul European definește orientările strategice ale planificării legislative și operaționale în cadrul spațiului de libertate, securitate și justiție.

Parlamentele naționale asigură, cu privire la propunerile și inițiativele legislative, respectarea principiului subsidiarității, în conformitate cu Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității.

Consiliul, la propunerea Comisiei, poate adopta măsurile de stabilire a condițiilor în care statele membre, în colaborare cu Comisia, realizează o evaluare obiectivă și imparțială a punerii în aplicare, de către autoritățile statelor membre, a politicilor Uniunii prevăzute în prezentul titlu, în special în scopul de a favoriza aplicarea deplină a principiului recunoașterii reciproce. Parlamentul European și parlamentele naționale sunt informate cu privire la conținutul și rezultatele evaluării.

În cadrul Consiliului se instituie un comitet permanent care să asigure în cadrul Uniunii promovarea și consolidarea cooperării operaționale în materie de securitate internă. Comitetul promovează coordonarea acțiunii autorităților competente ale statelor membre. La lucrările comitetului pot fi implicați reprezentanții organelor, ai oficiilor și ai agențiilor în cauză ale Uniunii. Parlamentul European și parlamentele naționale sunt informate cu privire la derularea acestor lucrări.

Statele membre au libertatea de a organiza între ele și sub autoritatea lor forme de cooperare și de coordonare pe care le consideră oportune, între serviciile competente ale administrațiilor acestora care răspund de asigurarea securității naționale.

Consiliul adoptă măsuri în vederea asigurării cooperării administrative între serviciile competente ale statelor membre în domeniile menționate în prezentul titlu, precum și între serviciile respective și Comisie. Acesta hotărăște la propunerea Comisiei și după consultarea Parlamentului European.

În cazul în care este necesar, pentru realizarea obiectivelor enunțate la articolul 61, în ceea ce privește prevenirea și combaterea terorismului și a activităților conexe, Parlamentul European și Consiliul, hotărând prin regulamente în conformitate cu procedura legislativă ordinară, definesc cadrul măsurilor administrative privind circulația capitalurilor și plățile, cum ar fi înghețarea fondurilor, a activelor financiare sau a beneficiilor economice care aparțin unor persoane fizice sau juridice, grupuri sau entități fără caracter

statal, sunt în proprietatea acestora sau sunt deținute de acestea. Consiliul, la propunerea Comisiei, adoptă măsurile pentru punerea în aplicare a cadrului prevăzut de tratat.

2. Temeiul juridic al cooperării judiciare în materie civilă

Cooperarea judiciară în materie civilă reprezintă un domeniu deosebit de important în cadrul politicii Uniunii Europene privind „Spațiul de libertate, securitate și justiție”.

În acest domeniu, Uniunea exercită competență partajată cu statele membre, conform dispoz. art.4 alin.2 lit j) din Tratatul de funcționare a Uniunii Europene.

Uniunea constituie un spațiu de libertate, securitate și justiție, cu respectarea drepturilor fundamentale și a diferitelor sisteme de drept și tradiții juridice ale statelor membre. Uniunea facilitează accesul la justiție, în special pe baza principiului recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și extrajudiciare în materie civilă.

Conform dispoz. art. 81 TFUE (ex.art.65TCE), Uniunea dezvoltă o cooperare judiciară în materie civilă cu incidență transfrontalieră, întemeiată pe principiul recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și extrajudiciare. Această cooperare poate include adoptarea unor măsuri de apropiere a actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre.

Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară, adoptă măsuri, în special atunci când acestea sunt necesare pentru buna funcționare a pieței interne, care urmăresc să asigure:

- a) recunoașterea reciprocă între statele membre a deciziilor judiciare și extrajudiciare și executarea acestora;
- b) comunicarea și notificarea transfrontalieră a actelor judiciare și extrajudiciare;
- c) compatibilitatea normelor aplicabile în statele membre în materie de conflict de legi și de competență;
- d) cooperarea în materie de obținere a probelor;
- e) accesul efectiv la justiție;
- f) eliminarea obstacolelor din calea bunei desfășurări a procedurilor civile, la nevoie prin favorizarea compatibilității normelor de procedură civilă aplicabile în statele membre;
- g) dezvoltarea unor metode alternative de soluționare a litigiilor;
- h) sprijinirea formării profesionale a magistraților și a personalului din justiție.

Prin derogare de la dispozițiile anterioare, măsurile privind dreptul familiei care au implicații transfrontaliere sunt stabilite de către Consiliu, care hotărăște în conformitate cu o procedură legislativă specială. Acesta hotărăște în unanimitate, după consultarea Parlamentului European.

Consiliul, la propunerea Comisiei, poate adopta o decizie care să determine aspectele din dreptul familiei care au implicații transfrontaliere, care ar putea face obiectul unor acte adoptate prin procedura legislativă ordinară. Consiliul hotărăște în unanimitate, după consultarea Parlamentului European. Propunerea se transmite parlamentelor naționale. În cazul opoziției unui parlament național, notificate în termen de șase luni de la această transmitere, decizia nu se adoptă. În cazul în care nu există nici-o opoziție, Consiliul poate adopta respectiva decizie.

3. Principalele instrumente juridice ale Uniunii Europene privind cooperarea judiciară în materie civilă

Dreptul derivat al Uniunii Europene (incluzând normele juridice cuprinse în actele juridice adoptate de instituțiile Uniunii Europene în exercitarea atribuțiilor ce le-au fost stabilite prin tratate) constituie o sursă foarte importantă a dreptului Uniunii Europene.

Analizate prin prisma definirii lor de către tratatele comunitare, ca și prin prisma literaturii de specialitate¹, se apreciază că aceste acte pot fi clasificate în patru categorii:

a) Regulamentele

Regulamentul este obligatoriu pentru toate subiectele dreptului Uniunii Europene, beneficiind de aplicabilitate directă în Uniune. Dintre cele mai relevante regulamente aplicabile în domeniul cooperării judiciare în materie civilă, menționăm următoarele:

- Regulamentul (UE) nr. 1259/2010 al Consiliului din 20 decembrie 2010 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp²;

- Regulamentul (CE) nr. 662/2009 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 iulie 2009 de stabilire a unei proceduri pentru negocierea și încheierea acordurilor între statele membre și țări terțe privind anumite aspecte referitoare la legea aplicabilă obligațiilor contractuale și necontractuale³

- Regulamentul (CE) nr. 4/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere⁴;

- Regulamentul (CE) nr. 4/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere⁵;

¹ J.Boulouis, – Droit institutionnel de l'Union Européenne, 5 édition, Montchrestien, Paris, 1995, pag. 184

² JO L 343, 29.12.2010, p. 10.

³ JO L 200, 31.7.2009, p. 25-30.

⁴ JO L 007, 10/01/2009 p. 0001 - 0079

- Regulamentul (CE) nr. 662/2009 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 iulie 2009 de stabilire a unei proceduri pentru negocierea și încheierea acordurilor între statele membre și țări terțe privind anumite aspecte referitoare la legea aplicabilă obligațiilor contractuale și necontractuale⁶;

- Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I)⁷;

- Regulamentul (CE) nr.864/2007 din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale (Roma II)⁸;

- Regulamentul (CE) nr.1393/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială (notificarea sau comunicarea actelor) și abrogarea Regulamentului (CE) nr. 1348/2000 al Consiliului⁹;

- Regulamentul nr. 861/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 iulie 2007 de stabilire a unei proceduri europene cu privire la cererile cu valoare redusă;

- Regulamentul nr. 1896/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2006 de instituire a unei proceduri europene de somație de plată¹⁰;

- Regulamentul (CE) nr.805/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 21 aprilie 2004 privind crearea unui Titlu Executoriu European pentru creanțele necontestate¹¹.

- Regulamentul (CE) nr.2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000;¹²

- Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială¹³;

- Regulamentul (CE) nr. 1206/2001 al Consiliului din 28 mai 2001 privind cooperarea între instanțele statelor membre în domeniul obținerii de probe în materie civilă sau comercială;

⁵ JO L 7, 10.1.2009, p.1.

⁶ JO L 200/25, 31.07.2009.

⁷ JO L177/ 15, 4.7.2008. Intrat în vigoare de la 17 decembrie 2009.

⁸ JO L199/40, 31.11.2007. Intrat în vigoare de la 11 ianuarie 2009.

⁹ JO L 324, 10.12.2007, p. 79-120.

¹⁰ JO L 399, 30.12.2006, p. 1-32.

¹¹ JO L 143, 30.4.2004, p. 15.

¹² JO L 338, 23.12.2003, p. 1.

¹³ JO L 12, 16.1.2001, p. 1.

- Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență¹⁴;

b) Directivele

Directiva este obligatorie pentru statele membre în ceea ce privește rezultatul reglementat, lăsând la latitudinea acestora mijloacele de punere în aplicare la nivel național.

Exemple de directive relevante în domeniu:

- Directiva 2003/8/CE a Consiliului din 27 ianuarie 2003 de îmbunătățire a accesului la justiție în litigiile transfrontaliere prin stabilirea unor norme minime comune privind asistența judiciară în astfel de litigii¹⁵;

- Directiva 2004/80/CE a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind despăgubirea victimelor infracționalității¹⁶;

- Directiva nr.8/2003 de îmbunătățire a accesului la justiție în litigii transfrontaliere.

- Directiva 2011/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2011 privind aplicarea drepturilor pacienților în cadrul asistenței medicale transfrontaliere¹⁷;

- Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2008 privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială¹⁸.

c) Deciziile

Decizia este obligatorie în toate elementele sale de către destinatarul special desemnat, căruia trebuie să-i fie notificată. Exemple de decizii relevante în domeniu:

- Decizia 2010/405/UE a Consiliului de autorizare a cooperării consolidate;

- Decizia Consiliului din 5 octombrie 2006 privind aderarea Comunității Europene la Conferința de la Haga de drept internațional privat¹⁹

- Decizia 2001/470/CE a Consiliului de creare a unei Rețele Judiciare Europene în materie civilă și comercială (modificată prin Decizia nr. 568/2009/ce a Parlamentului European și a Consiliului din 18 iunie 2009 de modificare a Deciziei 2001/470/CE a Consiliului de creare a unei Rețele Judiciare Europene în materie civilă și comercială²⁰);

d) Recomandările și avizele.

Recomandările și avizele nu au caracter obligatoriu, fiind adoptate în domenii ce nu impun competența exclusivă a Uniunii.

Exemple de recomandări:

¹⁴ JO L 160, 30.6.2000, p. 1-18.

¹⁵ JO L20, 31.01.2003.

¹⁶ JO L 261, 06/08/2004 P. 2.

¹⁷ JO L 088, 04/04/2011 p. 45 – 65.

¹⁸ JO L 136/3, 24.5.2008.

¹⁹ JO L 297, 26.10.2006, p. 1-14.

²⁰ JO L 168/35, 30.6.2009.

- Recomandarea Comisiei din 12 mai 2010 privind utilizarea unei metode armonizate de clasificare și raportare a plângerilor și cererilor de informații din partea consumatorilor²¹

- Propunere de Regulament (UE) al Consiliului de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul legislației aplicabile divorțului și separării de drept - COM(2010) 105; 2010/0067 (CNS).

4. Tendințele contemporane de unificarea a reglementărilor aplicabile în domeniul cooperării judiciare în materie civilă

La nivel internațional se constată o tendință de unificare a dreptului internațional privat, prin elaborarea unor reglementări comune pe calea convențiilor, în cadrul unor organizații internaționale, care să faciliteze soluționarea conflictelor de legi în domeniul cooperării judiciare în materie civilă.

Organizațiile internaționale în cadrul cărora au fost adoptate reglementări specifice dreptului internațional privat pot fi specializate în domeniu (ca de exemplu, Conferința de drept privat de la Haga), sau pot avea alte domenii de activitate, adoptând, printre altele și reglementări aplicabile în domeniul dreptului internațional privat. Astfel de reglementări au fost adoptate în cadrul O.N.U., Consiliului Europei, Uniunii Europene.

În cadrul Uniunii Europene, în afara izvoarelor specifice de drept (tratatele comunitare, regulamentele, directivele și deciziile anterior prezentate), care beneficiază de aplicabilitate directă în ordinea juridică de drept intern a statelor membre, au fost adoptate și convenții aplicabile în domeniul dreptului internațional privat cum ar fi: - *Protocolul de la Haga din 23 noiembrie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor de întreținere*²²;

Prin reglementările adoptate, Uniunea Europeană contribuie la aprofundarea procesului de unificare a legislației internaționale aplicabile în domeniul cooperării judiciare în materie civilă.

Sistemul de drept românesc a inclus în ordinea juridică națională reglementările adoptate la nivelul Uniunii Europene în materia dreptului internațional privat.

Reglementările cadru din dreptul național care fac trimitere directă la legislația uniformă adoptată în cadrul Uniunii sunt:

- Codul civil (care în Cartea a VII-a conține dispoziții de drept material privind soluționarea conflictelor de legi în materie civilă) ;

- Codul de procedură civilă care în Cartea a VII-a conține dispoziții privind procesul civil internațional).

²¹ JO L 136/1, 2.6.2010,

²² Protocolul a înlocuit Convenția de la Haga din 2 oct. 1973 privind legea aplicabilă obligațiilor de întreținere și Convenția de la Haga din 24 oct. 1956 privind legea aplicabilă obligațiilor de întreținere pentru copii.

REALIZAREA ȘI APLICAREA DREPTULUI DIN PERSPECTIVA PROTECȚIEI JURIDICE A DREPTURILOR OMULUI

Mihail NIEMESCH*

Abstract:

Law is an extremely complex social product, but also extremely important in the regulation of the human relationships. In fact, in the modern society the living cannot be thought without the compliance of the legal norms, of the legal institutions, so that the existence outside the juridical phenomenon is unimaginable. Thus, in order not to endanger the others' freedom is sufficient that any subject of law comply with the interdictions imposed by the prohibitive norms. This way, by restraining from committing prohibited acts, the interdictions imposed by the law-maker thro the normative commandment is accomplished.

Keywords: social order, lawful state, society, freedom

Secțiunea 1

Realizarea dreptului. Noțiune și concept

Dreptul este un produs social extrem de complex, dar și extrem de important în reglementarea relațiilor interumane. Practic, în societatea modernă nu se poate trăi în afara normelor juridice, în afara instituțiilor juridice, încât existența oamenilor în afara fenomenului juridic este de neconceput.

Dreptul este garantul ordinii sociale. După cum arată R. Von Ihering¹ dreptul există pentru a se realiza. Realizarea este viața și realitatea dreptului; ea este chiar dreptul.

Însă, ordinea socială fără realizarea și aplicarea dreptului rămâne un simplu deziderat. Punerea în practică a regulii de drept impune existența unui angrenaj complex înlăuntrul căruia găsim subiecte de drept, organe de stat, organizații nestatale, instituții, și după cum se precizează în literatura de specialitate, dreptul putând fiind considerat chiar un sistem abstract ce folosește texte și semne².

Realizarea dreptului este puternic influențată de alte mijloace și mecanisme nonjuridice, cum ar fi cele din domeniul economic sau politic etc.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Titu Maiorescu” din București; avocat, Baroul București.

¹ R. Von Ihering, *L'Esprit du droit romain*, t. III, p. 15.

² C.R. Butculescu, Considerations regarding law as an instrument of communication, *Juridical Tribune*, volume 4, Issue 2, December 2014, p. 26

În esență, putem definim realizarea dreptului ca fiind procesul social de implementare a prescripțiilor normelor de juridice prin care subiectele de drept respectă și pun în executare regulile normative, în vreme ce organele etatice aplică dreptul potrivit limitelor și competențelor legale, cu stricta respectare a drepturilor fundamentale ale omului, noțiune care își are originea în doctrina dreptului natural.

Profesorul Nicolae Culic arată că perioada contemporană, începând din a doua jumătate a secolului al XX-lea, a fost martoră la proliferarea interesului pentru drepturile omului în genere, care a devenit o temă centrală a dezbaterilor politico-juridice și morale ... au fost create instituții pentru promovarea drepturilor omului. Declarațiile contemporane ale drepturilor omului au fost mai detaliate și mai cuprinzătoare luând forma unor acorduri internaționale³.

Vorbind de noi drepturi pentru a exprima ideea că toți indivizii fac parte din domeniul de aplicare al moralității și justiției, pentru a proteja drepturile omului, trebuie asigurat că oamenii primesc un anumit grad de tratament decent⁴.

Secțiunea a 2-a

Modurile de realizare a dreptului

1. Respectarea prescripțiilor normelor juridice

Libertatea reprezintă o aspirație logică specifică oricărei ființe umane. Libertatea sub toate formele ei este garantată de orice constituție democratică și de orice stat de drept, însă libertatea individului are anumite limite legale și ea trebuie exercitată în așa fel încât libertatea celorlalți să nu fie atinsă.

Ordinea juridică din statele democratice așează individul împreună cu drepturile sale fundamentale în centrul societății încât toate elementele de drept substanțial și procedural sunt în strictă consonanță cu această abordare și vor fi astfel create.

După cum precizează M. Freeden, când se afirmă că ființele umane sau grupurile de oameni posedă drepturi nu se susține doar că ele au atribute vitale, care trebuie formulate, promovate și protejate, ci și că ele sunt prioritare și importante și că lumea înconjurătoare este de neconceput dacă afirmarea și promovarea lor n-ar fi încurajată și promovată⁵.

³ N. Culic, *Considerații asupra conceptului: drepturile omului*, în volumul *Rolul Europei într-o societate polarizată*, Ed. Hamangiu, București 2014, p. 111

⁴ E. Ciongaru, *Human Rights And Multiculturalism*, în *Volume of International Conference on Innovation within Libraries – BIBLIO 2012*, Transilvania Brasov University Publishing House, Brașov, 2012, p. 191.

⁵ M. Freeden, *Drepturile*, DU Style, București, 1998, p. 34

Astfel, pentru a nu periclita în vreun fel libertatea celorlalți este suficient ca orice subiect de drept să respecte interdicțiile impuse de normele prohibitive. În acest fel, prin abținerea de la săvârșirea faptelor interzise, interdicția impusă de legiutor prin comandamentul normativ este realizată. În concluzie, abținerea subiectului de drept de la orice încălcarea a regulii juridice nu creează raporturi juridice. În schimb normele juridice prohibitive creează raporturi juridice în cazuri înc are sunt încălcate, iar pentru restabilirea ordinii de drept este necesară aplicarea sancțiunii legale.

În acest sens, se apreciază că eficacitatea sancțiunii, privită ca factor de modelare a conduitei umane rezidă în trei elemente: gradul de probabilitate a aplicării unei sancțiuni, nivelul de raționalitate al subiectelor de drept în cauză și însemnătatea relativă și înșelătoare a avantajelor scontate prin încălcarea normei de drept⁶.

De aici putem desprinde concluzia că oamenii respectă legea deoarece: sunt animați de un spirit de conservare, sunt presați de societate, le este teamă de pedeapsă sau, pur și simplu, respectă legea deoarece știu că așa este normal și în beneficiul propriu, dar și în beneficiul societății.

După cum se precizează omul nu poate trăi decât în societate și orice societate umană are nevoie de organizare, ordine și disciplină⁷.

Sanționarea comportamentului ilicit nu atrage după sine neapărat o pedeapsă penală (de multe ori privativă de libertate). Sancțiunile pot fi și de ordin contravențional (plata unei amenzi contravenționale), dar și civile (plata de daune interese în caz de nerespectarea a unei clauze contractuale).

Realizarea dreptului prin respectarea prescripțiilor juridice presupune următoarele atitudini ale subiectelor de drept:

- 1) îndeplinirea cerințelor legale, imperative sau permissive;
- 2) executarea normei juridice în vederea valorificării drepturilor subiective, dar cu respectarea libertății celorlalți.

2. Aplicarea normei juridice de către organele de stat competente.

Această operațiune are la bază o formă și o procedură oficială și se înfăptuiește prin elaborarea unor documente de aplicare, generatoare de raporturi juridice. Specificul acestei forme de realizare a dreptului este faptul că în cadrul raportului juridic ce se naște unul dintre subiecte este întotdeauna un organ de stat cu competențe și prerogative proprii.

⁶ F. Rigaux, *Introduction à la Science du Droit*, Bruxelles, 1974, p. 141-165 citat de I. Ceterchi, I. Craiovan *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 93.

⁷ E. Ciongaru, *Concept and Validity of Law*, în *Volume of International Conference-2012, Education and creativity for a knowledge based society (6th edition)*, Titu Maiorescu University Publishing House, Bucharest, 2012.

Această procedură trebuie înfăptuită cu respectarea drepturilor și libertăților fundamentale, motiv pentru care Constituția României statuează la art. 15 și 16:

ART. 15 – Cetățenii beneficiază de drepturile și de libertățile consacrate prin Constituție și prin alte legi și au obligațiile prevăzute de acestea. (2) Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.

ART. 16 (Egalitatea în drepturi) – (1) Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări. (2) Nimeni nu este mai presus de lege.

După cum se precizează în cadrul raporturilor juridice din această categorie, doar se constată sau se recunosc drepturi și obligații care își află temeiul real în norma juridică însăși⁸.

Trăsăturile actelor de aplicare a dreptului și diferențele față de actele normative:

- au un caracter concret care se referă la o anumită situație de fapt;
- actul de aplicare a dreptului se naște, modifică sau stinge un raport juridic;
- în privința acțiunii în timp, observăm că actele de aplicare a dreptului sunt influențate de elaborarea și comunicarea părților interesate;
- actele de aplicare pot fi elaborate de toate cele trei puteri din stat (legislativă, executivă, judecătorească).

Secțiunea a 3-a

Fazele de aplicare a dreptului

Aplicarea dreptului reprezintă un proces minuțios, de mare acuratețe și cu implicații socio-umane deosebite. Acest proces este strâns legat de cerințele stabilirii corecte a situației de fapt și de aplicarea normei juridice corespunzătoare. Aplicarea dreptului este subordonată principiului aflării adevărului, dar și ocrotirii drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Marea majoritate a normelor de drept se realizează, respectiv își ating scopul pentru care au fost elaborate, printr-o conduită conformă cu prevederile normelor de drept, a tuturor subiecților cărora li se adresează: cetățeni, organizații, organe de stat. Respectarea întocmai a obligațiilor ce decurg din contractul de muncă, respectarea normelor privind circulația pe drumurile publice, abținerea de la săvârșirea unor infracțiuni etc. reprezintă un comportament conform cu prevederile unor norme de drept, și deci constituie o formă de realizare a dreptului. În activitate practică însă normele juridice nu se

⁸ N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 248.

pot realiza numai prin respectarea lor de către cetățeni sau diferite organizații obștești. Atingerea scopurilor prevăzute în normele de drept, presupune, uneori, o activitate de organizare și asigurare a executării prevederilor normative din partea organelor de stat⁹.

Aplicarea dreptului parcurge următoarele **faze**:

a) Stabilirea stării de fapt reprezintă prima fază a aplicării dreptului, dar și cea mai importantă întrucât de aceasta sunt legate următoarele faze. Organele competente trebuie să țină cont de împrejurările concrete în care s-a săvârșit fapta de circumstanțe, conjuncturi, motivații etc., în esență, se va ține cont de toate elementele relevante care pot să lămurească situația de fapt. Împrejurările la care am făcut referire sunt denumite fapte juridice. Aceste fapte juridice pot constitui un element de comunicare juridică a izvoarelor materiale ale dreptului, integrate într-un proces mai larg de comunicare a dreptului¹⁰.

În vederea identificării corecte a situației de fapt, organul de stat este ținut să lămurească toate elementele ce pot duce la aflarea adevărului. Pentru aceasta este nevoie să se folosească de probe care pot fi: înscrisuri, martori, interogatoriu, expertize de specialitate, confruntările părților implicate în eveniment etc. De asemenea, stabilirea situației de fapt trebuie să respecte toate garanțiile prevăzute de Convenția europeană a drepturilor omului, convenție la care instanțele naționale se raportează în mod frecvent. De pildă, prin sentința civilă nr. 5630/2011, a Judecătoriei Cluj Napoca, instanța în stabilirea situației de fapt a avut în vedere dispozițiile Convenției, după cum urmează: În ceea ce privește incidența și aplicabilitatea jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, în sensul respectării prezumției de nevinovăție a persoanei sancționate contravențional, prezumție garantată de art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale drepturilor omului și în materie contravențională și care, în plan procedural, se concretizează prin răsturnarea sarcinii probei, instanța reține că jurisprudența Curții nu interzice, în principiu prezumțiile de fapt sau de drept din sistemele juridice ale statelor semnatare ale Convenției, cu singura condiție ca aceste prezumții să respecte anumite limite rezonabile în raport cu gravitatea faptei și a sancțiunii¹¹.

b) Alegerea normei juridice reprezintă a doua etapă a procesului de aplicare a dreptului. În cadrul acestei etape, misiunea organului competent este de a stabili norma juridică aplicabilă situației de fapt corect reținute. Operațiunea respectivă se desfășoară cu respectarea principiului legalității.

⁹ Gh. Boboș, *Teoria generală a statului și dreptului*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 234.

¹⁰ C.R. Butculescu, Considerations regarding law as an instrument of communication, *Juridical Tribune*, volume 4, Issue 2, December 2014, p. 22

¹¹ http://www.tribunalulcluj.ro/juris_hotarari/pv_contravenitie/7377%2010.pdf

Activitățile specifice organului de aplicare constau în: desemnarea regulii de drept incidente, constatarea valabilității normei juridice, corelația și, eventual, coroborarea cu alte norme de drept. Și în această etapă, organul îndrituit este obligat să țină seama de legislația privind drepturile omului. De pildă, art. 4 C. civ. statuează că în materiile reglementate de prezentul cod, dispozițiile privind drepturile și libertățile persoanelor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Constituția, Declarația Universală a Drepturilor Omului, pactele și celelalte tratate la care România este parte. În acest sens, doctrinarii¹² arată că potrivit jurisprudenței CEDO, statele UE au obligația să interpreteze și să aplice propria legislație în conformitate cu prevederile CEDO. Se impune precizarea că în caz de conflict legislativ, se va da întâietate actelor internaționale privind drepturile omului, potrivit principiului priorității reglementărilor internaționale și a dreptului comunitar în materie. Există și o excepție ș.a. cea prevăzută de art. 4 alin. (2) C. civ., conform căreia se va da prioritate legii interne dacă aceasta este mai favorabilă.

Cu toate că partizanii drepturilor omului tind să formalizeze sau să instituționalizeze drepturile prin intermediul legii, atât recunoașterea cât și statutul lor legal nu sunt o precondiție esențială pentru revendicarea sau identificarea unui drept; putem considera relația dintre legi și acțiuni ca fiind cimentată prin intermediul obligațiilor morale și/sau legale¹³.

c) Interpretarea dreptului presupune activități de lămurire a conținutului actului normativ. Întrucât regulii de drept i se va da un caracter concret este necesar ca organul de aplicare a dreptului să stăpânească foarte bine mijloacele și metodele de interpretare a normei juridice.

d) Elaborarea și emiterea actului de aplicare reprezintă faza finală a procesului de aplicare a dreptului. Operațiunea cuprinde două elemente: elementul rațional prin care factorul competent, după o profundă analiză prealabilă, înțelege cu exactitate situația de fapt, cu luarea în considerare a tuturor elementelor relevante și a circumstanțelor cauzei, și elementul volitiv care reprezintă o manifestare de voință prin care împrejurările sunt încadrate într-o normă de drept, urmând calificarea juridică a acestor împrejurări.

Întrucât cele două elemente se realizează cu respectarea legii este evident că actul de aplicare a rezultat trebuie să îmbrace și condițiile de formă prevăzute pentru a putea produce efecte juridice depline.

Actele de aplicare se deosebesc în funcție de organul emitent. De exemplu, în cazul instanțelor judecătorești, sentințe sau decizii, dar și încheieri care au

¹² A se vedea Fl. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 5.

¹³ N. Culic, *op. cit.*, p. 113.

valoarea juridică a unor hotărâri judecătorești parțiale și care sunt întocmite la finele fiecărei ședințe de judecată; organele administrative, întocmesc procese-verbale de constatare sau sancționare; executorii judecătorești întocmesc, de exemplu, procese-verbale de sechestru asupra bunurilor debitorului etc.

Secțiunea a 4-a **Concluzii**

Realizarea dreptului reprezintă un proces social prin care subiectele de drept respectă actele normative, iar statul prin organele competente aplică regula juridică. Libertatea fiecărui cetățean este limitată de drepturile celorlalți. Aplicarea dreptului se face printr-o procedură oficială însoțită de documente de aplicare. Toate fazele de aplicare și realizarea dreptului au în centrul lor ființa umană și pe cale de consecință toate procedurile aferente vor fi întocmite cu respectarea prevederilor ce consacră drepturile și libertățile fundamentale.

Bibliografie

1. Fl. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012;
2. Gh. Boboș, *Teoria generală a statului și dreptului*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983
3. C.R. Butculescu, Considerations regarding law as an instrument of communication, *Juridical Tribune*, volume 4, Issue 2, December 2014;
4. M. Freeden, *Drepturile*, DU Style, București, 1998
5. E. Ciongaru, *Human Rights And Multiculturalism*, in Volume of International Conference on Innovation within Libraries – BIBLIO 2012, Transilvania Brasov University Publishing House, Brasov
6. E. Ciongaru, *Concept and Validity of Law*, in Volume of International Conference-2012, *Education and creativity for a knowledge based society (6th edition)*, Titu Maiorescu University Publishing House, Bucharest
7. N. Culic, *Considerații asupra conceptului: drepturile omului* in volumul Rolul Europei într-o societate polarizată, Ed. Hamangiu, București 2014;
8. R. Von Ihering, *L'Esprit du droit romain*, t. III, p. 15.;
9. N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 248.
10. F. Rigaux, *Introduction à la Science du Droit*, Bruxelles, 1974, p. 141-165 citat de I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 93.
11. sursainternet: http://www.tribunalulcluj.ro/juris_hotarari/pv_contra_ventie/7377%2010.pdf

REGLEMENTAREA FOLOSIRII FORȚEI ÎN DREPTUL CONTEMPORAN – ACTUALITATE ȘI PERSPECTIVE

Ina Raluca TOMESCU*

Abstract:

War has been considered one of the main instruments of foreign policy of states. The UN Charter proclaimed the non-use of force or threat of use of force and the peaceful settlement of disputes as principles of international law. Under current international rules, the coercive instruments, with or without the use of armed force, may be used in collective measures taken by the UN, based on the Security Council decision.

Keywords: *use of force, threat of use of force, international rules, UN Charter, Security Council*

Războiul a fost considerat unul dintre principalele instrumente de politică externă a statelor. Stadiul actual al relațiilor internaționale, dar și recente evenimente de pe scena internațională au ridicat serioase semne de întrebare referitoare la întinderea și conținutul pilonilor fundamentali ai ordinii juridice internaționale.

Cele mai importante și mai numeroase întrebări se referă la legalitatea folosirii forței în relațiile dintre state. În mod tradițional, în sistemul Cartei ONU, interzicerea folosirii forței și a amenințării cu forța era considerată unul dintre fundamentele esențiale ale construcției juridice a societății internaționale, fiind rezultatul unei evoluții normative și istorice constante¹. Constatăm că această evoluție a fost, practic, paralelă cu evoluția umanității, și a urmărit *restrângerea progresivă într-o măsură cât mai largă a cazurilor de recurgere la forță și la amenințarea cu forța*.

În acest complicat sistem mondial, construit în câteva decenii, Adunarea Generală a Națiunilor Unite, Consiliul de Securitate și Secretarul General ONU au jucat împreună, complementar sau individual, roluri majore în înfăptuirea păcii și securității internaționale, acoperind principalele domenii: înfăptuirea, menținerea și construcția păcii². În preambulul Cartei, a fost proclamată hotărârea statelor membre de a-și uni eforturile pentru menținerea păcii și

* Conf. univ. dr., Facultatea de Relații Internaționale, Drept și Științe Administrative, Universitatea "Constantin Brâncuși" din Târgu-Jiu; cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, Centrul de Studii de Drept European; email: ina.tomescu@gmail.com.

¹ I. Gălea, *Folosirea forței în dreptul internațional*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 5.

² O. Russbach, *ONU contra ONU. Dreptul internațional confiscat*, Ed. Coresi, București, 1999, p. 152.

securității internaționale, de a accepta principii și a institui metode care „să garanteze că forța armată nu va fi folosită decât în interesul lor comun”³.

Carta ONU, în art. 2 alin. (4), dedicat principiilor care trebuie să guverneze relațiile dintre state, enunță conținutul principiului nerecurgerii la forță sau la amenințarea cu forță în relațiile internaționale în următorii termeni: *„Toți membrii organizației se vor abține, în relațiile lor internaționale, de a recurge la amenințarea cu forță sau la folosirea ei, fie împotriva integrității teritoriale ori independenței politice a vreunui stat, fie în orice alt mod incompatibil cu scopurile Națiunilor Unite”*⁴.

Dispoziția este completată de excepțiile prevăzute în art. 51 (dreptul inerent la legitima apărare) și art. 43 (măsurile dispuse de Consiliul de Securitate în temeiul Capitolului VII al Cartei).

Prevederea convențională din Cartă se regăsește reluată într-o serie de documente ale Adunării Generale a ONU, documente ale OSCE, dar și tratate bilaterale și multilaterale regionale. Astfel, regula este reluată în:

- Declarația asupra principiilor dreptului internațional referitoare la relațiile prietenești și cooperarea între state în conformitate cu Carta ONU (Rezoluția 2625 (XXV) din 24 octombrie 1970);

- Rezoluția nr. 3314 (XXIX) din 14 decembrie 1974 a Adunării Generale privind definirea agresiunii;

- Rezoluția 31/9 din 8 noiembrie 1976 a Adunării Generale privind încheierea unui tratat multilateral privind interzicerea folosirii forței în relațiile internaționale;

- Declarația asupra inadmisibilității intervenției și interferenței în afacerile interne ale Statelor (Rezoluția 36/103 din 9 decembrie 1981);

- Declarația privind dreptul popoarelor la pace (Rezoluția 39/11 din 12 noiembrie 1984);

- Declarația asupra respectării stricte a principiului interzicerii folosirii forței și amenințării cu forță în relațiile internaționale (Rezoluția 42/22 din 18 noiembrie 1987);

Norma generală de prohibire a folosirii forței în reglementarea relațiilor dintre state admite două derogări, menționate în Cartă la Capitolul VII, intitulat „Acțiunea în caz de amenințări împotriva păcii, de încălcări ale păcii și de acte de agresiune”, capitol care reglementează, deopotrivă, și funcțiile și puterile Consiliului de Securitate pentru menținerea păcii și securității în relațiile internaționale, în cazul în care constată că pacea este amenințată ori violată sau că se găsește în fața unui act de agresiune.

³ V. Crețu, *Drept internațional public*, Ed. Fundației România de Măine, București, 2006, p. 251.

⁴ R. Miga-Beștelu, *Drept internațional public*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 158.

Prima derogare este prevăzută în art. 39, potrivit căruia: „Consiliul de Securitate va constata existența unei amenințări împotriva păcii, a unei încălcări a păcii sau unui act de agresiune și va face recomandări ori va hotărî ce măsuri vor fi luate, în conformitate cu art. 41 și 42, pentru menținerea sau restabilirea păcii și securității internaționale”, prevedere care, desigur, legitimează statul ca, în cazul în care există o amenințare a păcii, o încălcare a păcii sau un act de agresiune împotriva sa, să ia toate măsurile necesare pentru restabilirea păcii și securității internaționale.

Cu alte cuvinte, Carta lasă, prin această derogare, posibilitatea de folosire legală a forței, ca măsură de constrângere prevăzută la art. 42, pentru sancționarea agresorilor, prin decizie a Consiliului de Securitate.

Spre deosebire de recomandările pe care Consiliul de Securitate le poate face în baza Capitolului VI (Rezolvarea pașnică a diferendelor) din Cartă, care au un caracter facultativ, recomandările menționate în art. 39 au un caracter de avertizare, ca și recomandările art. 40, care se referă la măsuri provizorii pentru a preîntâmpina o agravare a situației. Potrivit acestuia „Consiliul de Securitate poate ca, înainte de a face recomandări sau a hotărî asupra măsurilor care trebuiesc luate în conformitate cu art. 39, să invite părțile interesate să se conformeze măsurilor provizorii pe care le consideră necesare sau de dorit. Asemenea măsuri provizorii nu vor prejudicia cu nimic drepturile, pretențiile sau poziția părților interesate. Consiliul de Securitate va ține seama de modul convenit de neexecutarea acestor măsuri provizorii”⁵.

Cea de-a doua excepție menționată în Carta ONU este reglementată în art. 51, potrivit căruia: „Nicio dispozițiune din prezenta Cartă nu va aduce atingere dreptului inerent de autoapărare individuală sau colectivă, în cazul în care se produce un atac armat împotriva unui Membru al Națiunilor Unite, până când Consiliul de Securitate va fi luat măsurile necesare pentru menținerea păcii și securității internaționale. Măsurile luate de Membri în exercitarea acestui drept de autoapărare vor fi aduse imediat la cunoștința Consiliului de Securitate, în temeiul prezentei Carte, pentru întreprinde oricând acțiunile pe care le va socoti necesare pentru menținerea sau restabilirea păcii și securității internaționale”⁶.

Cu alte cuvinte, Carta lasă, prin această derogare, posibilitatea de folosire legală a forței ca formă a legitimei apărări, pentru exercitarea dreptului la legitimă apărare individuală sau colectivă.

Așadar, în accepția Cartei, aceste derogări dau dreptului de legitimă apărare două sensuri⁷, pentru două cazuri diferite în care o țară poate folosi forța

⁵ C. G. Balaban, *Securitatea și dreptul internațional. Provocări la început de secol XXI*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 169.

⁶ R. Miga-Besteliu, *op. cit.*, p. 159.

⁷ I. Cloșcă, I. Suceavă, *Dreptul internațional umanitar la începutul secolului XXI*, ARDU, București, 2003, p. 615.

împotriva altei țări: un sens larg, care desemnează rezistența armată față de acțiunile unui stat care, recurgând în mod ilegal la forță, violează normele imperative ale dreptului internațional, sens în care sunt incluse atât măsurile de autoapărare ale statului agresat, cât și acțiunile întreprinse de Națiunile Unite și organizațiile regionale în cazul unei amenințări contra păcii, al unei violări a păcii sau a unui act de agresiune⁸.

În sens restrâns, dreptul de legitimă apărare se referă la cea de a doua derogare, dreptul la autoapărare, individuală sau colectivă, reglementat în art. 51. Aceasta este și singura situație legală când statele au dreptul să recurgă la forța armată fără autorizarea prealabilă a Consiliului de Securitate, însă sub controlul acestuia. Acest drept, limitat în timp și condiționat în exercitare, se naște în momentul în care s-a comis agresiunea armată și încetează atunci când Consiliul de Securitate va fi *luat* măsurile necesare pentru restabilirea și menținerea păcii și securității internaționale. Acest drept se poate exercita numai în *trei* situații, și anume: în caz de agresiune armată; dacă actul de agresiune armată este anterior măsurilor de autoapărare și dacă actul de agresiune prezintă o anumită gravitate⁹.

Deși țările membre renunță, în general, la folosirea forței împotriva altor țări ca mijloc de reglementare a diferendelor dintre ele, atât în prevederile Cartei Națiunilor Unite, cât și în dezvoltările ulterioare se mențin situații în care se admite recurgerea la forța armată.

Dreptul la legitimă apărare (individuală sau colectivă)

Este dreptul legitim, dar limitat în timp și condiționat în execuție, la care se poate recurge numai atunci când un stat sau grup de state este obiectul unei agresiuni a unui alt stat sau grup de state.

Dreptul de a angaja forțe într-o astfel de situație va continua însă până în momentul în care Consiliul de Securitate a luat măsurile necesare pentru menținerea păcii și securității. Dar atacurile teroriste 11 septembrie 2001 asupra teritoriului Statelor Unite au adus un element nou în practica juridică internațională, pentru că, în loc să se apeleze la Consiliul de Securitate pentru a autoriza aplicarea art. 42 din Carta ONU, Statele Unite au recurs la art. 51, dreptul la legitimă apărare, individuală sau colectivă, declanșând acțiunile militare (*prin invocarea amenințării pe care o constituie sprijinul dat de talibani teroriștilor din Afganistan și pericolul pe care îl prezintă pentru întreaga omenire*) împotriva Afganistanului. Chiar și Consiliul Nord-Atlantic, întrunit la 12 septembrie 2001, a luat o decizie asemănătoare, considerând atacurile asupra Statelor Unite ca intrând sub incidența art. 51 al Tratatului Atlanticului de Nord.

⁸ G. Geamănu, *Drept internațional public*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 434.

⁹ D. Ș. Paraschiv, *Sistemul sancțiunilor în dreptul internațional public*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 75.

Totuși, în deschiderea reuniunii miniștrilor apărării din țările NATO, din 26 septembrie 2001, Secretarul General al NATO, Lordul Robertson, menționa că Alianța nu va trece la acțiune până nu va primi „dovezi clare” din partea SUA, cu privire la identitatea și vinovăția suspectilor, iar „prima etapă va consta în eliminarea termenului «dacă» din declarația adoptată de Consiliul NATO”¹⁰.

Se poate sublinia, în deplin acord cu precizarea Curții Internaționale de Justiție, că legitima apărare, individuală sau colectivă, nu se justifică decât în condiții bine definite, când se adoptă măsuri proporționale cu actul de agresiune armată necesar a-i pune capăt¹¹. În plus, așa cum s-a arătat în repetate rânduri, orice acțiune întreprinsă în baza art. 1 din Carta ONU, va dura până când Consiliul de Securitate va lua măsurile ce se impun pentru menținerea păcii.

Folosirea colectivă a forței

Această măsură are ca scop restabilirea păcii și se poate lua împotriva unui stat care ar amenința securitatea internațională și doar atunci când alte măsuri s-au dovedit a fi ineficiente pentru înlăturarea amenințării. Un prim caz pentru trecere la folosirea colectivă a forței împotriva unui stat, în condițiile menționate mai sus, îl reprezintă angajarea Națiunilor Unite împotriva RPD Coreene, în contextul războiului din Coreea, din 1950-1953. Această măsură, prima în istoria ONU, care prevedea aplicarea art. 42 din Cartă, a fost luată în baza deciziei Consiliului de Securitate și a Rezoluției 377/V, adoptată de Adunarea Generală a ONU, la 3 noiembrie 1950¹².

Intitulată „Uniți pentru pace”¹³, rezoluția respectivă prevedea: „în toate cazurile în care pare că există o amenințare a păcii sau un act de agresiune și unde, datorită faptului că unanimitatea nu a putut să se realizeze printre membrii permanenți, Consiliul de Securitate fiind lipsit de posibilitatea de a se achita de responsabilitatea sa principală în menținerea păcii și securității internaționale, Adunarea Generală va examina imediat problema în scopul de a face membrilor recomandările necesare asupra măsurilor colective ce trebuie luate, inclusiv folosirea forței armate în caz de nevoie, pentru a menține sau restabili pacea și securitatea internațională. Dacă Adunarea Generală nu se află în sesiune în acel moment, ea va putea să se reunească în sesiune extraordinară de urgență în următoarele 24 de ore, la cererea prezentată în acest scop”¹⁴.

Desigur, această rezoluție nu contestă dreptul și competențele Consiliului de Securitate conferite prin Cartă, ea urmărind evitarea unui veto. Dar, a fost

¹⁰ C. G. Balaban, *op. cit.*, p. 172.

¹¹ I. Cloșcă, *A fost legală sau ilegală atacarea Irakului?*, în *Revista Română de Drept Umanitar*, nr. 1/2003, p. 11.

¹² C. G. Balaban, *op. cit.*, p. 173.

¹³ Doc. ONU A/Rez.377/V.

¹⁴ M. D. Lungu, *Rolul organizațiilor internaționale în soluționarea pașnică a diferendelor internaționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 249.

puternic criticată, unele critici fiind întemeiate din punct de vedere juridic. Sesizând faptul că rezoluția în cauză împuternicește Adunarea Generală să decidă măsuri coercitive cu folosirea forței armate, competență exclusivă a Consiliului de Securitate, specialiștii în materie mai invocau și art. 11 pct. 2, care prevede că „orice asemenea problemă care reclamă să se întreprindă o acțiune va fi deferită de Adunarea Generală Consiliului de Securitate, înainte sau după discutarea ei”¹⁵.

Rezoluția 377/V a mai fost invocată și în alte câteva situații internaționale dificile, literatura de specialitate menționând Conflictul Suezului, conflict declanșat în anul 1956, în urma invadării Egiptului de către forțele anglo-franco-israeliene, ca măsură de represalii pentru naționalizarea de către acesta a Companiei canalului de Suez¹⁶. O situație internațională delicată, căreia, pentru a-i face față, Consiliul de Securitate a convocat, la 30 octombrie 1956, o sesiune de urgență a Adunării Generale, pentru a face recomandări. Pe cale de consecință, la 2 noiembrie 1956, Adunarea extraordinară de urgență cerea încetarea imediată a focului, iar ulterior, la 5 noiembrie, hotărâ crearea „unei forțe de urgență a ONU”, având ca bază Rezoluția 377/V și nu art. 42 din Cartă¹⁷. De asemenea, Rezoluția 377/V a mai fost invocată în urma intervenției militare a Statelor Unite și Marii Britanii în Liban și respectiv Iordania.

Dacă ar fi să încercăm să concluzionăm cu privire la natura, evoluția și conținutul principiului interzicerii folosirii forței și amenințării cu forța, ideea care ar rezulta ar sta sub influența a doi factori contrari: pe de o parte, evoluțiile în sensul întăririi normei prohibitive și a acoperirii unei arii cât mai largi de acte implicând folosirea forței – sens în care au putut fi observate instrumentele de *soft law* adoptate de-a lungul timpului în cadrul ONU și a organizațiilor regionale – și, pe de altă parte, o tendință a unor state, reflectată în practică și în doctrină, de a crea anumite breșe în sistemul juridic care să permită folosirea forței în anumite cazuri: fie prin interpretarea restrictivă a normei generale conținute de art. 2 alin. (4), fie prin extinderea sferelor de aplicare ale celor două excepții „clasice” de la norma prohibitivă, fie prin propunerea de teorii referitoare la „noi excepții”.

Momentul 11 septembrie 2001, chiar dacă este considerat un moment de cotitură în relațiile internaționale contemporane, a determinat o schimbare în dreptul internațional, prin două elemente: primul, în sensul că a determinat o schimbare fundamentală în politica externă a principalei puteri la nivel mondial; al doilea, momentul 11 septembrie 2001 a modificat esențial natura conflictelor și amenințărilor la nivel mondial, conflictele clasice stat-stat fiind înlocuite de amenințările „asimetrice”.

¹⁵ C. G. Balaban, *op. cit.*, p. 173.

¹⁶ S. Scăunaș, *Drept internațional public*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 336.

¹⁷ I. Cloșcă, *op. cit.*, p. 8.

Unii autori pun problema existenței unor noi excepții de la folosirea forței¹⁸. Se conturează o tendință de creare/modificare a cadrului existent – fie prin interpretarea extensivă a unor norme anterioare – ca în cazul legitimei apărări preventive, fie prin instituirea unei norme noi – ca în cazul „dreptului” de intervenție umanitară. Ambele norme propuse sunt rezultatul unei presiuni exercitate asupra sistemului juridic internațional. La nivel factual, presiunea vine din partea divergenței existente între modul în care a fost concepută ordinea juridică mondială la sfârșitul celui de-al doilea război mondial și adaptată pe parcurs unei situații de „echilibru” între cele două mari blocuri politico-militare, pe de o parte, și structura sistemului internațional contemporan, pe de altă parte, dominat de puterea Statelor Unite ale Americii. La nivel ideal, presiunea vine din invocarea unei discrepanțe între normele eticii sau moralei și normele de drept.

În evoluția dreptului folosirii forței nu trebuie neglijate influențele pe care valorile contemporane le au asupra formulării normelor de drept. Una dintre ele poate fi umanitatea. În mod cert, dreptul internațional actual conține tendințe certe spre protejarea cât mai largă a drepturilor omului, expresie juridică a valorilor umanității¹⁹.

Cu toate acestea, aplicarea ideii de umanitate, de respectare a drepturilor omului în materia folosirii forței, poate duce cu greu la un rezultat concret, datorită posibilității generării a două tendințe opuse. Astfel, pe de o parte, valorile umanității ar determina ca folosirea forței la nivel mondial să apară într-un număr cât mai redus de cazuri. Vorbeam de evoluția „ascendentă” a principiului interzicerii folosirii forței și amenințării cu forța în dreptul internațional contemporan, ca rezultat al construcției istorice a acestuia și a nivelului la care a ajuns societatea internațională. Pe de altă parte, valorile umanității, transpuse la nivel juridic în principiul respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, pot justifica excepții sau derogări de la interzicerea folosirii forței.

Chiar dacă statele sunt atașate ideii de *rule of law* nivel internațional, în diferitele sale forme de exprimare, realitatea sistemului internațional contemporan nu permite asigurarea respectării sale. Aceasta nu înseamnă că ideea nu trebuie postulată, având în vedere fundamentele sale atât juridice, cât și etice. În plus, aceasta nu înseamnă că sistemul internațional nu va evolua către conștientizarea necesității respectării supremației dreptului. Această evoluție se poate produce într-un viitor rezonabil (chiar o generație), printr-una dintre următoarele două variante²⁰:

¹⁸ I. Gâlea, *op. cit.*, p. 273.

¹⁹ M. Voiculescu, *Drepturile omului și problemele globale contemporane*, Casa editorială Odeon, București, 2003, p. 269.

²⁰ I. Gâlea, *op. cit.*, p. 281.

- evoluția generală a „conștiinței” statelor în sensul proiectării valorii respectării supremației dreptului de la nivel intern, la nivel internațional. Astfel, la fel cum drepturile omului au devenit o valoare general acceptată la nivel internațional, este posibil ca, având în vedere evoluțiile pozitive pe plan intern în diferite state, *rule of law* să devină și o valoare internațională;

- posibilitatea reechilibrării sistemului de putere la nivel mondial. O ascensiune a unui pol de putere în Asia, centrat în jurul Chinei, este din ce în ce mai plauzibil și este fundamentat în principal pe evoluțiile economice din această regiune.

Echilibrarea sistemului de putere la nivel mondial nu ar fi o soluție ideală, ca prima variantă, dar ar fi o soluție realistă și pragmatică. Respectul supremației dreptului ar opera. În astfel de situații, nu neapărat ca urmare a conștiinței statelor cu privire la justiție și fundamentarea etică a conceptului *rule of law*, ci ca rezultat al realității că nu va mai exista posibilitatea ca un actor internațional să desfășoare acțiuni cu ignorarea comportamentului celorlalți actori – ceea ce, pe cale de consecință, va determina necesitatea respectării regulii consimțământului sau voinței statelor, fundamentul supremației dreptului în cadrul sistemului internațional.

Regulile privind interzicerea folosirii forței rămân unul dintre fundamentele dreptului internațional, deși au fost înregistrate evoluții cu privire la normele de drept privind folosirea forței după terminarea Războiului Rece și, în special, după evenimentele din 11 septembrie 2011.

SIMPLIFICAREA ȘI MODERNIZAREA DREPTULUI UNIUNII EUROPENE, DUPĂ INTRAREA ÎN VIGOARE A TRATATULUI DE LA LISABONA

*Augustin FUEREA**

Abstract:

According to the Interinstitutional Agreement on better law-making (2003), „in order to make EU law easier to read and to apply, the EU institutions agree to update and condense existing legislation and significantly to simplify it. Such simplification will be carried out through the recasting of existing acts or by means of new legislative proposals, whilst maintaining the substance of EU policies. In this connection, the Commission will select the areas of current law which are suitable for simplification, on the basis of criteria laid down once the legislative authority has been consulted”.

Keywords: *simplification; modernization; Treaty of Lisbon; European Commission; REFIT; harmonization; ECLI*

În anul în care se semna Tratatul de la Lisabona, 2007, Comisia Europeană estima că Jurnalul Oficial al Uniunii Europene cuprindea aproximativ 97.000 pagini¹, însumând întreaga legislație a Uniunii, de la constituirea acesteia. Un număr impresionat, în condițiile în care o bună parte din legislație este „eliminată periodic de către Comisia Europeană, ca urmare a faptului că devine perimată sau caducă”². Această abundență de acte legislative influențează, în mod firesc, direct proporțional, și legislația națională a statelor membre, nu puține fiind actele juridice ale Uniunii ce trebuie transpuse, fapt ce a condus la numeroase nemulțumiri la nivel național. Nu de puține ori, legislația stufoasă a generat critici, atât din partea cetățenilor statelor membre, care nu au ezitat să susțină faptul că „UE generează prea multă birocrație”³, cât și a întreprinderilor, acestea „reproșând Uniunii că le sufocă, în special pe cele mici”⁴. În aceste

* Prof. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea București.

¹ Potrivit Avis et rapports du Conseil Économique et Social, République Française, *De l'élaboration de la législation communautaire à sa mise en oeuvre en droit national: Contribution du Conseil Économique et Social à la réflexion sur „mieux légiférer”*, p.103 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000531/0000.pdf>)

² Idem.

³ Comunicatul de presă al Comisiei Europene, „Programul REFIT – Adaptare pentru creșterea economică: Comisia ia în continuare măsuri ambițioase pentru a simplifica legislația UE”, IP-13-891, Bruxelles, 2 octombrie 2013, p. 1 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-891_ro.htm).

⁴ Idem.

condiții, Comisia Europeană a inclus chestiunea referitoare la volumul mare al legislației Uniunii printre preocupările sale.

Legiferarea la nivelul Uniunii a devenit o problemă încă din anii '90, dacă avem în vedere faptul că, în anul 1992, Consiliul European de la Edinburgh includea simplificarea și ameliorarea legislației⁵ printre prioritățile comunitare. Astfel, urmând orientările formulate de Consiliul European, Parlamentul European, Consiliul și Comisia au încheiat mai multe Acorduri interinstituționale, după cum urmează: Acordul interinstituțional din 25 octombrie 1993 privind procedurile de punere în aplicare a principiului subsidiarității⁶; Acordul din 20 decembrie 1994 privind metoda de lucru accelerată pentru codificarea oficială a textelor legislative⁷; Acordul din 22 decembrie 1998 privind orientările comune pentru calitatea redactării legislației comunitare⁸ și Acordul din 28 noiembrie 2001 privind utilizarea mai structurată a tehnicii de reformare a actelor legislative⁹.

Seria acestor Acorduri continuă cu cel din decembrie 2003, Acord ce are ca obiect o mai bună legiferare¹⁰.

În perioada ce a urmat acestor Acorduri, ambițiile celor trei instituții implicate au fost mari, acestea urmărind: îmbunătățirea lizibilității legislației Uniunii Europene; actualizarea legislației UE; reducerea volumului legislației existente și simplificarea acesteia în mod semnificativ.

Retrospectiv privind, la nivelul dreptului primar al Uniunii Europene, simplificarea și modernizarea legislației a început încă din anul 1999, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam. Acesta este primul instrument juridic al Uniunii Europene care a eliminat din tratatele institutive ale Comunităților Europene toate prevederile devenite caduce, respectiv „depășite

⁵ „Propunerile legislative importante ar putea, dacă este necesar, să facă obiectul unei dezbateri preliminare în cadrul Consiliului, pe baza propunerii legislative prezentate de Comisie. În acest sens, Președinția, statele membre și Comisia vor trebui să propună subiecte concrete ce vor fi supuse dezbaterii. Consiliul va decide de la caz la caz. Negocierile din cadrul Consiliului, privind legislația, vor rămâne confidențiale” (Concluziile Consiliului European de la Edinburgh: extrase privind transparența http://www.cvce.eu/obj/conclusions_du_conseil_europeen_d_edimbourg_extraits_sur_la_transparence_11_12_decembre_1992-fr-2682a712-d570-4956-872a-078859ac1a1f.html).

⁶ Publicat în JOCE C 329, 6.12.1993, p. 135 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1993:329:FULL&from=RO>).

⁷ Publicat în JOCE C 102, 4.4.1996, p. 2 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1996:102:FULL&from=RO>).

⁸ Publicat în JOCE C 73, 17.3.1999, p. 1 (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1999.073.01.0001.01.FRA).

⁹ Publicat în JOCE C 77, 28.3.2002, p. 1 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002Q0328&from=FR>).

¹⁰ Publicat în JOCE C 321, 31.12.2003 ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231(01)&from=EN)).

în timp, evitând (...) ca efectele juridice care decurgeau din acestea în trecut să fie afectate de eliminare”¹¹.

Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa conținea o serie de elemente de reformă în domeniul simplificării dreptului UE. Astfel, Tratatul înlocuia, printr-un text unic din motive de celeritate și claritate, ansamblul tratatelor existente. Totodată, simplifica instrumentele juridice de care dispunea Uniunea pentru a acționa. Astfel, tipologia actelor se limita la 6 instrumente, după cum urmează: lege, lege-cadru, regulament, decizie, recomandare și aviz¹².

Dacă Tratatul constituțional, așa cum a rămas în istoria UE, nu ne-ar fi făcut contemporani cu unul dintre cele mai mari eșecuri înregistrate la nivelul Uniunii, prin respingerea lui de către două state membre¹³, respingere care a condus la abandonarea acestuia, în ultimă instanță, tratatul s-ar fi constituit în cea mai amplă revizuire a tratatelor constitutive.

Cel mai important eveniment, care a avut loc la nivelul Uniunii Europene în anul 2009, având consecințe pentru societatea internațională, universală, și cea regională, europeană, este reprezentat de intrarea în vigoare, la 1 decembrie, a instrumentului juridic, deja, arhicunoscut, sub sintagma de „*Tratatul de la Lisabona*”. Tratatul continuă simplificarea, deja începută, a dreptului Uniunii Europene, aducând o serie de elemente noi. Astfel, într-o scurtă enumerare rețin atenția: tratatele pot fi modificate fără convocarea unei conferințe interguvernamentale, recurgându-se la procedura simplificată de revizuire¹⁴; simplificarea procedurii legislative; implicarea activă a parlamentelor naționale în procedura legislativă a Uniunii delimitarea clară a competențelor între Uniune și statele membre, delimitare care modifică substanțial aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității¹⁵. Cum simplifică dreptul UE cele două principii? În temeiul art. 5 alin. (4) TUE, acțiunile la nivelul UE nu vor depăși ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivelor prevăzute în tratate. Prin aceasta se are în vedere faptul că ceea ce poate fi realizat la nivel național, de către statele membre, nu trebuie făcut în comun, la nivelul Uniunii Europene. Competența de drept comun revine, prin urmare, statelor. Proporționalitatea semnifică faptul că, în aplicarea unei competențe, Uniunea dacă are de ales între mai multe moduri de a acționa, ea trebuie să o rețină pe aceea care lasă statelor, particularilor și întreprinderilor cea mai mare libertate. În acest scop, Uniunea

¹¹ *** „Fișe tehnice despre Uniunea Europeană”, ed. 2014, p. 19 (<http://www.infoeuropa.md/files/fise-tehnice-despre-uniunea-europeana-editia-2014.pdf>).

¹² Pentru detalii a se vedea, Augustina Dumitrașcu, „Proiectul de Constituție pentru Europa – simplificarea sau complicarea instrumentelor normative ale Uniunii Europene?”, *Revista de Drept Public*, nr. 4, Ed. All Beck, București, 2003, p. 76-87.

¹³ Franța și Olanda.

¹⁴ Se poate recurge la această procedură numai dacă modificările propuse vizează politici interne și acțiuni ale Uniunii (art. 48 alin. (6) și (7) TFUE).

¹⁵ Consacrate la art. 5 TUE.

trebuie să analizeze dacă o intervenție legislativă a sa este imperios necesară sau pot fi utilizate și alte mijloace, cum ar fi: reciprocitatea, recomandarea, susținerea financiară, încurajarea cooperării între state sau aderarea la o convenție internațională.

Simplificarea dreptului Uniunii Europene este o acțiune pe cât de utilă, pe atât de anevoioasă. Cu toate acestea Comisia Europeană, putem spune, că și-a asumat rolul de a „raționaliza legislația și de a reduce sarcinile de reglementare”¹⁶. „Scopul simplificării legislative este acela de a îmbunătăți și adapta legislația, modificând sau înlocuind actele și dispozițiile care sunt prea complicate și complexe pentru a fi aplicate. Această simplificare se efectuează prin reformarea actelor existente sau prin noi propuneri legislative, păstrând în același timp conținutul politicilor Uniunii”¹⁷. Începând cu anul 2005, Comisia a aprobat 660 de inițiative destinate simplificării, codificării sau reformării unor acte legislative. Peste 5590 de acte legislative au fost abrogate¹⁸. Consecvență scopului urmărit, Comisia a lansat, la finele anului 2012, unul dintre cele mai ambițioase programe în materie de simplificare – Programul pentru o reglementare inteligentă și performantă (REFIT). Prin intermediul REFIT, „Comisia se asigură că acquis-ul UE este „adecvat scopului”¹⁹. În acest sens, Comisia este cea care examinează legislația Uniunii și identifică acțiunile corective necesare, care se pot concretiza în: „măsuri legislative de simplificare și de reducere a sarcinii de reglementare, abrogări de acte legislative care nu mai sunt necesare, retragerea unor propuneri care nu au o șansă realistă de adoptare sau ale căror obiective inițiale nu mai pot fi realizate evaluări și verificări ale adecvării pentru a analiza relevanța, coerența, eficiența, eficacitatea și valoarea adăugată la nivelul UE a legislației UE și pentru a identifica noi oportunități de simplificare și de reducere a sarcinilor”²⁰. La 2 ani de la lansare, au fost inițiate aproape 200 de acțiuni în cadrul REFIT, acestea fiind reunite într-un tablou de bord cuprinzător, publicat la 18 iunie 2014. Potrivit lui José Manuel Barroso²¹: „prin intermediul REFIT, Comisia a inițiat cel mai amplu exercițiu întreprins [vreodată], menit să simplifice legislația UE. Aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității nu va pune în discuție avantajele importante pe care le conferă reglementarea UE cetățenilor și întreprinderilor, în special dispozițiile care stau la baza pieței unice. Măsurile

¹⁶ Comunicatul de presă al Comisiei Europene, „Programul REFIT...”, precitat, p. 1.

¹⁷ Pct. (35) – *Simplificarea și reducerea volumului legislației din Acordul interinstituțional privind o mai bună legiferare* (2003/C 321/01), precitat.

¹⁸ Idem.

¹⁹ „Programul de lucru al Comisiei pe 2015. Un nou început”, Strasbourg, 16.12.2014, COM (2014) 910 final, p. 2 (http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_refit_actions_ro.pdf).

²⁰ Idem.

²¹ Președintele Comisiei Europene în perioada 2004-2009, respectiv 2009-2014.

prevăzute de REFIT oferă o perspectivă pragmatică pentru viitorul reglementării în Europa”²².

Considerăm că simplificarea dreptului Uniunii Europene nu poate fi realizată fără o modernizare a acestuia. Nu avem în vedere acele acțiuni ale Comisiei Europene destinate adaptării diferitelor ramuri de drept ale Uniunii Europene realităților societății prezente. Ne vom referi la ceea ce DEX-ul definește modernizarea ca fiind acțiunea de „a da unui lucru un aspect modern, conform gusturilor și cerințelor actuale”²³, adică la acele măsuri, mai mult decât necesare, accesării rapide a informației. Avem în vedere, pentru această etapă, 3 dintre acțiunile întreprinse de către Uniune în acest domeniu.

În primul rând, în ordine cronologică, după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, s-a modificat modul de citare a jurisprudenței la Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Pornind de la premisa potrivit căreia „spațiul european de libertate, securitate și justiție în cadrul căruia se desfășoară cooperarea judiciară presupune nu numai cunoașterea dreptului Uniunii Europene, ci și, în special, cunoașterea reciprocă a sistemelor juridice ale altor state membre, portalul european e-justiție ar trebui să îndeplinească obiectivul privind diseminarea informațiilor despre sistemele juridice ale UE și ale statelor membre și ar trebui să servească drept instrument util pentru cetățeni, profesioniști din domeniul juridic, precum și pentru autoritățile statelor membre”²⁴. Cunoașterea și aplicarea corectă și completă a dreptului Uniunii Europene nu pot fi realizate exclusiv din surse juridice ale UE, ci, potrivit Consiliului, în acest scop „ar trebui luată în considerare și jurisprudența instanțelor naționale, atât deciziile care solicită pronunțarea unei hotărâri preliminare, cât și hotărârile luate după pronunțarea unei hotărâri preliminare și cele care aplică direct dreptul UE”²⁵. Este adevărat că, la nivelul Uniunii Europene, au fost dezvoltate o serie de baze de date²⁶ în care pot fi regăsite multe dintre preocupările cetățenilor, însă „experiența a demonstrat că, în cadrul acestor baze de date, căutările sunt adeseori foarte complexe și greu de efectuat”²⁷. Aceste probleme sunt cauzate, în mare parte, de lipsa unor

²² http://ec.europa.eu/news/business/131002_ro.htm

²³ <http://dexonline.ro/definitie/modernizare>.

²⁴ Pct. 4 și 5 din *Concluzii ale Consiliului invitând la introducerea identificatorului european de jurisprudență (European Case Law Identifier — ECLI) și a unui set minim de metadate uniforme pentru jurisprudență* (2011/C 127/01), publicate în JOUE C 127, 29.4.2011 ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0429\(01\)&from=RO](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0429(01)&from=RO)).

²⁵ *Ibidem*, pct. 6.

²⁶ Motorul de căutare al Rețelei Președinților Curților Supreme de Justiție ale Uniunii Europene, bazele de date Dec.Nat și Jurifast ale Asociației Consiliilor de Stat și ale Instanțelor Administrative Supreme ale Uniunii Europene, baza de date JURE (Competență judiciară, recunoaștere și executare) a Comisiei Europene, EUR-Lex și baza de date cu jurisprudența Agenției pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene.

²⁷ Pct. 7 din *Concluzii ale Consiliului*, precitat.

identificatori uniformi pentru jurisprudență. Pentru a le depăși, „în cadrul unei inițiative a Consiliului a fost elaborat un identificator european al jurisprudenței (ECLI sau European Case Law Identifier). Identificatorul urmărește drept scop trimiterea neechivocă atât la jurisprudența națională, cât și la cea europeană, precum și definirea unui set minim de metadata²⁸ uniforme pentru jurisprudență. Astfel, el servește la facilitarea consultării și a citării jurisprudenței în Uniunea Europeană”²⁹. ECLI este alcătuit din cinci elemente obligatorii, și anume: „ECLI”: pentru a se marca faptul că este vorba de identificatorul european de jurisprudență; codul de țară; codul instanței care a pronunțat hotărârea; anul în care a fost pronunțată hotărârea; un număr de ordine, de până la 25 de caractere alfanumerice, într-un format care urmează să fie stabilit de fiecare stat membru; se permite folosirea punctelor, dar nu și a altor semne de punctuație³⁰. Urmare a acestei inițiative, Curtea de Justiție a Uniunii Europene aplică, deja, sistemul identificatorului european al jurisprudenței, atribuind un ECLI tuturor deciziilor pronunțate de instanțele Uniunii începând cu anul 1954, precum și concluziilor avocaților generali.

În al doilea rând, amintim faptul că, urmare a intrării în vigoare a Regulamentului (UE) nr. 216/2013 privind publicarea electronică a Jurnalului Oficial al Uniunii Europene³¹, începând cu 1 iulie 2013 ediția electronică a Jurnalului Oficial (e-OJ) este autentică și produce efecte juridice. Regulamentul a fost adoptat în scopul declarat de a permite „accesul mai rapid și mai economic la dreptul Uniunii Europene”³². Potrivit art. 2 alin. (2) și (3) din Regulament, ediția electronică a Jurnalului Oficial conține informații privind data publicării sale și este pusă la dispoziția publicului pe site-ul EUR-Lex într-un format care nu este caduc și pentru o perioadă nelimitată, consultarea sa fiind gratuită.

Un ultim aspect pe care îl aducem în atenție, se referă la armonizarea numerotării actelor juridice ale Uniunii Europene. De la 1 ianuarie 2015, numerotarea actelor juridice ale UE s-a schimbat, fiind pusă în aplicare o nouă metodă pentru atribuirea de numere documentelor publicate în seria L (Legislație) a Jurnalului Oficial al Uniunii Europene (JO). Noua metodă armonizează și simplifică numerotarea anterioară, care, după cum se știe, nu era identică pentru toate actele. „Actele juridice ale UE vor avea numere secvențiale unice”³³, astfel: D/AAAA/N, unde D reprezintă domeniul³⁴, AAAA este anul

²⁸ Pentru a facilita înțelegerea și găsirea jurisprudenței, fiecare document care conține o hotărâre judecătorească trebuie să conțină un set de metadata. Aceste metadata trebuie descrise conform standardelor stabilite prin Dublin Core Metadata Initiative (<http://dublincore.org/>)

²⁹ http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/

³⁰ https://e-justice.europa.eu/content_european_case_law_identifier_ecli-175-ro.do?init=true

³¹ Publicat în JOUE L 69, 13.3.2013 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0216&from=RO>)

³² Potrivit pct. (6) din Preambulul Regulamentului.

³³ <http://eur-lex.europa.eu/content/tools/elaw/OA0614022ROD.pdf>

³⁴ (UE), (Euratom), (UE, Euratom), (PESC).

publicării și este format întotdeauna din patru cifre, iar N reprezintă numărul secvențial al documentului pentru un anumit an³⁵.

Simplificarea și modernizarea dreptului Uniunii Europene reprezintă un proces continuu și nu acțiuni unice, secvențiale. Considerăm necesară continuarea acestor programe ale Uniunii Europene, în speranța realizării unui sistem legislativ simplu, clar, stabil și previzibil pentru destinatarii acestuia: persoanele juridice și cetățenii statelor membre ale Uniunii Europene.

Cele două aspecte, simplificarea și modernizarea, sunt cele mai sigure garanții ale cunoașterii, înțelegerii, dar, mai ales, ale aplicării corecte a numeroaselor norme care compun dreptul Uniunii Europene.

³⁵ Pentru detalii a se vedea A. Dumitrașcu, R.-M. Popescu, *Dreptul Uniunii Europene. Sinteze și aplicații*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 148-149.

APLICAREA PRINCIPIILOR SUBSIDIARITĂȚII ȘI PROPORȚIONALITĂȚII ÎN ELABORAREA LEGISLAȚIEI DIN UNIUNEA EUROPEANĂ. SMART REGULATION*

Gabriel Liviu ISPAS**

Daniela DANCA***

Abstract:

The European Union legislative process is far from being the simplest and the most transparent system of regulation known in the international society. The existence of an almost absolute owner of the right of legislative initiative, the European Commission, and the existence of two institutions which jointly exercise legislative functions, the Council and the European Parliament, often generates an excessive bureaucratic process, which is contrary to the principle of standard living of the Union, with simple procedures in the interest of the European citizens. The efforts to simplify the European legislation are significant, and the principles of subsidiarity and proportionality are constantly taken into consideration, coupled with the smart regulation procedure. The article analyzes the socio-political context, the provisions from the applicable Union treaties, the practical aspects of the smart regulation concept and the comparative aspects of the principle of subsidiarity.

Keywords: *subsidiarity, the European Commission, smart regulation, the national parliaments*

1. Noțiuni introductive

Procesul legislativ european este departe de a fi cel mai simplu și transparent sistem de legiferare cunoscut la nivelul societății internaționale. Existența unui deținător aproape absolut al dreptului de inițiativă, Comisia Europeană¹, existența competenței de legiferare la două instituții, Consiliul și Parlamentul european², generează de multe ori un proces birocratic excesiv, care vine în contradicție cu principiul standard de existență a Uniunii, acela de a simplifica procedurile, în interesul cetățenilor europeni.

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

** Conf. univ. dr., decan al Facultății de Drept, Universitatea Titu Maiorescu

*** Asist. univ. drd., Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu

¹ Art. 17, alin. (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE) prevede că actele legislative ale Uniunii pot fi adoptate numai la propunerea Comisiei, cu excepția situației explicit prevăzută de tratate.

² Atât art. 14, alin. (1), cât și art. 16 alin. (1) din TUE statuează că Parlamentul și Consiliul au atribuții legislative, pe care le exercită împreună.

Realitățile socio-politice din interiorul și din imediata vecinătate a Uniunii Europene reprezintă alte teme care trebuie avute în vedere atunci când se discută despre simplificarea procedurilor de legiferare, de scăderea costurilor și de schimbarea stilului legislativ. Creșterea doctrinei eurosceptice, rezultatele îngrijorătoare realizate de partidele extremiste în statele lor (Grecia, Franța, Marea Britanie, Spania, Olanda) pot fi analizate și din perspectiva scăderii încrederii în instituțiile europene și în modalitatea acestora de a impune reguli. Existența unor focare de conflict la limita teritorială a Uniunii generează îngrijorare, dar și nedumerire. Pe de o parte, Comisia Europeană are un vicepreședinte, Înalt reprezentant pentru politică externă și de securitate, Parlamentul european are o comisie de politică externă, iar pe de altă parte negocierile privind încheierea unor acorduri de pace se face nu de către Uniune, așa cum era de așteptat, ci de către președintele Franței și de cancelarul Germaniei. Tradusă într-o formulă de comunicare extremă, am putea crede că nici liderii statelor fondatoare ale Comunităților, implicit ale Uniunii, nu mai cred în capacitatea de reacție a instituțiilor unionale. Cu toate acestea, eforturile de a se simplifica legislația europeană sunt semnificative, iar aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității sunt avute constant în atenție.

2. Prevederi din Tratat aplicabile

Introdus pentru prima oară în Tratatul de la Maastricht, principiul subsidiarității a fost dezvoltat și explicat prin Tratatul de la Amsterdam, respectiv Tratatul de la Lisabona. Chiar dacă apariția lui nu este specifică dreptului Uniunii Europene³, acesta are menirea de a regla un conflict de putere între tentația reglementării centrale, europene, regionale și locale. Principiul poate fi pus în aplicare dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: să nu existe o delegare de competență legislativă exclusivă în favoarea Uniunii, să existe competențe și reglementări anterioare la diverse nivele și paliere de putere națională sau unională, obiectivele avute în vedere să nu poată fi satisfăcute corespunzător la nivel național, iar o acțiune realizată la nivelul uniunii să satisfacă în măsură mai mare interesul general și particular.

Tratatul încheiat în 2007 la Lisabona, intrat în vigoare în 2009, au anexat Protocolul privind rolul parlamentelor naționale în Uniunea Europeană (protocolul nr. 1) și Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității (Protocolul nr. 2). Acestea reglementează, pe de o parte, modul în care sunt implicate instituțiile naționale în procesul de elaborare a legislației⁴, iar pe de altă parte modul în care dispozițiile art. 5 din TUE sunt puse în aplicare. Elaborarea legislației europene este un proces complex, în care

³ G. Fabian, *Drept instituțional al Uniunii Europene*, Editura Hamangiu, 2012, p.62

⁴ Pentru a se vedea modul în care parlamentele naționale se implică în adoptarea actelor normative europene a se vedea G.L.Ispas, *Rolul parlamentelor naționale în construcția Uniunii Europene*, în revista *Dreptul*, nr. 7 din 2011

este esențial rolul de co-actori în procedură, fiind evident că legislația europeană și legislațiile naționale ale celor 28 de state membre nu se vor transforma într-un singur sistem legislativ⁵. Colaborarea între instituțiile interesate este astfel semnificativă pentru a se elimina paralelismele legislative și pentru a se estompa tentațiile de suprareglementare. Chiar dacă unele competențe sunt cedate de către state Uniunii Europene, nu se poate ignora faptul că în procesul legislativ european reprezentanții statelor, membri la nivel ministerial ai Consiliului, au un rol fundamental în aprobarea legislației. Curțile de justiție, la diferitele lor nivele de competență, au un rol la fel de important în procesul de emitere, aplicare și interpretare a actelor legislative europene.

Protocolul nr. 2 stipulează faptul că, în cazul în care parlamentele naționale consideră că o inițiativă legislativă propusă de Comisie nu corespunde principiului subsidiarității⁶ sau legislației naționale (dacă domeniul de legiferare nu este trecut în competența Uniunii), ele au capacitatea de a-și exprima dezacordul. În cadrul procedurii edictate, fiecare parlament național are dreptul la două voturi (în cazul în care există două camere acestea au dreptul la câte un vot). Dacă majoritatea voturilor exprimate de către instituțiile parlamentare din state este în dezacord cu propunerea formulată, (un sfert din numărul de voturi alocate lor dacă este vizată politica în domeniul libertății, securității și justiției, o treime din numărul de voturi în cazul invocării principiului subsidiarității, majoritate simplă în alte cazuri), este necesară reanalizarea propunerii de către instituțiile europene.

Protocoalele la Tratatul de la Lisabona privind rolul parlamentelor naționale în Uniunea Europeană și privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității reglementează, pentru prima oară, modul în care se poate exercita controlul respectării principiului subsidiarității.

Comisia, în calitate de inițiator al actului legislativ, are obligația de a motiva proiectul raportat la respectarea principiilor subsidiarității și proporționalității, inclusiv prin întocmirea unei fișe de însoțire a proiectului, din care să reiasă impactul financiar estimat, indicatori calitativi și cantitativi care să determine convingerea că rezultatele acțiunii vor avea un mai mare grad de succes prin legiferare la nivelul Uniunii.

Parlamentele naționale au obținut pentru prima dată posibilitatea de a examina un proiect legislativ din punctul de vedere al respectării principiului subsidiarității, atunci când își exprimă votul o treime dintre parlamente (procedura „cartonașului galben”). În acest caz, Comisia trebuie să discute din nou propunerea legislativă și să adopte o poziție privind susținerea, în

⁵ E. Hirsch Ballin, L. Senden, *Co-actorship in the Developement of European law-making*, TCM Asser Press, Haga, 2007, p.10 și urm.

⁶ A se vedea și dispozițiile art. 6-art.8 din Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității, (protocolul nr. 2) anexat Tratatului de la Lisabona

continuare, a proiectului de act legislativ ordinar, dacă va îmbunătăți propunerea sau dacă o va retrage.

Acest drept a fost completat cu posibilitatea de a respinge un proiect legislativ cu o majoritate simplă de voturi din partea parlamentelor naționale și o majoritate de voturi în Parlamentul European sau cu o majoritate de 55% dintre membrii Consiliului (procedura „cartonașului roșu”).

Puterea parlamentelor naționale de a proteja principiul subsidiarității este întărită și prin posibilitatea oferită statelor membre de a promova, în numele acestora, recursuri în fața Curții de Justiție în legătură cu orice act legislativ european care nu respectă acest principiu (art. 8 din Protocolul nr. 2 anexat Tratatului de la Lisabona).

O altă prevedere nouă a protocoalelor este că instituțiile Uniunii vor avea obligația de a notifica parlamentelor naționale toate propunerile legislative făcute la nivel european, iar acestea vor avea 8 săptămâni termen pentru a analiza, pentru a se exprima și pentru a prezenta eventuale comentarii la aceste propuneri. Toate aceste etape sunt menite a răspunde unui concept amplu dezbătut în jurisprudența, acela de problemă a calității legislației europene. O observație în acest sens este și că este dificil a da substanță noțiunii de calitate a legislației prin raportare fie la o privire de ansamblu asupra legislației, fie din perspectiva unui parlament național care să pregătească implementarea respectivului act, fie prin prisma instanței de judecată care trebuie să îl aplice⁷.

3. Aspecte practice privind noțiunea de smart regulation

Într-o Europă în care lucrurile evoluează cu viteză, așa cum recunoștea președintele Comisiei⁸, pentru a face față provocărilor este necesar a se privi cu atenție atât în interiorul legislației cât și al politicilor publice, astfel încât să poată fi adaptată viteza de reglementare la necesitățile reale ale economiei, la progresele tehnologice și la interesul cetățenilor. Criza economică în care s-au aflat economiile statelor membre începând din anul 2007 au generat convingerea că împotriva crizelor economice nu se poate lupta cu declarații de bune intenții și cu luări de poziție, ci cu măsuri economice, monetare și financiare legiferați uniform, flexibil și fără costuri financiare suplimentare. Administrația trebuie să fie flexibilă, eficientă și focalizată pe rezolvarea problemelor cetățenilor. Intenția declarată a reglementării și a legiferării, indiferent că se realizează la nivel național sau european, este de a maximiza beneficiile pentru particulari și pentru companii și de a minimiza efectele adverse și pierderile colaterale.

⁷ E. Hirsch Ballin, op. cit, p.29

⁸ http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/brochure/brochure_en.pdf, citat în data de 19.02.2015

O problemă delicată o reprezintă excesul de birocrație, acuză adesea adusă instituțiilor europene. Într-o Europă în care cele patru libertăți de circulație sunt vitale pentru piața unică, iar teritoriul vamal unic reprezintă zona de protecție internă, încă din anul 2002 Comisia a propus un plan de reducere a “red tape”(birocrației), pentru a da calitate legislației și pentru a da certitudine consumatorilor.

Smart regulation presupune următoarele operațiuni: analiza impactului măsurii care se propune (o analiză de impact care presupune aspecte calitative, de genul impactului asupra mediului înconjurător, dar și cantitative, de genul reducerii consumului de hârtie și reducerii costurilor administrative), comunicarea publică a propunerii de act legislativ, nu doar prin afișare pe pagina web a instituției, ci și prin chestionarea organizațiilor interesate și a cetățenilor, prin realizarea de cărți albe sau de cărți verzi. Simplificarea reprezintă o altă operațiune de smart regulation. În peste 50 de ani de reglementare, multe din actele legislative ale Uniunii sunt dificil de urmărit de un cetățean fără cunoștințe juridice, multe din modificări fac trimitere la documente care la rândul lor intervin într-un text preexistent. O primă inițiativă a Comisiei a fost aceea de a interveni în aproximativ 200 de acte legislative derivate, pentru a le aduce la zi, pentru a fi mai ușor de înțeles și de aplicat. Totodată, abrogarea unor acte normative lovite de caducitate sau inoperabile a reprezentat o operațiune de simplificare a legislației. Analiza cost- eficiență, aplicarea principiului de a face același lucru, dar într-un mod mult mai simplu, căutarea de alternative mai puțin birocratice și mai puțin costisitoare reprezintă operațiuni de tehnică legislativă și de oportunitate pe care instituțiile europene le au în vedere în momentul în care apare o nouă intervenție legislativă.

Implicarea tuturor actorilor implicați reprezintă o soluție care va determina o legislație mai prietenoasă (user friendly) pentru cetățeni. În acest scop, Comisia a generat o acțiune, cunoscută ca REFIT⁹ (European Commission's Regulatory Fitness and Performance programme). Se urmărește astfel scăderea birocrației generată de procesul legislativ și realizarea unei administrații mai eficiente, inclusiv prin simplificarea regulilor specifice domeniului economic. Simplificarea poate îmbrăca una din următoarele forme:

a) Modificarea legislației existente, prin codificare (toate intervențiile legislative asupra unui act în decursul timpului să fie încorporate într-un singur act, redus ca volum și complexitate), abrogarea textelor sau a actelor care nu mai au relevanță, intervenții și modificări pentru a ține actul legislativ în acord cu cerințele actuale;

b) Edictarea de reguli aplicabile direct, pentru a face inoperabilă intervenția cu măsuri legislative a statelor, posibilitate ce ar diminua birocrația și reglementarea excedentară și neuniformă la nivelul statelor;

⁹ http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/index_en.htm, citat în data de 20.02.2015

c) Introducerea de acorduri voluntare și de coduri de conduită între companii private, fără a fi necesară reglementarea legislativă detaliată.

Introducerea așa numitelor road map (foi de parcurs) contribuie la predictibilitatea reglementării și la posibilitatea formulării de observații și amendamente. Acestea cuprind inițiativele legislative avute în vedere de Comisie, actele nelegislative pe care intenționează a le prezenta public (cărți albe, ghiduri de acorduri economice internaționale, fișe de asistență, rapoarte financiare detaliate) și măsuri de punere în aplicare a actelor legislative, precum și adoptarea de acte legislative delegate.

Implicarea celorlalte instituții europene în procesul de smart regulation este esențială pentru atingerea obiectivelor fixate. În ultima poziție exprimată, Consiliul detaliază modul în care va fi afectată pozitiv competitivitatea economică prin introducerea unor proceduri de smart regulation¹⁰.

4. Raportul anual prezentat de Comisie privind principiile subsidiarității și proporționalității

În fiecare an, în conformitate cu articolul 9 din Protocolul nr. 2, Comisia realizează un raport analitic referitor la modul în care au fost implementate principiile subsidiarității și proporționalității. Acest raport este corelat, de cele mai multe ori cu raportul privind relația cu parlamentele naționale în elaborarea și implementarea legislației.

Raportul prezentat de Comisie în 2014¹¹ prezintă situația existentă la nivelul anului 2013 și aduce în atenție câteva comparații cu situațiile existente în anii anteriori. Comisia intervine, atunci când propune inițiative legislative sau politici publice, în concordanță cu cele două principii, ținând cont, în același timp, de pregătirea deciziei, în acord cu regulile de smart regulation. Verificarea necesității și oportunității reglementării la nivel european este realizată anterior realizării foi de parcurs și a consultării opiniei publice. Realizarea unei verificări de către Comisia pentru evaluarea impactului (Impact Assessment Board) a determinat în anul 2013 142 de opinii într-un număr de 92 de cauze prezentate.

În anul 2013 a avut loc o creștere a numărului avizelor motivate emise de către Parlamentele naționale comparativ cu anii anteriori, cele 88 de avize, exprimate pentru un număr de 36 de inițiative ale Comisiei, reprezentând o creștere procentuală de 25% față de anul precedent. Dintre acestea, cele mai multe au fost emise de Parlamentul suedez (9), timp în care cele două camere ale Parlamentului român au exprimat 5 avize motivate. Cele mai multe avize, 13, au fost emise raportat la intenția Comisiei de a reglementa Biroul Procurorului

¹⁰ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/146029.pdf, citat în data de 20.02.2015

¹¹ http://ec.europa.eu/smart-regulation/docs/com2014_368_en.pdf, citat în data de 21.02.2015

Public European. Dealtfel, această inițiativă a fost avertizată cu procedura cartonașului galben.

În 17 iulie 2013 Comisia a adoptat propunerea privind legiferarea procurorului european¹², cu rol preponderent în investigarea fraudelor care afectează interesele financiare ale Uniunii. Consultate, parlamentele naționale au emis 13 avize motivate¹³, fiind exprimate 18 voturi dintr-un număr maxim de 56 posibile. Având în vedere că potrivit dispozițiilor art.7 alin.(2) din Protocolul nr. 2 pentru blocarea procedurii erau necesare 14 voturi exprimate, Comisia a constatat că trebuie să reanalizeze propunerea sub aspectul conformității cu principiul subsidiarității. Chiar dacă comentariile statelor nu puneau în discuție explicit subsidiaritatea, elementele asupra cărora insistau aveau în vedere mecanisme specifice acesteia.

Parlamentul european, în acord cu dispozițiile art. 225 TFUE și-a consolidat practica de a prezenta rapoarte, în anul 2013 fiind finalizate 5 documente care vizează: mai buna guvernare în piața unică, combaterea violenței împotriva femeii, aplicarea principiului de plată egală la muncă egală între femei și bărbați, statutul societății mutuale europene, reguli de procedură transfrontalieră la companii.

În 2013 Comitetul Regiunilor a adoptat și implementat primul program de lucru privind subsidiaritatea care a cuprins cinci teme de interes selectate din propunerile Comisiei.

5. Concluzii

Respectarea principiilor subsidiarității și proporționalității reprezintă preocupări la nivelul instituțiilor Uniunii europene, dar și la nivelul statelor membre. Creșterea interesului național, exprimată prin avizele motivate și prin utilizarea procedurii de cartonaș galben va determina o mai atentă abordare a legiferării la nivel european. Europa birocratiei, a celor peste 10.000 de acte legislative peste care se așterne uitarea, trebuie să lase loc unei administrații axate pe nevoile cetățeanului, pe creșterea competitivității economice, pe reglementare suplă, ușor de înțeles și de urmărit.

O mai bună legiferare este o legiferare inteligentă, pe care cetățenii și instituțiile o acceptă pentru că sunt convinși că doar prin inițiativa europeană se poate ajunge la nivelul optim de satisfacere a nevoilor și intereselor cetățenilor și statelor.

¹² COM(2013) 534 final

¹³ CY *Vouli ton Antiprosopon* (2 voturi), CZ *Senát* (1 vot), FR *Sénat* (1 vot), HU *Országgyűlés* (2 voturi), IE

Houses of the *Oireachtas* (ambele camere -2 voturi), MT *Kamra tad-Deputati* (2 voturi), RO *Camera Deputaților* (1 vot), SI *Državni zbor* (1 vot), SE *Riksdag* (2 voturi), NL *Eerste Kamer* (1 vot), NL *Tweede Kamer* (1 vot), UK House of Commons (1 vot) și UK House of Lords (1 vot).

EXPERIENȚA EUROPEANĂ ÎN DOMENIUL CODIFICĂRII LEGISLATIVE

Prof. univ. dr. **Florin FĂINIȘI**
Victor Al. FĂINIȘI

Abstract:

Over time, the growing complexity of national law has been a constant concern of citizens, local elected officials, state institutions and legal professionals. Legislative inflation causes legal uncertainty, preventing the knowledge of rules, causing anxiety for the law. Therefore, the coding, as a legal technique operation, is trying to offer solutions by facilitating access to old and new legal rules, grouping them in a rational manner. This paper examines the topic of codification in several European countries – Belgium, France, Germany, Italy and Spain – which, like Romania, are experiencing significant legislative inflation and, especially have laws with a similar structure. But the forms, procedures, and even the names are different from country to country, some being more advanced than others, among them standing out the experience and success of France.

Keywords: *codification of law, consolidation, coordination, legislative drafting, simplification of the law; comparative law*

1. Introducere

După cum se spunea într-un studiu al Consiliului de Stat din Franța¹, complexitatea în creștere a normelor juridice amenință statul de drept, această complexitate fiind un fenomen comun al celor mai multe dintre țările dezvoltate. Ea rezultă mai întâi din proliferarea surselor dreptului, inclusiv internațional și comunitar, apoi din apariția unor noi domenii de activitate umană cu noi așteptări ale dreptului, în special în ceea ce privește preocupările generate de progresul științific și tehnologic.

Problema la care codificarea, ca operațiune de tehnică juridică, încearcă să aducă soluții se referă la facilitarea accesului la normele juridice vechi și noi, grupându-le într-o manieră rațională. Este vorba de a remedia cele trei defecte majore ale statelor moderne: proliferarea (în general, nu se știe cu exactitate câte texte legislative există într-o țară), acumularea, (este vorba aici nu de fluxul textelor noi, ci de stocul textelor acumulate), instabilitatea legislativă (actele normative se succed într-un ritm din ce în ce mai rapid și unele sunt uneori modificate chiar în anul adoptării).

¹ Conseil d'État, *Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 230

Cauzele acestor fenomene sunt numeroase. Unele sunt obiective și inevitabile: a) complexitatea în creștere a societății moderne; b) evoluția accelerată a concepțiilor și relațiilor social-economice, ca și a tehnicii mondiale, precum și c) mondializarea dreptului, care obligă statele să introducă în actele lor naționale modificări ce decurg din exigențele internaționale. Aceste cauze sunt dificil de eliminat și fenomenele negative ce le însoțesc sunt, practic, imposibil de prevenit; trebuie deci încercată limitarea efectelor și aici intervine codificarea.

Codificarea, oricare ar fi forma sa, permite reducerea numărului de acte și facilitează aducerea lor la zi. Din punctul de vedere al gradului de complexitate și de eficacitate, se întâlnesc diferite forme de codificare²: *compilarea* (strângerea textelor care se raportează la aceeași materie, fie în cadrul unor culegeri private și, în acest caz, sunt adesea însoțite de comentarii, fie în cadrul unor culegeri oficiale sau oficioase), *consolidarea* (agreată de legislația Uniunii Europene, reprezintă un text unic în care se reiau, într-o singură lege, ultima ca ipoteză, toate textele anterioare pe care ea le modifică), *codificarea "à droit constant"* (adoptată de Franța, care este tematică și sistematică, având obiectivul să acopere quasi-totalitatea legislației după un program elaborat înainte), *codificarea reformatoare* (prezentă în majoritatea țărilor europene, adică legi de mari dimensiuni, care adună textele existente într-o ordine logică și, eventual, le reformează, exemplul clasic fiind cel al codurilor napoleoniene).

De altfel, din prezentarea tipurilor și procedurilor de codificare în unele țări ale Uniunii Europene³, reies și alte denumiri pentru codificare, cum ar fi *coordonarea* (specifice țărilor Benelux), *refacerea* sau *fuziunea* (Belgia), *textul unic* (Italia), *consolidarea* (Spania) etc.

2. Practica statelor Uniunii Europene

În concepția juriștilor din *Belgia*, noțiunea de "codificare" înseamnă elaborarea unui text, reluând, într-o ordine logică, dispozițiile normative preexistente, împrăștiate sau defectuos prezentate. Dacă numeroase țări utilizează cuvântul "codificare", orice jurist belgian și chiar renumitul specialist în legistica formală, Christian Lambotte, vorbește mai bucuros despre "coordonare", realitatea subînțeleasă fiind aceeași⁴.

În Belgia, Legislativul este creatorul codurilor, așa cum este și al legilor; el este deci cel care face acțiunea de codificare. Deși este opera Legislativului, coordonarea este în mod frecvent transmisă puterii executive, care fie că o

² Bruno Oppetit, *De la codification*, Comunicare prezentată la Colocviul cu tema "Codificarea", Toulouse, 27-28 octombrie 1995, *apud* S. Popescu, V. Țândăreanu, *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 134

³ A se vedea Stéphane Guy, *Codifications et consolidations législatives à l'étranger*, în *Revue du droit public*, nr. 3/1998, p. 861-890, precum și S. Popescu, V. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 131-169

⁴ Ch. Lambotte, *Technique législative et codification*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1988, p. 184

realizează ea însăși, fie că încredințează redactarea ei "Biroului de coordonare" al Consiliului de Stat.

Un alt procedeu cunoscut și utilizat în Belgia este cel al "refacerii", prin care se adună textele într-unul singur, abrogându-se actele normative preexistente.

Actele normative privind Consiliul de Stat din Belgia, care citează verbul "a coordona" nu au definit ce se înțelege prin coordonarea legilor; nici alte legi nu dau această definiție. Doar "Expunerea de motive" a *Legii din 13 iunie 1961 referitoare la coordonarea și codificarea legilor* enunță: "*Coordonarea* constă în reunirea tuturor legilor care au același obiect și refacerea diferitelor texte modificatoare într-un text unic al legii de bază". *Codificarea*, dimpotrivă, constă în gruparea diverselor legi al căror obiect de reglementare este analog sau asemănător. Față de această definiție, Christian Lambotte are anumite rezerve și vine cu o altă definiție, însușită de Consiliul de Stat, prin care *coordonarea* este procedeul tehnic de grupare într-un text unic a dispozițiilor legislative care, deși referitoare la același domeniu, sunt totuși răspândite în mai multe acte de același nivel. În concepția aceluiași, *codificarea* este definită⁵ ca fiind reunirea, într-un singur corp de legi și cu o numerotare continuă, a diverselor legi unite printr-un concept comun.

Aceste două procedee au o caracteristică comună și esențială: nici codificarea și nici coordonarea nu conțin dispoziții fundamentale noi; ele nu efectuează o abrogare de texte. Se spune, deci, că textele originare subzistă.

„Refacerea” textelor normative sau „fuziunea” se apropie mai mult de coordonare: ca și aceasta, fuziunea sau refacerea reprezintă un procedeu de grupare într-un text unic a dispozițiilor referitoare la același obiect, dispoziții risipite în mai multe acte. Cu toate acestea, se deosebește de coordonare mai mult în ce privește fondul, decât în ceea ce se consideră prezentarea și forma. În plus, se deosebește prin aceea că abrogă dispozițiile anterioare care au fost refăcute sau au fuzionat.

Atunci când Legislativul a luat decizia *refacerii* unei materii, Executivul elaborează un ante-proiect, care este supus avizului Biroului de coordonare din cadrul Consiliului de Stat. Dar se poate și ca Executivul să încredințeze Consiliului de Stat sarcina întocmirii ante-proiectului. Alteori, regele sau un ministru decide să se reia și să se grupeze dispozițiile regulamentare referitoare la o aceeași materie, dar răspândite în mai multe decizii; în acest caz, termenul *fuziune* este preferat celui de refacere, căci gruparea nu conține nici o modificare de fond a textelor vechi. Și fuziunea, ca și refacerea, implică abrogarea textelor anterioare.

Tehnica legislativă în materie de codificare, în *Luxemburg*, copiază și chiar recomandă prevederile belgiene⁶. În ceea ce privește „coordonarea”, aceasta

⁵ *Ibidem*, p. 186

⁶ A se vedea Marc Besch, *Guide pratique de la technique législative luxembourgeoise*, Publication du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, 1999, p. 75

constă în reunirea tuturor legilor care au același obiect și "topirea" diverselor texte modificatoare în textul unic al legii primare. „Codificarea” vizează reunirea într-un singur corp de lege și sub o numerotare continuă a diverselor legi legate printr-un concept comun. Codificarea se diferențiază deci de coordonare prin aceea că punctul de plecare nu este un text unic, ci mai multe texte legislative ce tratează o aceeași materie – în sens larg – a unei ramuri a dreptului sau unei aceleiași discipline juridice.

Astfel de texte coordonate sau codificate au o dată, un titlu și o valoare juridică proprie și se substituie dispozițiilor din care provin. Ele nu se pot confunda cu coordonările publicate frecvent în „Mémorial: Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg” sau în coduri, realizate de către administrațiile interesate și care nu au valoare juridică, dar constituie instrumente practice de consultare.

În *Franța*, codificarea este *sistematică* (în sensul că ea trebuie să acopere ansamblul legislației și nu numai anumite sectoare) și *tematică* (în sensul că nu este vorba să se facă un cod general unic pentru toate materiile, cum au fost cele ale lui Justinian sau Henric al III-lea, ci coduri pe materii, așa cum s-a făcut în timpul lui Napoleon I).

În 1989, Guvernul a decis instituirea "Comisiei superioare de codificare" prin Decretul nr. 89-67 din 12 septembrie 1989. Comisia avea ca sarcină "simplificarea și clarificarea legislației" și a început prin a pune la punct, în acord cu Guvernul, norme metodologice și un program de lucru. În ceea ce privește metoda, a fost reținut principiul codificării "*à droit constant*" (dreptul în vigoare), adică în cuprinsul codurilor nu trebuie să se facă decât modificările și adaptările formale sau minore ale textelor codificate.

Comisia superioară de codificare formată din reprezentanți ai Consiliului de Stat, ai Curții de Casație, Curții de Conturi, Adunării Naționale, Senatului, profesori universitari de la facultățile de drept, etc. are ca președinte prim-ministrul Franței și un vicepreședinte numit dintre președinții de secție ai Consiliului de Stat. La început membrii Comisiei erau numiți pe o perioadă de patru ani, dar potrivit Decretului nr. 2006-672 din 8 iunie 2006, modificat, comisiile administrative cu caracter consultativ se instituie pentru o perioadă maximă de cinci ani. În prezent, Comisia superioară de codificare este reînnoită prin Decretul nr. 2014-312 din 7 martie 2014 cu durata de funcționare până la data de 28 februarie 2019.

Comisia joacă un rol esențial: mai întâi în elaborarea programului de codificare, pe care îl propune Guvernului, apoi în punerea la punct de planurilor codurilor și textelor lor, apoi în urmărirea elaborării codurilor. În rest, procesul este îndelungat, lent și important prin mobilizarea forțelor care-l realizează. Practic, în amonte de Comisie, departamentele din subordinea primului ministru decid elaborarea unui cod, adesea la inițiativa unui ministru; apoi, serviciile din subordinea ministerului pregătesc codul cu ajutorul unui raportor

special din partea Comisiei superioare de codificare, raportor care este, în general, un magistrat din domeniul administrativ, judiciar sau financiar. Deci nu Comisia însăși elaborează codurile, ci ea verifică dacă acestea sunt conforme cu principiile și metodele pe care ea le-a instituit, dacă sunt corecte din punct de vedere juridic și, de asemenea, veghează asupra coerenței lor interne și externe.

Această doctrină a dreptului "constant" a fost uneori criticată, fie de parlamentari, fie de universitari. Guy Braibant, fost vice-președinte al "Comisiei superioare de codificare" (1989-2005), și adevărat "părinte" al codificării franceze de astăzi, consideră că ea are, într-adevăr, un caracter frustrant, căci nu permite să se profite de codificare pentru a proceda la simplificările și ameliorările care par să se impună. El spune că simplificarea și codificarea sunt două exerciții distincte, care nu sunt, în mod necesar, încredințate acelorași autorități și, mai ales, care trebuie să se succedă în timp: codificarea mai întâi, care este prin ea însăși o simplificare și care permite simplificări ulterioare furnizând coduri ușor de consultat și de reformat; apoi, etapa a doua, simplificarea⁷.

Programul ambițios de codificare a întregului drept francez este fără precedent în întreaga lume: în 2013 se spunea⁸ că după 1989 au fost realizate 20 de noi coduri și 9 coduri au fost refăcute complet, ajungându-se ca, în total, 60% dintre legi și 30% dintre texte regulamentare în vigoare să fie codificate, iar, în prezent, pe site-ul Legifrance (serviciul public pentru difuzarea dreptului pe Internet) se găsesc 73 de coduri în vigoare. Prin acest program și în ciuda a numeroase curențe reliefate de specialiști, Franța reprezintă un exemplu, pe care, deja, Uniunea Europeană a decis să-l urmeze.

În *Germania*, nu există noțiunea unică de "cod". Într-adevăr, la ceea ce se înțelege în Franța prin "cod" corespund în Germania trei termeni cu sensuri identice: "*Gesetzbuch*", "*Ordnung*" sau chiar "*Gesetz*". "*Gesetzbuch*" (literal: "carte legislativă") desemnează în general textele legislative care au ambiția de a stabili în mod solemn ansamblul normelor dintr-un sector dat, așa cum este Codul civil (celebrul *Bürgerliches Gesetzbuch*, desemnat prin inițialele B.G.B., intrat în vigoare la 1 ianuarie 1900), Codul penal și Codul comercial, dar și Codul social sau Codul privind construcțiile. "*Ordnung*" (literal: "regulament") acoperă el însuși două noțiuni diferite. Pe de o parte, acest termen face referire la un vechi tip de normă juridică germană pentru materii considerate ca mai puțin notabile și care nu necesită, de aceea, aceeași solemnitate ca pentru cele grupate într-un "*Gesetzbuch*". Aceste texte, cum ar fi Codul de procedură civilă, Codul de procedură penală sau Codul profesiunilor industriale, comerciale și artisanale

⁷ Guy Braibant, *La commission supérieure de codification*, Comunicare prezentată la Colocviul cu tema "Codificarea", Toulouse, 27-28 octombrie 1995, apud Sorin Popescu, Victoria Tândăreanu, *op. cit.*, p. 144

⁸ Circulaire du Premier ministre aux membres du gouvernement n°5643/SG du 27 mars 2013

nu au mai puțină valoare legislativă decât un "*Gesetzbuch*". Pe de altă parte, acest termen desemnează astăzi texte cu valoare regulamentară, cum ar fi Codul rutier. În sfârșit, "*Gesetz*" este echivalentul german al legii franceze. Altfel spus, în Germania, anumite texte care corespund în Franța unor coduri, pot să stea într-o simplă lege.

În general, codurile se referă la materiile clasice, fiind într-un număr limitat și de dată veche.

Când este vorba de procesul de codificare (cuvântul există de această dată în germană: "*Kodifikation*") se observă că Prusia a fost pionieră cu al său *Allgemeines Landrecht* (1794), elaborat la cererea lui Frederic al II-lea cel Mare⁹. Iar Codul civil (B.G.B.), de la 1900 este considerat un monument legislativ în materie comparativ cu Codul civil napoleonean. Astăzi, reticențele tradiționale față de codificare se împletesc cu efectele federalismului și o anumită teamă de a nu se profita de activitatea de codificare pentru a modifica textele doar pentru a explica absența de voință codificatoare. De exemplu, în domeniile de competență federală, cum ar fi dreptul fiscal sau dreptul muncii, nu există coduri.

În anii noștri, mai precis în 1995, Guvernul a creat un comitet de experți independenți "pentru crearea unui stat cu sistem legislativ simplificat", comitet prezidat de către un cunoscut parlamentar și compus din reprezentanți ai lumii academice și economice, ai landurilor și comunelor. Comitetul, speriat de cele aproape 2000 de legi, 3000 de decrete și 80.000 de dispoziții speciale federale, nu a sugerat codificarea, în schimb, a propus să crească descentralizarea, să se creeze un organism administrativ de control al calității normelor, să se amelioreze evaluarea legislativă și să se micșoreze "stocul" legislativ, această ultimă idee părând, probabil, mai ușor de formulat decât de pus în aplicare¹⁰.

În practică, în Germania, se folosesc colecțiile private de legi, clasate pe materii sau în ordine alfabetică, actualizate periodic, precum și listele anuale publicate sub egida Ministerului Justiției în Jurnalul Oficial federal, liste ce cuprind referințele (titlurile) actelor normative federale acoperind una sau alta dintre materii.

Planul consolidărilor figurează în lege. Ministerele care le realizează, în funcție de materie, pot fi autorizate să procedeze la anumite adaptări. Dar, oricum, aceste adaptări nu se ating de unitatea legilor și de structurile lor. Operațiunea este asimilată deci activității de editură: articolele, paragrafele și alineatele își păstrează numerotarea în versiunile actualizate. Totuși, spre deosebire de munca efectuată de editorii privați, se conferă o valoare juridică noilor texte, de aceea, acestea sunt cele aplicate de către judecători. Tribunalul

⁹ Günter Püttner, *La codification en Allemagne, instrument de construction de l'État: Du Reich à l'État fédéral*, în *Revue française d'administration publique*, nr. 82, avril-juin 1997, p. 299-302

¹⁰ Stéphane Guy, *op. cit.*, p. 873

Constituțional Federal le acordă o valoare declarativă. Pe ansamblu, "noile versiuni" ("*Neufassung*") nu diferă de legile adoptate de către Parlament decât prin absența formulelor introductive și finale.

Italia este, se pare, țara europeană în care literatura asupra codificării este cea mai abundentă, după Franța. Primele coduri – civil, de procedură civilă și comercial – datează din 1865.

În zilele noastre, cuvântul "cod" (*codice*) are o rezonanță specială în Italia și este în concurență cu expresia "text unic" (*testo unico*). Distincția între coduri și texte unice poate părea confuză. Ea este complicată prin faptul că, la fel ca și în Franța, cuvântul "cod" se acordă uneori regroupărilor de texte care își păstrează propria unitate și care sunt efectuate la inițiativa editorilor privați și chiar sub autoritatea puterilor publice. Se întâmplă chiar ca un act unic să fie numit "cod" (*Codul rutier*, din 1992). Cu toate acestea, se poate spune că utilizarea oficială a cuvântului "cod" înseamnă că este vorba de o reorganizare fundamentală a materiei.

"Textele unice" provin, contrar codurilor, din gruparea textelor răslețe stabilite a fi consolidate prin integrarea propriilor modificări. Ele pot fi private sau publice. Acestea din urmă sunt spontane sau autorizate de Parlament ori rezultatul unei delegări parlamentare. Textele unice private și cele publice spontane nu au valoare juridică specială. Doar textele unice delegate au o valoare legislativă deplină. Ele se substituie textelor de bază și modificărilor lor. Elaborate de către diferite ministere, sub rezerva de a fi atacate la Curtea Constituțională, acestea îmbracă forma decretelor legislative ale Președintelui Republicii, adoptate în baza unei legi de delegare aprobate de Parlament, conform art. 76 al Constituției, și în intervalul prevăzut de aceasta.

Pe scurt, obstacolele în calea codificării în Italia par a fi numeroase. Este mai întâi (ceea ce în mod paradoxal tocmai ar justifica codificarea), proliferarea legislativă, anarhia legilor, modificarea lor frecventă și multiplicarea textelor compozite conducând la ideea că sarcina unei codificări sistematice ar părea exagerată. Există, apoi, dezvoltarea legislației regionale și nu în ultimul rând se constată absența unei autentice mentalități codificatoare. Se observă chiar o importantă mișcare de decodificare sau mai exact de legislație în afara codurilor. Apoi, ziariștii italieni insistă mult pe faptul că editorii privați clarifică lucrurile cu cele mai mici costuri și de o manieră satisfăcătoare și că reformele de fond ar fi mai necesare decât o codificare, aceasta neputând, la urma urmelor, să împiedice legislativul să legifereze în afara codurilor¹¹.

În *Spania*, tema codificării a făcut obiectul unei atenții mai puțin susținute decât în Franța sau Italia. Cuvântul "cod" (*codigo*) există, dar percepția sa este diferită de aceea din alte țări. Ca și în Italia, cuvântul "cod" nu este folosit în mod

¹¹ Sorin Popescu, Victoria Tândăreanu, *op. cit.*, p. 151

oficial decât pentru a desemna ansambluri care acoperă materiile clasice: civil, penal, comercial.

În zilele noastre, această codificare clasică, reformatoare nu este de actualitate. În schimb, ca și în Italia, consolidarea și regruparea textelor legislative sunt practicate într-un spirit diferit de cel care guvernează codificarea din Franța. În Preambulul *Decretului regal 160/1997 din 7 februarie 1997 asupra Statutului Comisiei generale de codificare*, codificarea tradițională "în epoca legilor speciale" este considerată depășită: "Proliferarea normelor care sunt rapid modificate sau înlocuite fac inutilă orice tentativă de codificare".

În acest context, nu se poate vorbi de o codificare sistematică. Acesta ar fi un demers delicat și deși "Comisia generală de codificare" există din 1843, nu este de mirare că aceasta nu are același rol ca și "Comisia superioară de codificare" din Franța. "Comisia generală de codificare" funcționează în prezent conform unui statut adoptat prin Decretul regal 160/97 din 7 februarie 1997 și este un organ superior colegial de pregătire a textelor legislative, în cadrul Ministerului Justiției, prezidată de ministrul justiției. Sarcinile sale sunt consultative.

Deși Spania nu realizează coduri, are în schimb codificări parțiale, așa numite *consolidări*. Constituția, în art. 82 prevede că Parlamentul poate să autorizeze Guvernul să pregătească texte "refăcute", în special în vederea clarificării și armonizării legislației. Astfel, decretele legislative ale Guvernului cuprind în anexă textele refăcute ale legilor pentru care Parlamentul a cerut consolidarea. Numerotația textelor refăcute este continuă.

3. Concluzii

Se poate constata că este larg răspândită grija de a asigura previzibilitatea legii, de a clarifica legislația și a facilita accesibilitatea la normele legislative. În acest scop cea mai mare parte a țărilor europene recurg sau au recurs la codificări, mai mult sau mai puțin ambițioase.

Dincolo de definițiile codificării, adesea diferite și de conceptele suplimentare, cum ar fi consolidarea, coordonarea ori refacerea, procedurile, adesea similare, au fost inspirate de obiective asemănătoare, precum accesibilitatea, lizibilitatea sau aplicabilitatea normelor destinate să răspundă problemelor legislațiilor moderne.

Se poate apoi constata că deși procedurile de codificare sunt variabile, ele păstrează trăsături comune. Acestea sunt, în general, consacrate fie de mai mulți ani printr-o practică constantă (Franța, Belgia, Italia), fie prin prevederile Constituției (Spania), iar în Italia se pune problema constituționalizării codificării.

Dar acțiunea de codificare nu este, cu excepția Franței, sistematică, ci ea s-a efectuat după o analiză a stării legislației într-un domeniu sau altul, cu ambiții modeste: nu se realizează coduri, textele conexe nefiind regrupate decât cu

prudență, iar factorii decidenți par mai preocupați de crearea unor instituții specifice însărcinate cu evaluarea legislației, decât de integrarea diferitelor acte normative în texte unice. Se mai observă că beneficiarii normelor par să utilizeze cu satisfacție în special regrupările, adesea de o înaltă calitate tehnică (Germania, Italia), de texte legislative consolidate, efectuate de editori privați, în funcție de interesele pieței.

În concluzie, considerăm că unele dintre practicile de codificare-consolidare, în special cea din Franța, ar putea fi surse de inspirație pentru noi.

ROLUL CONFERINȚEI DE LA HAGA ASUPRA DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT ÎN DOMENIUL UNIFICĂRII PROGRESIVE A NORMELOR SPECIFICE DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT

*Laura Magdalena TROCAN**

Abstract:

At the international level, there is a tendency to unify the specific rules of Private International Law by developing common rules through multilateral conventions, within specialized organizations or not. In the progressive harmonization and unification of specific rules of Private International Law, Hague Conference on Private International Law, international intergovernmental organization has a very hard and sustained activity and contribute to the development of uniform international regulations designed to provide stability of legal relations with foreign elements. The analysis of its activity allows to formulate assessing that this organization develops as a world center serving judicial and administrative cooperation in the field of Private International Law. The purpose of this article is to make a presentation of the evolution of the Hague Conference on Private International Law and its role in the unification of the specific rules of Private International Law.

Keywords: *Hague Conference on Private International Law, Private International Law, conflictual rules, legislative harmonization and unification*

Considerații generale

Vicisitudinile economice din multe state și consecințele evenimentelor militare din diferite părți ale lumii au intensificat migrația internațională¹, determinând deplasarea a zeci de mii de persoane și stabilirea lor pentru perioade mai lungi sau mai scurte în alte state decât cele de origine². Totodată, globalizarea comerțului a determinat o evoluție impresionantă a raporturilor juridice cu elemente de extraneitate în care sunt implicate persoane juridice. În aceste condiții se poate aprecia că, în mare măsură, cea mai mare parte a vieții

* Conf. univ. dr., Facultatea de Relații Internaționale, Drept și Științe Administrative, Universitatea "Constantin Brâncuși" din Târgu-Jiu; cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

¹ Migrația populației s-a extins în secolul al XX-lea, fiind determinată, în special, de marile conflicte și de nenumăratele crize internaționale. (C. Dariescu, *Relațiile personale dintre soți în dreptul internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. XIX-XXII).

² Idem.

sociale este determinată de procesele globale, în care culturile, economiile și granițele naționale au început să dispară³, fiind, în general, recunoscut faptul că migrația a devenit un fenomen global⁴, context în care activitatea persoanelor fizice și juridice nu se mai desfășoară doar în cadrul intern al fiecărui stat, ci și în cadrul vieții internaționale, prin intermediul a variate raporturi juridice⁵. Însă, în momentul în care apar raporturi juridice care se nasc în urma relațiilor internaționale de ordin juridic, economic, tehnic, cultural, științific etc. și, în care unul sau mai multe elemente sunt străine, nu mai apare ca suficientă legea internă aplicabilă respectivului raport juridic și este necesar să se recurgă la soluțiile puse la dispoziție de dreptul internațional privat⁶. Situat într-o zonă a interferențelor dintre diferitele ramuri de drept, dintre național și internațional, dreptul internațional privat, este produsul unei lungi evoluții istorice în care abordările tradiționale au încercat să se acomodeze cu noile concepții, dar unde și, în prezent, rămân spații insuficient explorate. Totodată, particularitățile, complexitatea și specificitatea instituțiilor specifice acestei ramuri de drept, precum și faptul că, în prezent, nu există un drept internațional privat „general” sau „unanim admis” de către toate statele ce participă la circuitul de persoane și de valori în plan internațional⁷, explică serioasele dificultăți ale rezolvării în concret a problemelor pe care le ridică raporturile juridice cu elemente de extraneitate. Din acest motiv, la nivel internațional, se constată o tendință de unificare a regulilor de conflict, prin elaborarea de reglementări comune pe calea convențiilor⁸, în cadrul unor organizații specializate în domeniu sau care au un domeniu mai amplu de activitate, elaborând, printre altele, și reglementări care să faciliteze soluționarea conflictelor de legi în materia dreptului internațional privat⁹. În procesul de armonizare și unificare progresivă a normelor specifice dreptului internațional privat, alături de Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, cu rolul cel mai important în acest domeniu, o serie de alte organizații și instituții internaționale, precum Organizația Națiunilor Unite, Uniunea Europeană, Consiliul Europei, Organizația Statelor Americane, Institutul Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat (UNIDROIT), Comisia Internațională de Stare Civilă (CIEC), desfășoară o activitate susținută în scopul armonizării și unificării regulilor de conflict printr-o cooperare judiciară și administrativă, contribuind

³ P. Hirst, G. Thompson, *Globalizarea sub semnul întrebării*, Ed. Trei, București, 2002, p. 16.

⁴ P. Hirst, G. Thompson, *op. cit.*, p. 53.

⁵ V. Babără, *Drept internațional privat*, Tipografia Centrală, Chișinău, 2002, p. 6.

⁶ I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *Drept internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 1; I. Filipescu, A. Filipescu, *Tratat de drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p. 20-21.

⁷ I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, p. 22.

⁸ N. Diaconu, *Drept internațional privat*, Ed. Lumina Lex, București, 2009, p. 64.

⁹ I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, p. 22.

la elaborarea de reglementări internaționale uniforme menite să ofere stabilitate raporturilor juridice cu elemente de extraneitate.

Scurtă privire istorică asupra evoluției Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat

Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat este o organizație internațională interguvernamentală a cărei misiune este aceea de a unifica progresiv normele de drept internațional privat ale diferitelor state¹⁰, fiind, de altfel, cea mai importantă organizație internațională în domeniul dreptului internațional privat¹¹. Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat s-a reunit, pentru prima dată în anul 1893, fiind convocată de guvernul olandez, la inițiativa juristului Tobias Asser¹² care a constatat că dreptul privat devenise din ce în ce mai complex ca urmare a expansiunii relațiilor internaționale¹³. Problemele specifice dreptului internațional privat au determinat ca, înainte de cel de-al doilea război mondial, Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat să se mai reunească în cadrul a șase sesiuni¹⁴. Evenimentele ulterioare celui de-al doilea război mondial, schimbările majore produse la nivelul societății internaționale, amplificarea și diversificarea fără precedent a relațiilor internaționale au creat condițiile propice pentru nașterea într-o măsură tot mai mare a unor raporturi juridice între persoane fizice și juridice cuprinzând unul sau mai multe elemente de extraneitate¹⁵ și au constituit suficiente motive pentru ca, la cea de-a șaptea sesiune a Conferinței din anul 1951, participanții să ia în dezbatere necesitatea dezvoltării unui statut al Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat care să permită transformarea acesteia într-o organizație internațională cu caracter permanent¹⁶. Astfel, în 1955, odată cu intrarea în vigoare a Statutului său¹⁷,

¹⁰ Art. 1 din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

¹¹ Raportul anual – 2013 al Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat. (<http://www.hcch.net/upload/ar2013.pdf>)

¹² Tobias Michael Carel Asser (n. 28 aprilie 1838 – d. 29 iulie 1913) – jurist olandez și profesor de drept la Universitatea din Amsterdam – este inițiatorul Conferinței de la Haga privind dreptul internațional privat și laureat al Premiului Nobel pentru Pace în anul 1911. Alături de John Westlake și Gustave Rolin-Jaequemyns, Tobias Asser a fondat Revista de drept internațional și legislație comparată și s-a numărat printre cei care au înființat Institutul de Drept Internațional cu sediul în Greiz – Doiceau din Belgia. (http://en.wikipedia.org/wiki/Tobias_Asser)

¹³ <http://www.denhaag.nl/fr/residents/to/Conference-de-La-Haye-de-droit-international-prive.htm>

¹⁴ Sesiunile Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat au avut loc în 1893, 1894, 1900, 1904, 1925 și 1928. (http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=4)

¹⁵ I. Filipescu, A. Filipescu, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶ Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat a fost adoptat la 31 octombrie 1951 de către următoarele state participante la sesiunea a șaptea a Conferinței: Republica Federală Germania, Austria, Belgia, Danemarca, Spania, Finlanda, Franța, Italia, Japonia,

Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat devine organizație internațională interguvernamentală cu caracter permanent. Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat are, în prezent, 78 de membri¹⁸ (77 de state și Uniunea Europeană)¹⁹ și a devenit, în timp, un centru de cooperare internațională judiciară și administrativă în materia dreptului privat, în special, în ceea ce privește protecția familiei și copiilor, procedura civilă și dreptul comercial²⁰, scopul fundamental al Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat fiind acela de garanta persoanelor fizice și juridice care participă la raporturi juridice cu elemente de extraneitate o mai mare protecție juridică în ciuda diferențelor existente între sistemele juridice ale diferitelor state ale lumii²¹. Actualmente, Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat este un forum unic pentru elaborarea de soluții universal acceptabile în domeniul unificării regulilor dreptului internațional privat și se bucură de o reputație deosebită prin calitatea și excelența științifică a lucrărilor sale, prin soluțiile inovative propuse și prin contribuția la dezvoltarea dreptului internațional privat pe o perioadă de mai bine de 100 de ani²². Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat oferă servicii juridice și asistență de înaltă ținută autorităților administrative și judiciare, precum și practicienilor din statele membre și statele părți la convențiile adoptate sub egida sa, asigură un acces facil la informații de mare calitate în domeniul dreptului internațional privat publicului larg²³, iar succesul activităților Conferinței este dat de faptul că

Luxembourg, Norvegia, Olanda, Portugalia, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, Suedia și Elveția.

¹⁷ Statutul a fost adoptat în cursul celei de-a 7 sesiune a Conferinței la 31 octombrie 1951 și a intrat în vigoare la 15 iulie 1955. Amendamentele la acest Statut au fost adoptate la cea de-a 20 sesiune din 30 iunie 2005, aprobate de membrii la 30 septembrie 2006 și au intrat în vigoare la 1 ianuarie 2007.

(http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=29#_ftn2)

¹⁸ Potrivit dispozițiilor art. 2 din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat sunt membrii Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat statele care au participat la una sau la mai multe sesiuni ale Conferinței și au acceptat Statutul acesteia. Totodată, poate deveni membru orice stat care prezintă un interes juridic în acord cu lucrările Conferinței. Admiterea de noi membrii este decisă de guvernele statelor membre, la propunerea unuia sau mai multora dintre ele, cu majoritatea voturilor, exprimate într-un interval de 6 luni de la data aducerii la cunoștință a propunerii. De asemenea, în conformitate cu dispozițiile art. 3 din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, calitatea de membru al Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat o poate dobândi, în condițiile menționate în Statut, și orice organizație regională de integrare economică care a depus o solicitare în acest sens la Secretarul general.

¹⁹ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=26

²⁰ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=26.

²¹ <http://www.den Haag.nl/fr/residents/to/Conference-de-La-Haye-de-droit-international-prive.htm>

²² http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=27

²³ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=27

aceasta întreține legături strânse cu statele membre și cu statele părți la convențiile adoptate sub egida sa, ce reprezintă sisteme juridice de pe toate continentele, dar și cu diverse organizații internaționale guvernamentale sau neguvernamentale²⁴.

Organizarea și funcționarea Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat

În conformitate cu prevederile art. 4 din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat funcționarea Conferinței este asigurată de un Consiliu pentru afaceri generale și politice, compus din toți membrii acesteia, ale cărui reuniuni sunt, de regulă, anuale și care realizează conducerea executivă și administrativă a Conferinței prin intermediul Biroului Permanent. Consiliul examinează toate propunerile destinate a fi incluse pe ordinea de zi și are deplina libertate să decidă cu privire la prioritatea includerii lor²⁵. Biroul Permanent are un sediu principal situat în Olanda, la Haga²⁶ și 2 sedii secundare: unul la Hong Kong (China) și altul la Buenos Aires (Argentina)²⁷. Biroul Permanent are în componerea sa un Secretar general²⁸ și patru secretari²⁹ care sunt numiți de guvernul olandez la propunerea Comisiei de stat olandeze. Atât Secretarul general, cât și secretarii trebuie să posede cunoștințe juridice și să aibă o experiență practică adecvată, diversitatea reprezentării geografice fiind luată în considerare la nominalizarea acestora³⁰. Sub directa coordonare a Consiliului pentru afaceri generale și politice, principalele atribuții ale Biroului Permanent vizează organizarea și asigurarea secretariatului sesiunilor Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, reuniunilor Consiliului pentru afaceri generale și politice și ale comisiilor speciale, purtarea corespondenței cu organele naționale sau cu cele ale organizațiilor internaționale ale membrilor Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat desemnate în scopul menținerii legăturii cu Biroul Permanent³¹, precum și îndeplinirea tuturor sarcinilor ce derivă din activitatea unui secretariat al unei organizații internaționale³². În intervalele dintre sesiunile Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat,

²⁴ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=27

²⁵ Art. 4 alin. (3) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat

²⁶ Art. 5 alin. (1) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat

²⁷ http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=28

²⁸ Începând cu luna iulie 2013 Secretarul general al Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat este Christophe Bernasconi. (Raportul anual – 2013 al Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat).

²⁹ Potrivit dispozițiilor art. 5, alin. (3) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat numărul secretarilor poate fi mărit.

³⁰ Art. 5, alin. (2) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

³¹ Art. 7, alin. (1) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

³² Art. 6 din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

conform prevederilor art. 8, alin. (1) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, Consiliul pentru afaceri generale și politice poate institui comisii speciale, în scopul elaborării proiectelor de convenții sau pentru studierea problemelor de drept internațional privat de competența Conferinței. Sesiunile Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, Consiliul pentru afaceri generale și politice și comisiile speciale funcționează, în măsura în care este posibil, pe baza consensului³³. Alături de Consiliul pentru afaceri generale și politice, de Biroul permanent și de comisiile speciale, un rol important în îndeplinirea obiectivelor Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat revine și Comisiei de stat olandeze. Această comisie, înființată prin Decretul Regal din 20 februarie 1897, în vederea promovării codificării dreptului internațional privat, stabilește, după consultarea membrilor Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, data sesiunilor organizației internaționale³⁴ și adresează solicitări guvernului olandez în vederea convocării membrilor Conferinței în scopul participării la sesiuni. Totodată, președintele Comisie de stat olandeze este cel care prezidează sesiunile conferinței³⁵. Potrivit dispozițiilor art. 4 alin. (6) și (7) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat se întrunește în sesiuni ordinare, în scopul negocierii și adoptării diverselor convenții din aria sa de interes și în scopul punerii de acord asupra viitoarelor lucrări, și în sesiuni extraordinare. Sesiunile ordinare au loc, de regulă, o dată la patru ani iar, atunci când situația o impune, Consiliul pentru afaceri generale și politice, după consultarea Comisiei de stat olandeze, poate adresa solicitare guvernului olandez pentru convocarea statelor membre în sesiune extraordinară³⁶. La sesiunile ordinare se discută și se adoptă proiectele de convenții sau recomandările pregătite de comisiile speciale și se iau decizii asupra problemelor aflate pe ordinea de zi a sesiunii. Atât la lucrările sesiunilor Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, la reuniunile Consiliului pentru afaceri generale și politice, cât și la cele ale comisiilor speciale deciziile sunt luate, în măsura în care este posibil, pe baza consensului³⁷. În mod excepțional, în lipsa consensului, deciziile sunt luate prin vot, fiecare membru având dreptul la un singur vot, în conformitate cu dispozițiile Regulamentului intern al sesiunilor diplomatice ale Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, al reuniunilor Consiliului pentru

³³ Art. 8, alin. (2) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

³⁴ Art. 4, alin. (4) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

³⁵ Art. 4, alin. (5) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

³⁶ Ex. în 1966 și 1985 au avut loc sesiuni extraordinare ale Conferinței de la Haga: cea din 1966 pentru discutarea și adoptarea convenției asupra recunoașterii și executării hotărârilor străine și cea din 1985 pentru discutarea și adoptarea convenției asupra trustului.

³⁷ Art. 8, alin. (2) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

afaceri generale și politice și al reuniunilor comisiilor speciale³⁸. Ansamblul textelor adoptate în cadrul sesiunilor diplomatice sunt consemnate într-un Act final ce este semnat de delegațiile statelor participante la sesiune. În conformitate cu prevederile art. 9 din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat cheltuielile prevăzute în bugetul anual al Conferinței sunt repartizate între membrii Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat. Bugetul anual este supus aprobării Consiliului reprezentanților diplomați ai statelor membre la Haga, care se reunesc, în acest scop sub președinția Ministrului Afacerilor Externe a Olandei³⁹. Limbile de lucru ale Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat sunt franceza și engleza⁴⁰.

Modalitățile de realizare a obiectivelor Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat

Principala modalitate de realizare a obiectivelor Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat este aceea a elaborării de convenții multilaterale în diferite domenii ale dreptului internațional privat. Exceptând primele două sesiuni, care nu au condus la rezultate notabile⁴¹, Conferința de la

³⁸ Vezi în acest sens dispozițiile art. 2-4 din Regulamentul intern al sesiunilor diplomatice ale Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, al reuniunilor Consiliului pentru afaceri generale și politice și al reuniunilor comisiilor speciale

³⁹ Art. 10, alin. (3) din Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat.

⁴⁰ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=26

⁴¹ La început Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat a înregistrat unele succese, ca urmare a lucrărilor sale fiind adoptate o serie de convenții precum: Convenția din 1896 asupra procedurii civile, Convenția din 1902 asupra reglementării conflictelor de legi în materia căsătoriei, Convenția din 1902 asupra reglementării conflictelor de legi și jurisdicției în materia divorțului și separației de corp, Convenția din 1905 asupra procedurii civile (o variantă îmbunătățită a celei din 1896). Însă, încă de la început au fost reliefate unele dificultăți și, în mod special, doar statele al căror sistem de drept internațional privat era apropiat de soluțiile admise de convențiile adoptate au salutat adoptarea noilor documente internaționale. Anglia sau SUA care supuneau starea și capacitatea persoanei fizice legii domiciliului au refuzat să participe la elaborarea unor convenții unde tendința era spre aplicarea legii naționale. Din aceleași rațiuni, Danemarca și Norvegia, deși au trimis reprezentanți la conferințe au refuzat să semneze convențiile. În perioada imediat următoare o serie de state au denunțat mai multe dintre convențiile adoptate sub egida Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat. Denunțarea convențiilor a plecat de la speța dezertorilor germani. Mai mulți militari germani s-au căsătorit în Belgia fără a avea autorizarea superiorului ierarhic solicitată, în mod expres, de legea germană. În aceste condiții, Germania a susținut că aceste căsătorii erau nule, căci, în conformitate cu dispozițiile Convenției de la Haga din 1902, condițiile căsătoriei erau supuse legii naționale. Belgia, din contră, a apreciat că acele căsătorii erau valabile, deoarece competența legii naționale viza condițiile de fond ale căsătoriei și solicitarea autorizării pentru militari era o regulă de drept public cu aplicabilitate strict teritorială. În aceste condiții Franța, care a pledat în favoarea Belgiei în această situație, a denunțat în 1913 Convenția asupra căsătoriei iar în 1917 toate celelalte convenții cu excepția celei din 17 iulie 1905 asupra procedurii civile. La fel au procedat și alte

Haga asupra Dreptului Internațional Privat a adoptat, în baza unor studii aprofundate, numeroase convenții în diferite materii precum: procedura civilă, vânzarea mobilelor, obligația de întreținere, forma testamentelor, protecția minorilor, adopția, recunoașterea și executarea hotărârilor străine, accidente de circulație, regimul matrimonial, celebrarea căsătoriei, trustul etc.⁴² Astfel, în perioada 1893-1904, Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat a adoptat 7 convenții internaționale care, ulterior, au fost înlocuite cu instrumente mult mai moderne, adaptate realităților societății contemporane, iar, în intervalul 1951-2008 au fost adoptate 38 de convenții, printre care menționăm:

- Convenție din 1 martie 1954 privind procedura civilă
- Convenția din 15 iunie 1955 asupra legii aplicabile vânzării internaționale a bunurilor mobile corporale
- Convenția din 15 aprilie 1958 asupra legii aplicabile transferului de proprietate în cazul vânzării internaționale a bunurilor mobile corporale
- Convenția din 15 aprilie 1958 asupra competenței forului contractual în caz de vânzare internațională de bunuri mobile corporale
- Convenția din 15 iunie 1955 asupra reglementării normelor conflictuale între legea națională și legea domiciliului
- Convenția din 1 iunie 1956 asupra recunoașterii personalității juridice a societăților, asociațiilor și fundațiilor străine
- Convenția din 24 octombrie 1956 asupra legii aplicabile obligațiilor de întreținere față de copii
- Convenția din 15 aprilie 1958 asupra recunoașterii și executării hotărârilor în materia obligațiilor de întreținere față de copii
- Convenția din 5 octombrie 1961 asupra competenței autorităților și legea aplicabilă în materia protecției minorilor
- Convenția din 5 octombrie 1961 asupra conflictelor de legi în materia formei dispozițiilor testamentare
- Convenția cu privire la suprimarea cerinței supralegalizării, adoptată la Haga la 5 octombrie 1961
- Convenția din 25 noiembrie 1965 privind acordurile de alegere a forului
- Convenție privind notificarea și comunicarea în străinătate a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială, adoptată la Haga la 15 noiembrie 1965
- Convenția din 15 noiembrie 1965 asupra competenței autorităților, legii aplicabile și recunoașterii hotărârilor în materia adopției

state. (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommieres, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2004, p. 26-27).

⁴² O. Ungureanu, C. Juguștru, *Manual de drept internațional privat*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 21.

- Convenție privind obținerea de probe în străinătate în materie civilă sau comercială, adoptată la Haga la 18 martie 1970
- Convenția din 1 februarie 1971 asupra recunoașterii și executării hotărârilor străine în materie civilă și comercială
- Convenția din 1 iunie 1970 asupra recunoașterii divorțurilor și separărilor de corp
- Convenția din 4 mai 1971 asupra legii aplicabile în materia accidentelor de circulație rutieră
- Convenția din 2 octombrie 1973 asupra administrării internaționale a succesiunilor
- Convenția din 2 octombrie 1973 asupra legii aplicabile obligațiilor de întreținere
- Convenția din 14 martie 1978 asupra legii aplicabile regimurilor matrimoniale
- Convenția din 14 martie 1978 asupra celebrării și recunoașterii validității căsătoriilor
- Convenție privind facilitarea accesului internațional la justiție, încheiată la Haga la 25 octombrie 1980
- Convenție de la Haga din 25 octombrie 1980 asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii
- Convenția din 1 iulie 1985 referitoare la trust și la recunoașterea sa
- Convenția din 22 decembrie 1986 asupra legii aplicabile contractelor de vânzare internațională de mărfuri
- Convenția din 1 august 1989 asupra legii aplicabile succesiuni pentru cauză de moarte
- Convenția din 29 mai 1993 asupra protecției copiilor și cooperării în materia adopției internaționale
- Convenția din 19 octombrie 1996 referitoare la competența, legea aplicabilă, recunoașterea, executarea și cooperarea în materia responsabilității părintești și a măsurilor de protecție a copilului
- Convenția din 13 ianuarie 2000 asupra protecției internaționale a adulților

Între subiectele prioritare, aflate pe ordinea de zi a următoarelor sesiuni ale Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, se află: medierea transfrontalieră în materie familială, alegerea legii aplicabile în contractele internaționale, problemele de drept internațional privat ridicate de societatea informațională, inclusiv comerțul electronic, conflictele de competență, legea aplicabilă și cooperarea judiciară și administrativă în materia răspunderii civile pentru daunele cauzate mediului, problemele de drept internațional privat ale cuplurilor necăsătorite, competența, recunoașterea și executarea hotărârilor în materia succesiunilor etc.⁴³

⁴³ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=26

Proiectele convențiilor, discutate și adoptate în cadrul sesiunilor Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, sunt pregătite de comisiile speciale sau de grupuri de lucru care se întrunesc de mai multe ori pe an, de regulă, la Palatul Păcii de la Haga, dar, din ce în ce mai mult, în diferite state membre. Comisiile speciale se organizează, totodată, și în scopul examinării modului de aplicare a convențiilor în vigoare și în vederea adoptării de recomandări pentru îmbunătățirea eficienței lor și pentru promovarea unei practici și a unei interpretări uniforme⁴⁴. În vederea promovării cooperării internaționale și în scopul asigurării coordonării lucrărilor efectuate în diferite organizații internaționale, Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat întreține relații strânse cu o serie de organizații internaționale printre care: Organizația Națiunilor Unite, în mod deosebit cu Comisia ONU pentru Dreptul Comerțului Internațional (UNCITRAL), UNICEF, Comitetul ONU asupra drepturilor copilului, Înalțul Comisariat al ONU pentru Refugiați, Consiliul European, Uniunea Europeană, Organizația Statelor Americane, Secretariatul Commonwealth-ului, Institutul Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat (UNIDROIT) etc. De asemenea, relații de colaborare sunt menținute cu anumite organizații neguvernamentale precum: Serviciul social internațional, Asociația internațională de drept al familiei, Camera de Comerț Internațional, Uniunea Internațională a Avocaților etc. care trimit observatori la sesiunile Conferinței⁴⁵.

Concluzii

Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat are meritul de a fi reușit unificarea normelor specifice dreptului internațional privat în diferite domenii realizând o operă vastă și importantă, reușind să dea expresie, la cel mai înalt nivel, misiunii sale, aceea de a facilita relațiile dintre persoanele private implicate în raporturi juridice dincolo de frontierele naționale și comerțul internațional. Analiza activității sale permite formularea aprecierii potrivit căreia această organizație se dezvoltă ca un centru mondial în serviciul cooperării judiciare și administrative internaționale în materia dreptului privat⁴⁶, aspect pus în evidență și de faptul că anumite convenții adoptate sub egida Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, deși neratificate sau ratificate de un număr redus de state, influențează sistemele de drept ale statelor membre sau nemembre și constituie sursă de inspirație în procesul de unificare a dreptului internațional privat la nivel regional, precum cel din cadrul Organizației Statelor Americane sau Uniunii Europene⁴⁷. Însă, în pofida reușitelor ce pot fi atribuite Conferinței de la Haga asupra Dreptului

⁴⁴ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=26

⁴⁵ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=4

⁴⁶ Preambulul Rezoluției adoptată la cea de 17 sesiune a Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat din 19 mai 1993 cu ocazia celebrării centenarului Conferinței.

⁴⁷ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=26

Internațional Privat trebuie spus că deși, preocupări pentru unificarea dreptului internațional privat au existat încă de la finele secolului al XIX-lea și începutul secolului al XX-lea⁴⁸, unificarea juridică, la nivel global, a ridicat, de la bun început, unele probleme, în contextul invariabilului caracter eurocentric al acestui demers. Totodată, demersurile întreprinse până în prezent au reliefat faptul că diferențele în plan juridic generate de diversitatea culturală, economică sau politică pot fi atenuate doar atunci când unificarea juridică se concentrează pe legile națiunilor considerate ca fiind în etape similare de dezvoltare culturală și economică și care, în plus, împărtășesc aceleași experiențe istorice și aceleași filosofii politice⁴⁹. În ce măsură va reuși Conferința de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat să răspundă acestor provocări, rămâne o incertitudine, dar, totuși, activitatea de până în prezent poate constitui un fundament solid pentru ca această organizație internațională să-și îndeplinească și în viitor dezideratele.

Bibliografie

- V. Babără, *Drept internațional privat*, Tipografia Centrală, Chișinău, 2002
- I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *Drept internațional privat*, Editura C. H. Beck, București, 2007
- C. Dariescu, *Relațiile personale dintre soți în dreptul internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2009
- N. Diaconu, *Drept internațional privat*, Editura Lumina Lex, București, 2009
- I. Filipescu, A. Filipescu, *Tratat de drept internațional privat*, Editura Universul Juridic, București, 2005
- P. Hirst, G. Thompson, *Globalizarea sub semnul întrebării*, Editura Trei, București, 2002
- Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommieres, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2004
- O. Ungureanu, C. Juguștru, *Manual de drept internațional privat*, Editura All Beck, București, 1999
- R. Zimmermann, *Dreptul comparat și europenizarea dreptului privat*, Editura Themis Cart, București, 2009
- Statutul Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat din 1955
- Rezoluția adoptată la cea de 17 sesiune a Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat din 19 mai 1993 cu ocazia celebrării centenarului Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat

⁴⁸ I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁹ R. Zimmermann, *Dreptul comparat și europenizarea dreptului privat*, Ed. Themis Cart, București, 2009, p. 6.

- Regulamentului intern al sesiunilor diplomatice ale Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat, al reuniunilor Consiliului pentru afaceri generale și politice și al reuniunilor comisiilor speciale

- Raportul anual – 2013 al Conferinței de la Haga asupra Dreptului Internațional Privat. (<http://www.hcch.net/upload/ar2013.pdf>)

- <http://en.wikipedia.org>

- <http://www.hcch.net>

NECESITATEA SIMPLIFICĂRII NORMELOR CONCURENȚIALE ÎN LEGISLAȚIA NAȚIONALĂ ȘI EUROPEANĂ ACTUALĂ

Roxana PĂUN*

Abstract:

Competition was and continue to be a hot topic in any person's life. In this context, the national, European and international regulations in this field have been continuously improved. The expansion of the Single Market and shaping of the globalization phenomenon it have appeared new methods and practices of infringement of competition.

Thus, legislator was forced to harmonize and to simplify the competitions regulations in order to punish operatively and effectively protect all the consumers.

Detection of anticompetitive and abusive behaviors is located in the responsibility of competition authorities around the world. These structures are directly involved in the simplification of legislation in order to become more efficient in the interests of the European consumers.

Keywords: *competition, abuse of dominant position, monopoly, unfair competition, agreements for fixing prices*

Concurența este un fenomen complex și multidimensional cu implicații în toate domeniile de activitate și mai ales prezentă în toate sferile societății umane și nu numai... Pornind de la etimologia cuvântului concurență (din limba latină: concurrere = a concura) înțelegem că participanții fie la o competiție sportivă, economică sau de altă natură sunt competitori/rivali/adversari (concurența fiind considerată a fi opusul monopolului). În funcție de locul/domeniul de desfășurare a acestei competiții, concurența înseamnă în economie rivalitatea dintre diferiți ofertanți pentru a câștiga clienți; în sport este o manifestare organizată; în natură este o luptă a diferitelor vietăți pentru supraviețuire, în condițiile resurselor limitate; în drept este o aplicabilitate a mai multor resurse în aceleași circumstanțe; iar în geometrie există concurența dreptelor, proprietatea a trei sau mai multe drepte de a se intersecta într-un singur punct și concurența planelor, proprietatea a trei sau mai multe plane de a se intersecta într-o singura dreapta, sau a patru sau mai multe plane de a se intersecta într-un singur punct.

* Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea "Spiru Haret", București; e_mail: roxanadpaun@yahoo.com.

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 cele dintr-o criză economică generalizată la nivel mondial și o recesiune pe măsură.

Pornind chiar de la spusele lui Montesquieu¹ în secolul al XVIII-lea în analiza concurenței pornim de la raportul calitate/preț al mărfurilor, serviciilor și la stabilirea unui raport corect între produs/marfă și prețul aferent. Extrapolând, putem extinde aria de influență a acestui raport de corectitudine între producători/prestatori de servicii și consumatori. Orice perturbare a relațiilor de corectitudine între operatorii economici, așa cum sunt ei numiți în Codul consumului (Legea nr. 296/2004) și consumatori este sancționată de legislație în domeniul concurenței ca fiind o alterare a concurenței într-o piață unică comună și catalogată ca fiind o practică concurențială.

Concurența, într-o definiție agreată reprezintă "un complex de reglementări specifice destinate să asigure, în raporturile de piață interne și internaționale, existența și exercițiul normal al competiției dintre agenții economici, în lupta pentru câștigarea, extinderea, păstrarea clientelei". Această definiție include toate categoriile de preocupări ale dreptului concurenței comerciale, ca disciplină distinctă, pluridisciplinară – care vizează elemente de drept substanțial (fond) și elemente de procedură (drept procesual), și anume: libera concurență, economia de piață, modalități de realizare a concurenței.

Concurența este definită în dicționarul comercial ca fiind „legea economică obiectivă care îi determină pe producători, intrați în competiție să depună eforturi maxime: tehnice, financiare, manageriale pentru realizarea profitului. Plastic vorbind, concurența este un judecător implacabil care îl condamnă pe producător la progres. Are rol major în formarea prețurilor.”

Concurența este definită și în documentele europene în domeniu ca fiind „o situație pe piață, în care vânzătorii unui produs sau serviciu acționează independent, pentru captarea clientelei, pentru a atinge un obiectiv comercial precis, adică un anumit nivel al beneficiilor, al volumului de vânzări și/sau al cotei de piață. Această concurență între întreprinderi poate avea loc în domeniul prețurilor, calității, service-ului sau al unei combinații între acestea, precum și în domeniul altor factori care pot prezenta importanță pentru clienți. O concurență loială și nedistorsionată este piatra de temelie a economiei de piață. Comisia Europeană a fost investită cu puterile necesare pentru a controla respectarea dreptului european al concurenței și pentru a determina aplicarea legislației

¹ "Concurența este aceea care impune un preț just mărfurilor și care stabilește raporturi corecte între ele"

concurenței de o manieră care să garanteze existența unei concurențe efective pe piața internă.”

De la primă analiză a definițiilor putem să constatăm că ambele definiții sunt exhaustive și este necesară o unificare a acestora cu efectul așteptat de a simplifica tot ceea ce reglementează în prezent concurența.

În același spirit trebuie apreciată și evoluția reglementărilor și acquis-ul comunitar în domeniul concurenței aferent capitolului 6 –Concurența în legislația națională². Principiile de bază ale politicii concurenței în toate statele candidate, inclusiv în România au fost statuate prin Acordurile Europene de Asociere. Acordul European instituind o Asociere între România, pe de o parte, și Comunitățile Europene și statele membre ale acestora, pe de altă parte consacră prevederile referitoare la politica concurenței în Capitolul II – „Concurența și alte prevederi cu caracter economic”, precum și în articole incluse în capitole conexe.

Spre deosebire de cea mai mare parte a acquis-ului comunitar, pentru care Acordul European de Asociere a prevăzut necesitatea de a acționa în direcția armonizării graduale a legislației, prevederile referitoare la politica concurenței reprezintă obligații ferme, cu trimiteri explicite la articolele corespunzătoare din Tratatul Uniunii Europene versiunea consolidată: art. 101 (interzicerea înțelegerilor dintre agenții economici), art. 102 (interzicerea abuzului de poziție dominantă) și art. 107 (interzicerea ajutoarelor de stat). Prin Acordul European, România își asuma ca angajamente:

- ajustarea progresivă a oricărui monopol de stat cu caracter comercial astfel încât să se asigure că, până la sfârșitul celui de-al cincilea an de la intrarea în vigoare a acordului, că nu va mai exista nici o discriminare între cetățenii României și ai statelor membre, referitoare la condițiile în care mărfurile se achiziționează și se comercializează [art. 33).

- interzicerea oricărui acord între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate între întreprinderi având ca obiect sau efect prevenirea, restricționarea sau distorsionarea concurenței [art. 64 alin. (1) pct. (i)];

- interzicerea abuzului din partea uneia sau mai multor întreprinderi de a avea o poziție dominantă, pe teritoriul României sau al Comunității, în ansamblu, sau pe o parte substanțială a acestuia [art. 64 alin. (1) pct. (ii)];

- interzicerea oricărui ajutor public care distorsionează concurența prin favorizarea anumitor întreprinderi sau a producției unor anumite mărfuri” [art. 64 alin. (1) pct. (iii)];

- aplicarea „în privința întreprinderilor publice și a întreprinderilor cărora le-au fost acordate drepturi speciale sau exclusive, începând cu cel de-al treilea an de la data intrării în vigoare a acordului, principiile Tratatului de instituire a

² Roxana-Daniela Păun, *Uniunea Economică și Monetară. Istoric. Perspective*, Ed. Universul Juridic, București, 2005, secțiunea „Evoluții în procesul negocierilor pe capitole”, p. 245-290.

Comunității Economice Europene, îndeosebi art. 90 și principiile Documentului final din aprilie 1990 al reuniunii de la Bonn a Conferinței pentru Securitate și Cooperare în Europa (în special prevederile referitoare la libertatea de decizie a antreprenorilor)” (art. 66), adică să se asigure că aceste întreprinderi funcționează fără să distorsioneze concurența și că nu se introduc discriminări între operatorii români și cei comunitari. (toate acestea au fost rezolvate)

Ulterior, după dobândirea statutului de membru cu drepturi depline a Uniunii Europene, prin modificări succesive ale legislației în domeniu s-a reușit o simplificare evidentă a reglementărilor, fapt ce a dus la o mai bună gestionare a faptelor anticoncurențiale din ce în ce mai prezente pe piață, generate sau de multe ori argumentate de către agenții/operatorii economici ca fiind ”nevoia de adaptare pentru maximizare profitului”.

Concluzii privind importanța practică a simplificării reglementărilor în domeniul concurenței

Politica comunitară în domeniul concurenței a avut o relevanță directă pentru statele candidate încă înainte de aderarea lor și independent de producerea acestui eveniment, obligațiile asumate în acest domeniu având dublu caracter de noutate: se referă la instrumente necunoscute economiilor cu planificare centralizată și reprezintă primele angajamente contractuale internaționale ale țărilor asociate³. După aderare, statele foste candidate devenite membre au trebuit să adopte în propria legislație toate normele concurențiale în materie, în consecință politicile europene în domeniul concurenței se aplică în mod egal tuturor cetățenilor europeni. Acest lucru a obligat și legiuitorul român să simplifice legislația, să creeze și să implementeze mecanismele europene de gestionare a concurenței (care au produs efecte imediate pozitive din punctul de vedere al consumatorului european), inclusiv instituțiile care să aplice întocmai politicile europene în domeniul concurenței.

Pentru îndeplinirea obligațiilor care decurg din art. 64 s-a avut în vedere elaborarea unor reguli și criterii compatibile cu dispozițiile similare ale Tratatului de constituire a Comunității Europene, crearea unui cadru legislativ corespunzător și a cadrului instituțional de aplicare. La nivel european, ulterior toate aceste reglementări au fost și ele simplificate și preluate în Tratatul de reformare a Uniunii Europene extinse, Tratatul de la Lisabona (art. 101 și urm.).

În consecință, putem afirma, fără să greșim, că statutul de membru cu drepturi depline al Uniunii Europene a adus României avantajul aplicării politicilor europene în domeniul concurenței (și nu numai) fapt care a generat avantaje atât consumatorului român ca și consumator european, cât și firmelor autohtone care au intrat în competiție cu firmele străine (europene sau

³ Dragoș Negrescu, Gheorghe Oprescu, *”Politica de protecție a concurenței și acquis-ul comunitar”*, în *”Profil: Concurența”* nr. 3-4, noiembrie 2000

internaționale). Concurența neloială și toate formele de "alterare" a concurenței sunt acum monitorizate atent de instituțiile create special în acest sens. Din această "luptă" câștigător este consumatorul român, care treptat și prin campaniile efectuate devine din ce în ce mai informat, conștient de drepturile și obligațiile sale inclusiv prin dreptul său de a-și apăra drepturile încălcate în fața instanțelor competente. Un exemplu concludent îl reprezintă sancțiunile aplicate de Consiliul Concurenței și raportate în ianuarie 2015, când s-au aplicat amenzi în valoare totală de 154 milioane lei (circa 35 milioane euro) retailerii Metro, Real, Selgros și Mega Image și 21 de furnizori ai acestora, în cadrul investigației având ca obiect înțelegeri pentru fixarea prețurilor în perioada 2005-2009. În urma investigației, a fost sancționată încălcarea legii concurenței atât pentru stabilirea prețurilor de revânzare (de raft), cât și pentru comportamentul companiilor în cadrul promoțiilor⁴.

Așa cum rezultă și din comunicatul Consiliului Concurenței, acesta a constatat că prețurile de vânzare la raft nu se stabileau conform regulilor de piață prin raportul dintre cerere și ofertă, ci furnizorul și retailer-ul stabileau un preț fix sau minim. Această practică conduce la prețuri mai mari pentru consumatorul final, retailerul neputând să scadă prețul sub limita stabilită cu furnizorul", se arată într-un comunicat al autorității de concurență.

În privința comportamentului companiilor în cadrul promoțiilor, contractele sau documentele contractuale dintre unii retaileri și furnizori conțineau o clauză care prevedea că, în aceeași perioadă, furnizorii nu puteau realiza promoții simultane în diferite lanțuri de retail, acestea putând doar să alterneze. În acest fel, consumatorul final nu putea avea acces, în același timp, la promoții și implicit la cel mai mic preț, în magazine concurente. Decizia de a realiza sau nu promoții în lanțuri de magazine concurente trebuie să aparțină furnizorului.

Un alt exemplu îl reprezintă decizia emisă de Consiliul Concurenței care este o decizie de derogare de la prevederile Legii Concurenței, astfel încât Banca Transilvania SA să se poată implica în activitatea Volksbank România SA și Volksbank Services România SA înainte de obținerea autorității de concurență pentru preluarea acestora.

⁴ Dintre retaileri, cea mai mare amendă, de 49,68 milioane lei (11,3 milioane euro) a fost primită de compania Metro Cash&Carry Romania, urmată de Selgros Cash&Carry Romania SRL – 29,2 milioane lei (6,6 milioane euro), Mega Image SRL – 24,56 milioane lei (5,6 milioane euro) și Real Hypermarket Romania SRL – 23,86 milioane lei (5,5 milioane euro).

Dintre furnizori, au fost sancționate cu cele mai mari amenzi Transilvania General Import Export SRL – 4.693.436 lei (1,1 milioane euro), Quadrant-Amroq Beverages SRL – 3.193.541 lei (725.805 euro), Danone PDPA SRL – 2.639.243 lei (599.828 euro), Macromex SRL – 2.354.190 lei (535.043 euro) și Whiteland Import Export SRL – 2.324.484 lei (528.292 euro), conform <http://www.mediafax.ro/economic/consiliul-concurentei-a-sanctionat-cu-35-milioane-de-euro-metro-real-selgros-si-mega-image-si-21-de-furnizori-ai-acestora->

Deși o concentrare economică nu poate fi pusă în aplicare înainte de a fi declarată compatibilă cu un mediu concurențial normal, printr-o decizie adoptată de Consiliul Concurenței. Această decizie a avut ca scop încercarea noii entități bancare de a se implica pentru a găsi rapid soluții pentru acei consumatori de produse bancare aflați în dificultate, care au contractat credite în CHF ca urmare a recomandărilor bancherilor care acum ridică din umeri...

Iată doar câteva exemple concrete care demonstrează importanța simplificării normelor juridice în domeniul concurenței, care astfel sunt aplicate cu ușurință de către instituțiile create special pentru a supraveghea libera mișcare în cadrul mecanismelor economiei de piață, unde cererea și oferta nu trebuie alterate, astfel încât concurența să se manifeste liber, iar prețurile la consumatorul final să mai și scadă... nu numai să crească urmare devalorizării monedei naționale sau scumpirilor resurselor naturale, materiilor prime pe piețele internaționale.

Prin inspecții inopinate, prin documentele ridicate în cadrul acestor inspecții conform procedurilor specifice investigațiilor derulate, Consiliul Concurenței demonstrează rolul activ în gestionarea aspectelor practice anticoncurențiale tot mai prezente pe piața noastră internă, deși parte a pieței unice europene. La nivel național, aprobarea de către guvern a Memorandumului privind înființarea unui sistem de monitorizare a prețurilor bunurilor de consum, respectiv "Monitorului prețurilor bunurilor de consum" se demonstrează implicarea practică a autorităților naționale în gestionare unui fenomen care poate părea ca scăpat de sub control.... Proiectul, care va fi derulat de Asociația pentru Protecția Consumatorilor din România (APC România) cu sprijinul prin Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor – ANPC și al Consiliului Concurenței, prevede crearea unui platforme on-line care să afișeze săptămânal prețurile produselor care fac parte din coșul zilnic al populației. Obiectivele proiectului sunt pe de-o parte informarea consumatorilor care vor putea compara prețurile și identifica magazinele de unde pot cumpăra alimentele de bază la cele mai mici prețuri, iar pe de altă parte scăderea prețurilor ca urmare a creșterii concurenței între magazine. Aspru critică în mass-media, proiectul a fost chiar ridiculizat, ca fiind inaplicabil la nivelul întregii țări, și chiar greu de realizat la nivelul Bucureștiului. Pare greu de crezut ca o gospodină să consulte această platformă înainte de a pleca la cumpărături ... și în mod concret de "a alerga" la propriu prin magazine din diferite locații pentru a achiziționa produsele la preț mai mic!

Cu toate acestea, acțiunile Consiliului Concurenței se înscriu în trendul european privind acordarea unei mai mari atenții sectorului de comercializare a produselor alimentare prin intermediul lanțurilor de retail. De exemplu, în anul 2013, Autoritatea de concurență din Austria a amendat grupul Rewe pentru înțelegeri cu un grup de furnizori pentru fixarea prețurilor de vânzare la raft, a prețurilor de promoție și a intervalelor exclusive pentru realizarea promoțiilor,

în vreme ce o altă investigație care vizează segmentul de retail alimentar se află în desfășurare la autoritatea germană de concurență.

Cert este că, indiferent de evoluțiile europene în domeniu, România încearcă să aplice și ea, alături de alte state europene diferite pârgii și mecanisme care să ducă în final la protejarea econsumatorului european împotriva "ingeniozității negative" a comercianților/operatorilor economici din toate sferile economiei care nu au în vedere întotdeauna satisfacția și mulțumirea prin fidelizare a consumatorului/clientului lor, ci mai degrabă propriul profit și mai ales maximizarea acestuia.

Un alt element care indică creșterea rolului instituțiilor cu atribuții în domeniul concurenței care a fost efectul simplificării legislative cu scopul eficientizării acestor instituții l-a reprezentat ancheta sectorială derulată pe piața energiei electrice din România, care s-a finalizat cu un document cu titlu de recomandare⁵. Astfel, Consiliul Concurenței recomandă introducerea unor instrumente financiare specifice pieței de energie electrică cu scopul eficientizării acesteia spre folosul utilizatorilor finali, adică consumatorilor (casnici sau industriali). Aceste instrumente pot fi contracte pentru diferență, contracte cu opțiune care să ajute operatorii să își gestioneze riscurile financiare generate de eventualele neconcordanțe ce pot apărea la un moment dat între cerere și ofertă.

Încercările Consiliului Concurenței împreună cu celelalte instituții cu atribuții în domeniul concurenței se pot circumscrie cu succes în maxima lui Albert Einstein care spunea: "Să nu pretindem că lucrurile să se schimbe dacă tot timpul facem același lucru. Criza este cea mai binecuvântată situație care poate apare pentru țări și persoane, pentru că ea atrage după sine progrese." Și dincolo de toate acestea rămâne dorința cercetătorilor și a specialiștilor, ei înșiși consumatori, de a vedea în practică eficiența tuturor reglementărilor juridice!

⁵ A se vedea studiul pe adresa: http://www.consiliulconcurente.ro/uploads/docs/items/id10018/studiu_energie_el_martie_2015-3.pdf

TEHNICI DE SIMPLIFICARE ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL: ROLUL INSTRUMENTELOR IBA LA CONFLUENȚA DINTRE SISTEMELE DE DREPT CIVIL ȘI CELE DE DREPT ANGLO-SAXON

*Dr. Ileana M. SMEUREANU**

Motto: "Toate-s vechi și nouă toate", Mihai Eminescu, *Glossa*

Abstract:

International arbitration developed at the crossroads between civil law and Anglo-Saxon legal traditions. The necessity of finding common instrumentalities to resolve international disputes inevitably led to hybrid procedures, most of which borrowed elements from these two legal families but developed with an identity of their own. Simplification lies at the heart of this process. First, arbitration as a creature of consent is molded to match the needs of specific parties and sectors. Second, as a final and binding dispute resolution mechanism, arbitration departs from the appeal-tiered court system. Third, arbitration rests on a codification of practices synthesized in instruments proposed by various institutions and bodies, which the parties are free to adopt. Among those, the guidelines issued by the International Bar Association ("IBA") have steadily promoted a common simplified language to accommodate legal and cultural differences in an international context. This paper looks into a few examples and examines the role of IBA arbitration instruments in bridging gaps between legal traditions. The paper concludes that the increased acceptance and use of such instruments promotes legal certainty and facilitates the resolution of international disputes.

Keywords: codification; legal certainty; IBA; international arbitration; simplification

I. INTRODUCERE

Arbitrajul nu este o "creatură juridică" nouă; el există din antichitate,¹ distingându-se încă de la începuturile sale prin capacitatea sa de soluționare a disputelor, în afara structurilor statale de administrare a justiției. Arbitrajul este însă o instituție "reînnoită" ca urmare a "internaționalizării" acestuia, de îndată ce soluționarea litigiilor pe această cale s-a extins la scară largă și a dobândit un

* Ileana M. Smeureanu, doctor în drept (specialitatea arbitraj comercial internațional), Universitatea Centrală Europeană (Budapesta/New York); Avocat asociat, Jones Day (Paris); Membru al Barourilor din București și New York; ismeureanu@jonesday.com. Părerile exprimate în această lucrare îi aparțin numai autoarei și nu reflectă în mod necesar opinia firmei Jones Day.

¹ G. Born, *International Commercial Arbitration*, Editura Wolters Kluwer, 2009, p. 9 *et seq.*

caracter transfrontalier. Născut prin codificarea de practici și proceduri cu predilecție naționale sau sectoriale, în context internațional, arbitrajul s-a dezvoltat sub zodia simplificării. La răspântia dintre tradiții juridice, arbitrajul a împrumutat elemente din sistemele de drept civil și cele de drept anglo-saxon, pe care le-a șlefuit și orânduit în noțiuni și instituții juridice noi, cu o identitate și caracteristici proprii. În timp, crearea de proceduri simplificate în arbitraj s-a realizat la niveluri și prin modalități diferite, pe care le vom expune succint în prima parte a eseului de față. În ultimele decenii, eforturile Asociației Baroului Internațional ("IBA")² de a ameliora calitatea dreptului s-au concretizat într-o serie de instrumente care au contribuit în mod decisiv la administrarea procesului arbitral într-o manieră uniformă și eficientă. De aceea, partea a doua a acestei lucrări va prezenta două regulamente IBA, ca exemple de simplificare în drept, în general și în arbitraj, în particular. Drept concluzie, ultima parte va analiza consecințele procesului de codificare propus de IBA și va face câteva recomandări finale.

II. DIMENSIUNI ALE PROCESULUI DE SIMPLIFICARE ÎN ARBITRAJ – O PRIVIRE DE ANSAMBLU

Procesul de simplificare în materia arbitrajului este multilateral. Dorindu-se o alternativă la sistemul instanțelor judecătorești, procedura arbitrală reunește caracteristici puse în slujba rezolvării eficiente și rapide a litigiilor prin decizii finale și obligatorii pentru părți, nesupuse apelului și susceptibile de anulare doar pentru motive limitate, în general de natură procedurală. Delimitarea precisă a mandatului tribunalului arbitral, durata limitată, procedura bine-definită de administrare a materialului probator, supusă unor reguli perfecționate în timp în scopul asigurării celerității și transparenței procedurii – toate aceste sunt fațete ale unui proces susținut de simplificare.

La un alt nivel, deși arbitrajul rămâne într-o oarecare măsură tributar sistemelor naționale de drept, s-a urmărit reducerea controlului instanțelor judecătorești și sporirea autonomiei acestuia ca sistem independent prin promovarea de standarde uniform acceptate la scară intențională.³ Acest fenomen este vizibil atât în cazul instrumentelor cu caracter obligatoriu, precum tratatele și convențiile internaționale, cât și în ceea ce privește instrumentele cu caracter facultativ, propuse utilizatorilor de arbitraj de diverse organizații internaționale, ca puncte de reper în structurarea procedurii arbitrale. Spre exemplu, *Convenția pentru recunoașterea și executarea hotărârilor arbitrale străine* (New York, 1959) adoptată în prezent de 154 de state este unul dintre instrumentele cele mai des invocate în arbitrajele care reunesc părți din diverse

² IBA, <http://www.ibanet.org/>.

³ E. Gaillard, *The Emerging System of International Arbitration: Defining "System"*, Întâlnirea anuală a Societății Americane de Drept Internațional, Vol. 106, 2012, p. 287 et seq.

colțuri ale lumii.⁴ Simplificând substanțial procedura de *exequatur* în statele-părți, Convenția de la New York permite părților nu numai să economisească timp și resurse, dar sporește și certitudinea juridică prin aplicarea de standarde uniforme în statele-părți.⁵ Un alt exemplu este *Legea-model privind arbitrajul comercial internațional* propusă de Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comerțului Internațional, care din 1985 servește drept cadru de referință și sursă de inspirație în adoptarea legilor în materia arbitrajului.⁶

În al treilea rând, procedurile de arbitraj administrate de instituții arbitrale internaționale, precum Curtea de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerț Internațională de la Paris ("ICC") sau Curtea de Arbitraj Internațional de la Londra ("LCIA") sunt deschise părților aparținând diverselor tradiții juridice și de aceea propun reguli "neutre". Mai mult, regulile de arbitraj adoptate de aceste instituții se apropie din ce în ce mai mult unele de altele, selectarea lor de către părți bazându-se în prezent mai mult pe criterii de proximitate geografică decât în funcție de diferențe de fond.⁷

Nu în ultimul rând, părțile însele joacă un rol activ în procesul general de simplificare a procedurii arbitrale. Se spune pe bună-dreptate că arbitrajul este o "creatură" juridică bazată pe consimțământ: părțile recurg la arbitraj pentru

⁴ România a aderat la Convenția de la New York prin Decretul nr. 186 din 24 iulie 1961. Pentru mai multe detalii, inclusiv lista adusă la zi a statelor-părți la Convenția de la New York, a se vedea: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

⁵ Excepțiile sunt legate semnificația diferită a unor concepte și instituții juridice în diverse sisteme de drept și jurisdicții, pe care autorii Convenției le-au lăsat în mod expres la latitudinea legiuitorului sau judecătorului național, cum ar fi spre exemplu conceptul de "ordine publică" prezent în Articolul V(2)(b): "*Recunoașterea și executarea unei hotărâri arbitrale poate fi refuzată dacă autoritatea competentă din țara în care se solicită recunoașterea și executarea decide că (...) recunoașterea sau punerea în executare a hotărârii arbitrale [străine] ar fi contrară ordinii publice a acelei țări.*"

⁶ *Legea-model* a fost redactată în 1985 și a suferit o modificare în 2006. În prezent, aceasta a fost adoptată în 67 de țări și în 97 de jurisdicții. Pentru mai multe detalii, a se vedea: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

România nu a adoptat *Legea-model*, dar prevederile Noului Cod de Procedură Civilă sunt consecvente cu aceasta. A se vedea pentru detalii, C. Leaua, *IBA Arbitration Guide – Romania*, 2013, file:///C:/Users/jp013547/Downloads/IntlArbGuide%20-%20Romania2013%20(1).pdf, p. 3.

⁷ Ca elemente de diferențiere notăm modalitatea de calculare a costurilor arbitrale și onorariilor percepute de arbitrii (facturarea orara practică de LCIA și facturarea bazată pe cuantumul sumei în dispută practică de ICC), confidențialitatea procedurii, autoritatea de nominare în cazul în care fie părătul nu își desemnează arbitrul sau arbitrii numiți de părți nu ajung la un numitor comun pentru desemnarea supraarbitrului. Pe de altă parte, după cum vom explica în cele ce urmează, schimbările de pledoarii (memorii) între părți, procedura ascultării martorilor, interacțiunea arbitrilor cu părțile, pentru a numi numai câteva exemple, se desfășoară la ora actuală în conformitate cu reguli similare. A se vedea, pentru o discuție în materie, T. Cheng, *Features of Arbitral Practice that Contribute to System-Building*, *Întâlnirea anuală a Societății Americane de Drept Internațional*, Vol. 106, 2012, pp. 293-294.

că vor și nu pentru că le obligă cineva. "Dorința" părților este pe deplin codificată și emanant vizibilă în arbitrajul *ad hoc*, în cadrul căruia părțile au libertatea de a modela procedura de soluționare a litigiilor după cum doresc, bineînțeles cu respectarea regulilor de ordine publică de la locul arbitrajului. Toate aceste elemente combinate au contribuit la dezvoltarea arbitrajului ca și sistem, ca un tot unitar simplificat pus în slujba rezolvării disputelor dintre părți.

III. REGULAMENTELE IBA CA INSTRUMENTE DE SIMPLIFICARE ÎN ARBITRAJ

Fondată în 1947 ca asociație voluntară internațională, IBA urmărește cooperarea și conlucrarea între practicieni, asociații de barouri și asociații juridice din toate sistemele de drept. IBA joacă un rol fundamental în redactarea de coduri și regulamente în diverse domenii de drept, inclusiv arbitraj, având drept scop crearea de standarde uniforme, sporirea transparenței și certitudinii în drept. Instrumentele IBA au caracter de *soft law*, neobligatoriu, utilizarea lor depinzând numai de voința părților. În arbitrajul internațional, transfrontalier – probabil domeniul în care aceste instrumente au cel mai mare succes – regulamentele IBA vin să simplifice procedurile de drept comun și să completeze un vid legislativ, în contextul în care regulile propuse de diverse instituții internaționale definesc numai aspecte generale și lasă la latitudinea părților modalitățile concrete de desfășurare a procedurii. Comisia de arbitraj a IBA propune, în acest, sens practici codificate, testate de-a lungul timpului, care reflectă un grad important de acceptare în randul utilizatorilor de arbitraj din toate sistemele juridice.

Procesul de simplificare în arbitraj este pe deplin ilustrat de **Regulile IBA în domeniul administrării probelor** ("Regulile IBA"),⁸ care s-au impus de la finele anilor nouăzeci înapoi drept unul dintre instrumentele cele mai des utilizate în arbitrajul *ad hoc* și instituțional, comercial și de investiții. În concret, Regulile IBA reglementează consultarea în materie probatorie dintre arbitrii și părți, proba prin documente, martorii și experții (aceștia din urmă – numiți de părți și de tribunalul arbitral), inspecțiile, ședința de arbitrare, admisibilitatea și concludența probelor în litigii internaționale. Ele nu au drept obiectiv final limitarea flexibilității procedurale, care rămâne una dintre trăsăturile inerente ale arbitrajului; părțile și arbitrii au libertatea de a le adopta în totalitate sau parțial, și de a le adapta în funcție de circumstanțele fiecărui litigiu. Însă, aceste reguli sunt un punct de reper în contextul în care arbitrajul se plasează, după cum am menționat, la răspântia dintre două mari tradiții juridice, de drept civil și de

⁸ Regulile IBA au fost adoptate în 1999 și revizuite în 2010. Ultima versiune poate fi consultată la: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

drept anglo-saxon, iar procedurile specifice acestuia au împrumutat elemente din amândouă.

De exemplu, un aspect care poate surprinde în sistemele de drept civil este pregătirea martorilor înaintea ședinței de arbitrare. În aceste sisteme de drept interacțiunea cu martorii și pregătirea acestora sunt interzise înaintea ședinței de judecată pentru că nu se dorește influențarea acestora. Sistemele de drept anglo-saxon privesc această etapă procedurală în mod diferit: interacțiunea cu martorul este permisă, iar în dreptul american este chiar încurajată, cu respectarea anumitor reguli. Aceasta nu are drept obiectiv influențarea martorului, care nu va fi niciodată încurajat să nu spună adevărul, ci se urmărește refamiliarizarea sa cu aspectele asupra cărora acesta este solicitat să depună mărturie. Pe de altă parte, declarațiile scrise ale martorilor sunt mult mai frecvent utilizate în sistemele de drept civil decât în cele de "*common law*", iar folosirea lor în arbitrajul internațional îi va nedumeri, neîndoindu-se, pe practicienii de formațiune "*common law*".

IBA a codificat aceste practici utilizate în arbitrajul internațional punându-le la dispoziția utilizatorilor de pretudindeni într-un sistem simplu, coerent, neutru, la care părțile pot face apel pentru a evita dezbateri inutile și a economisi timp și resurse.⁹ După cum precizează Articolul 4 paragrafele 4 și 6 al *Regulilor IBA*, ascultarea martorilor este întotdeauna precedată de o declarație scrisă. Declarația scrisă este prezentată părții adverse și tribunalului arbitral înaintea ședinței de judecată, sub sancțiunea neadmiterii examinării orale a martorilor care nu au prezentat în prealabil o asemenea declarație. În cadrul ședinței de arbitrare, examinarea martorului se concentrează numai asupra aspectelor abordate în declarația scrisă, așa cum se precizează în Articolul 8 paragraful 2, sub controlul tribunalului arbitral.¹⁰ Examinarea martorului este, ca regulă, precedată de sesiuni de pregătire a mărturiei orale, pe baza celor expuse în declarația scrisă. Interogarea martorului de către partea care îl prezintă în cadrul ședinței de judecată (așa-numita "examinare directă") este extrem de limitată pentru că declarația scrisă este deja depusă la dosar. Martorul este însă "predat" părții adverse pentru a fi suspus așa-numitei proceduri de "examinare încrucișată", în cadrul căreia se pune sub semnul întrebării declarația martorului, urmărindu-se extragerea adevărului sau a întregului adevăr, sau chiar compromiterea martorului. Arbitrii pot interveni în orice moment cu întrebări suplimentare, așa cum o fac judecătorii din sistemele

⁹ Alegerea *Regulilor IBA* în domeniul administrării probelor se face, în principiu, la începutul procedurii arbitrale. Acordul părților asupra utilizării acestora poate interveni însă și mai târziu, odată ce procedura a demarat.

¹⁰ T. Zuberbühler, D. Hofmann, C. Oetiker, T. Rohner, *IBA Rules of Evidence. Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Editura Schulthess, 2012, p. 156.

de drept civil, spre deosebire de judecătorii din sistemele anglo-saxone, care au un rol relativ pasiv în procesul de examinare a martorilor.

Regulile IBA sunt utilizate din București până în New York, din Viena până în Singapore, din Dubai până în Paris, în ciuda diferențelor dintre sistemele de drept naționale, jurisprudenței diferit dezvoltată de instanțele judecătorești, practicilor și cutumelor locale. Mai mult, procesul de simplificare prin intermediul regulamentelor IBA în domeniul arbitrajului se răsfrânge în plan național, în anumite domenii care sunt gata să împrumute din eficiența acestora. Reprezentarea părților în litigii internaționale soluționate pe calea arbitrajului este un exemplu în acest sens, pe care îl vom aborda succint în cele de mai jos.

Rămânând în sfera interacțiunilor dintre reprezentanții părților cu martorii înainte de ședința de arbitraj, s-a pus și se pune în continuare problema reconcilierii acestor practici cu codurile de etică profesională din sistemele de drept civil, unde asemenea conduită este nepermisă în dreptul comun. Reiterând principiul potrivit căruia martorul și expertul trebuie să spună adevărul, **Regulamentul IBA în domeniul reprezentării părților în arbitrajul internațional**, adoptat în 2013 ("Regulamentul IBA"),¹¹ precizează în Regula 24: *"În conformitate cu principiul potrivit căruia mărturia trebuie să reflecte percepția proprie a martorului asupra faptelor, evenimentelor și circumstanțelor relevante ori analiza sau opinia proprie a expertului, reprezentantul părții poate să se întâlnească sau să interacționeze cu martorii și expertii în vederea discutării și pregătirii viitoarelor mărturii"*. Comentariul Regulii 24 arată în continuare că reprezentantul părții poate discuta și chiar ajuta martorul sau expertul în procesul de redactare a declarației acestora, familiarizându-i apoi cu tehnicile de interogare directă și încrucișată prin exerciții cu întrebări și răspunsuri. Comentariul precizează că asemenea contacte nu trebuie să altereze în nici un fel autenticitatea probei orale, care va trebui să reflecte fie analiza, fie opinia proprie a expertului sau ceea ce martorul a perceput în legătură cu evenimentele, faptele sau circumstanțele dezbătute.

Regula 24 vine să pună capăt dezechilibrelor care pot apărea pe tărâmul arbitrajului internațional în situația în care o parte este reprezentată de un consilier de formațiune anglo-saxonă, unde, după cum am văzut, asemenea interacțiuni sunt permise, iar cealaltă parte de un apărător provenind dintr-un sistem de drept civil. Consacrând un principiu simplu și uniform pentru ambele părți în vederea asigurării egalității de arme, Regula 24 propune un compromis strict limitat domeniului arbitrajului internațional fără a încălca codurile deontologice aplicabile ramurilor de drept pur naționale. Această prevedere este introdusă în urma unor ample dezbateri în comunitatea arbitrală și

¹¹ http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

literatura¹² de specialitate și codifică practici deja implementate de câteva barouri europene. Spre exemplu, Baroul din Paris a adoptat o directivă în 26 februarie 2008 în care se stabilesc următoarele: "*În cadrul procedurilor de arbitraj internațional desfășurate în Franța sau în alte țări, avocatul va evalua relevanța și credibilitatea mărturiei prezentate în susținerea poziției clientului său cu respectarea tuturor regulilor de procedură aplicabile. În același context, maniera în care avocatul pregătește martorul pentru ședința de arbitraj nu se va face cu încălcarea regulilor deontologice ale profesiei(...).*" Această prevedere a fost în general întâmpinată cu entuziasm de comunitatea arbitrală franceză, pentru că a îndepărtat incertitudinea ce plana asupra obligațiilor deontologice în contextul arbitrajului internațional. Rezoluția este acompaniată de un raport care explică în detaliu practicile admise în pregătirea martorilor și limitele acestora. În timp ce apărătorului părții îi este permis să asiste martorul în redactarea declarației scrise, i se interzice să recurgă la o asemenea practică dacă obiectivul principal urmărit este de a determina martorul să declare ceva ce nu ar fi afirmat în lipsa întâlnirilor premergătoare ședinței de arbitraj. În privința interogatoriului, raportul precizează că martorul și expertul trebuie să fie pregătiți pentru a face față unei linii agresive de examinare de către partea adversă și să fie informați asupra regulilor aplicabile modului de interogare.¹³

În urma adoptării Regulamentului IBA, care în esență consacră un principiu simplificat în vederea evitării conflictelor de ordin deontologic, alte barouri pot adopta reguli similare. În lipsa acestora, până când golul normativ este umplut, opinăm că adoptarea Regulamentului IBA de către părți spre a le governa arbitrajul este suficientă. Pe de altă parte, având un rol activ, tribunalul arbitral poate stabili reguli care să tranșeze, de la caz la caz, chestiunea pregătirii martorilor și experților în mod clar și decisiv. În final, Regulamentul IBA nu face decât să asiste părțile în identificarea unor soluții rapide pentru situații complexe a căror tranșare *de novo*, în cadrul fiecărei dispute, ar conduce la pierderi inutile de timp și resurse.

IV. ÎN LOC DE CONCLUZII: CONSECINȚE ALE PROCESULUI DE SIMPLIFICARE

Arbitrajul s-a dezvoltat, așadar, sub zodia codificării și simplificării. Regulamentele IBA, o ilustrare concretă a acestui proces, contribuie alături de alte instrumente, precum *Notele de organizare a procedurilor arbitrale* publicate de Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comerțului Internațional la promovarea unui sistem arbitral unitar. Este acest proces benefic? Într-o mare

¹² F. Von Schlabrendorf, *Interviewing and Preparing Witnesses for Testimony in International Arbitration Proceedings: The Quest for Developing Transnational Standards of Lawyers' Conduct*, în M. A. Fernández-Ballesteros și D. Arias, Editura La Ley – Wolters Kluwer, 2010, p.1161, 1164-1174.

¹³ *Ibidem.*, p. 1171.

măsură opinăm ca răspunsul este afirmativ. Asemenea inițiative nu pot decât să îmbunătățească practici și proceduri puse deja la dispoziția părților prin introducerea de elemente novatoare, moderne, acolo unde acestea nu există. Pe de altă parte, procesul de simplificare trebuie privit cu un anumit grad de rezervă, în special în domeniul arbitrajului internațional, unde avem de-a face cu situații extrem de diverse. Într-un articol recent, Michael Schneider observa într-o notă sarcastică, dar plină de umor: *"Dacă procesul de codificare continuă, toate aspectele arbitrajului vor fi pe deplin reglementate de instrumente acceptate ca "cele mai bune practici" (...). Când se va ajunge la acest moment fericit, comunitatea arbitrală internațională nu va mai trebui să gândească."*¹⁴ Procesul de simplificare trebuie, așadar, privit cu luciditate, căci după cum bine știm, *"non multa, sed multum"*.

¹⁴ M. Schneider, *The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directive, Notes, Protocols and other Method Intended to Help International Arbitration Practitioners to Avoid the Need for Independent Thinking and to Promote the Transformation of Errors into "Best Practices"*, publicat în *Liber Amicorum Serge Lazareff*, Editura Perdone, 2011, p. 567.

ANALIZĂ ASUPRA SIMPLIFICĂRII CU IMPACT IN REGIMUL JURIDIC AL INVESTIȚIILOR STRĂINE

*Cristina Elena CANDEA**

Abstract:

The emergence of new customary rules has not reached a point of stagnation in this area full of effervescence, is far from complete, so that completion of an encoding becomes almost impossible. There is no multilateral treaty regulating foreign investment and the role of international customs is varying in an international society in which there are a large number of bilateral and regional treaties. At the first glance, the picture that best represents international standards in the field of foreign investment, look as a mosaic, need for simplification.

Keywords: *simplification, foreign investment, international law, treaty, investment protection*

La prima vedere, imaginea care reprezintă cel mai bine normele internaționale în domeniul investițiilor străine, este aceea a unui mozaic complex, disputat și avid mai mult ca oricând de simplificare, cu toate ca experiența preluată din dreptul internațional public, a furnizat doctrinei materiale deosebit de utile pentru studiul codificării dreptului internațional al investițiilor străine. Spre exemplu, eforturile de codificare ale ILC¹⁵, inclusiv cele ce fac referire la responsabilitatea statului, la convențiile privind dreptul mării, la succesiunea și imunitatea statelor, precum și alte norme de drept internațional public, s-au constituit într-o parte semnificativă de izvoare de drept internațional al investițiilor străine. Astfel, specialiștii în drept internațional, angrenați în elaborarea proiectului privind „Răspunderea statelor pentru fapte internaționale ilicite”, au identificat în practica statelor și în jurisprudența internațională aspectele esențiale ce trebuiau urmărite în codificarea domeniului menționat. Astfel, raportorii Comisiei de Drept Internațional a ONU

* Avocat, asociat în cadrul Chartered Institute of Arbitrators; cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; arbitru internațional înscris pe lista Vienna International Arbitral Centre; e-mail: office@adrlegal.ro.

¹⁵ ILC înseamnă *International Law Commission (Comisia pentru drept internațional)*. Organizația Națiunilor Unite a creat *Comisia pentru drept internațional*. Sarcina acesteia este de a promova dezvoltarea treptată a dreptului internațional și a codificării acestuia. În acest scop, Comisia pentru drept internațional publică studii și anchete, colectează precedente și elaborează propuneri pentru noi tratate. Datorită activității acestei comisii s-au încheiat mai multe tratate importante și s-au înregistrat progrese în materie de drept internațional.

(ILC) au identificat principiile generale și au clarificat noțiunea de fapt internațional ilicit, precum și condițiile existenței faptului internațional ilicit. Una dintre noutățile semnificative și totodată interesante, în reglementările internaționale în domeniul investițiilor, se referă la rolul sporit al unor instrumente juridice facultative, cum ar fi, spre exemplu, prevederile Proiectului de articole elaborate de ILC cu privire la responsabilitatea statelor¹⁶, dar și Ghidul Băncii Mondiale sau Regulile IBA¹⁷ de etica pentru Arbitrajul Internațional. Se remarcă, așadar, atât ca dezvoltare, cât și ca simplificare în mod implicit, rolul crescând al diverselor instrumente juridice de soft law.

1. Noțiuni introductive

Dreptul internațional al investițiilor străine, ramură a dreptului internațional public este într-o proporție considerabilă un drept cutumiar¹⁸, chiar dacă în materie s-au înmulțit normele convenționale prin acordurile regionale sau bilaterale încheiate în timp.

Izvoarele dreptului internațional cu caracter economic sunt într-o bună parte creația statelor, ele la rândul lor, fiind destinatarii normelor conținute de aceste izvoare. Potrivit principiului autodeterminării, fiecare stat alege în mod liber propriul său sistem național economic iar ca o aplicare a principiului egalității suverane fiecărui stat îi este cunoscută libera și egala participare la viața economică internațională. Izvoarele interne sunt numeroase pentru că practic nu există stat care să nu aibă propria sa legislație și propria sa reglementare în materia investițiilor; ceea ce nu ajută la realizarea unei unificări. Cât privește izvoarele internaționale și ele la rândul lor sunt numeroase, prezentând aceeași caracteristică: lipsa de unitate.

Problema generală a "tratatelor în timp" reflectă tensiunea dintre cerințele de stabilitate și schimbările ce au loc în dreptul tratatelor. Pe de o parte, acesta este, în general, scopul tratatelor, adică acela de a oferi stabilitate în fața unor continue evoluții. Pe de altă parte, sistemele juridice trebuie să lase loc și pentru

¹⁶ Pentru detalii, a se vedea International Law Association, *Report of the seventy-third conference, held in Rio de Janeiro, Brasil, 17-21 August 2008*, p. 777-778;

¹⁷ The International Bar Association (IBA), a fost înființată în 1947, fiind o organizație lider mondial a profesiilor juridice internaționale, barourilor și societăților de drept. IBA influențează dezvoltarea și reforma dreptului internațional și modelează viitorul profesiei de avocat la nivel global. Numărul de membri este de 55.000 de avocați și 195 de barouri și societăți de avocatură care acoperă toate continentele, și are o experiență considerabilă în acordarea de asistență comunității juridice la nivel mondial. Ca avocat, am devenit membru al acestei organizații în anul 2014: http://www.int-bar.org/officers_directory/unit_members.cfm?unit=32_0_0_1_0;

¹⁸ Pentru o opinie în acest sens, a se citi d'Aspremont, Jean, *International Customary Investment Law: Story of a Paradox* (August 25, 2011). *SOURCES OF TRANSNATIONAL INVESTMENT LAW*, E. de Brabandere and T. Gazzini, eds., Martinus Nijhoff, 2012; Amsterdam Law School Research Paper No. 2011-19; Amsterdam Center for International Law No. 2011-08;

*luarea în considerare a evoluțiilor ulterioare, în scopul de a asigura pe deplin, respectarea acordului părților și identificarea limitelor sale*¹⁹.

2. Dezbateri în diagonală privind schematizarea și unificarea normelor aplicabile în domeniul investițiilor străine

Este un aspect binecunoscut, faptul că nu există un tratat multilateral de reglementare a investițiilor străine, iar rolul cutumelor internaționale este fluctuant, într-o societate internațională în care exista un număr mare și ascendent de tratate bilaterale și regionale în domeniul investițiilor străine. În realitate, existența acestor tratate a amplificat rolul cutumelor internaționale în domeniul nostru de analiză, în special în materia protecției investițiilor și a soluționării disputelor în domeniul investițiilor străine. Nu există nici o îndoială ca dreptul internațional cutumiar contemporan a fost modelat de către numeroase BIT (bilateral investments treaties, ce vor fi citite în continuare: *BIT*) care au fost asumate de state și recunoscute de tribunale în cazuri precum *CME Cehia BV c. Republica Cehă* (UNCITRAL, Decizia din 14 martie 2003, alin. 498) și *Mondev c. Statele Unite* (ICSID, Decizia din 11 octombrie 2002, alin. 125). În prezent, investițiile sunt garantate prin tratatele bilaterale privind investițiile (BIT). Acestea stabilesc termenii și condițiile pentru investițiile efectuate de resortisanții și societățile dintr-un stat într-un alt stat și stabilesc un nivel de protecție obligatoriu din punct de vedere juridic pentru a încuraja fluxurile de investiții între două state. Printre alte aspecte, BIT acordă investitorilor un tratament corect, echitabil și nediscriminatoriu, protecție față de exproprierile ilegale și recursul direct la arbitrajul internațional.

*Impactul privind BIT asupra dreptului cutumiar internațional este dublu. În primul rând, unele dintre standardele de protecție sistematic conținute în BIT vor contribui cu siguranță la consolidarea regulilor cutumiare deja existente în dreptul internațional al investițiilor (a se vedea *Generation Ucraina c. Ucraina*, ICSID, Decizia din 16 septembrie 2003, alin. 11.3). În al doilea rând, caracteristicile comune privind protecția investițiilor, cuprinse în BIT vor contribui, de asemenea, la cristalizarea unor noi norme de drept cutumiar internațional. Prin însăși natura lor, regulile cutumiare evoluează în timp. Enunțarea repetată a unora dintre standardele de protecție existente în BIT, poate fi punctul de plecare al practicii statelor, practică ce va deveni în cele din urmă cutumă. O dispoziție conținută într-un tratat, poate, într-adevăr, să ofere impulsul pentru formarea unei noi cutume*²⁰.

¹⁹ NOLTE, Georg, raportor al International Law Commission. A se vedea: 2008 Recommendation: Annex A, 'Treaties over Time, in Particular: Subsequent Agreement and Practice'. A/63/10 International Law Commission. p. 365;

²⁰ DUMBERRY, Patrick, Are BITs Representing the 'New' Customary International Law in International Investment Law? (August 26, 2010). Penn State International Law Review, Vol. 28,

Cu privire la expunerea anterioară, nu este lipsită de considerare opinia actuală a unor specialiști²¹, conform căreia, un număr însemnat de observatori și-au manifestat convingerea că a apus epoca lipsită de fezabilitate a codificării, iar codificarea însăși a devenit un concept contestat, în primul rând din cauza eșecurilor încercărilor de codificare. Apariția unor noi reguli cutumiare nu a ajuns la un punct de stagnare în acest domeniu plin de efervescență, fiind departe de a se finaliza, motiv pentru care finalizarea unei codificări multilaterale, devine prematură și aproape imposibilă. Relațiile internaționale în domeniul investițiilor străine, sunt într-o continuă dezvoltare și nu trebuie ignorată desprinderea evolutivă a unor noi actori, oferind ca exemplu, societățile transnaționale (citite în continuare: *TNC*), născându-se în acest mod, noi reguli cutumiare, de *drept transnațional*. O alta categorie de specialiști, promovează o idee contrară: aceștia consideră că problema dezvoltării regulilor multilaterale pentru investiții va trebui, cât de curând, abordată din nou, pentru a se analiza dacă acest demers susținut, va conduce la un rezultat pozitiv și la simplificare, în pofida eșecului negocierilor în vederea ajungerii la un Acord Multilateral privind investițiile (se va citi în continuare: *MAI*) în OECD²² și a respingerii negocierilor asupra regulilor privind investițiile în cadrul WTO²³.

2.1. Acordul multilateral privind investițiile (MAI)

În 1995 OECD a inițiat elaborarea unui acord multilateral de investiții în scopul creării unui cadru internațional unitar și simplificat pentru raporturile investiționale internaționale. S-a urmărit elaborarea unui tratat multilateral deschis semnării tuturor statelor interesate. Negocierile au fost însă dure, întrucât au apărut numeroase divergențe iar interesele manifestate erau puternic contradictorii, demonstrându-se că și statele dezvoltate nu erau pregătite să se ajungă la un punct de vedere comun în ceea ce privește reglementarea investițiilor străine. Au fost formulate critici și în legătură cu faptul că această sarcină de codificare și-a asumat-o OECD, în loc să transfere

No. 4, p.675-701, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1666218> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1666218>;

²¹ A se vedea în acest sens, BJORKLUND, Andrea K. and REINISCH, August, *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar Publishing 2012.

²² Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD) este o organizație internațională a acelor națiuni dezvoltate care acceptă principiile democrației reprezentative și a economiei de piață libere. România a devenit, în luna octombrie 2005, membru cu drepturi depline în cadrul Comitetului Otelului din Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD), statutul anterior fiind de membru observator;

²³ Organizația Mondială a Comerțului (World Trade Organization) a fost concepută de către fondatorii săi să supravegheze și să liberalizeze comerțul internațional. Organizația s-a înființat oficial la 1 ianuarie 1995, în cadrul Acordului de la Marrakech, acord de înlocuire a Acordului General pentru Tarife și Comerț (GATT) din 1947;

această importantă sarcină nou înființatei organizații, și anume Organizația Mondială a Comerțului – OMC.

Deși documentul final a rămas în fază de proiect, el are importanța sa pentru că a conturat anumite linii directoare și a constituit un ghid pentru multe state în procesul de liberalizare a propriilor reglementări în materie de investiții, constituind un *datum* oricând util de consultat.

Proiectul în discuție, conține atât clauze cu texte definitive, cât și clauze în mai multe variante alternative. Selectând principalele clauze ce prezintă un interes concret pentru domeniul investițiilor străine, precum și variantele de text alternativ, putem să desprindem principalele obiective urmărite în redactarea acestui act internațional²⁴, printre care regăsim: stabilirea unor standarde ridicate privind tratamentul aplicabil și protecția investițiilor, stabilind obligații imperative în sarcina statului gazdă în ceea ce privește transparența și informarea în domeniul reglementărilor adoptate pentru investiții; extinderea standardelor de liberalizare existente, încât să acopere atât momentul constituirii investițiilor cât și perioada următoare, înțelegând că se va aplica tratamentul național și în stadiul preinvestițional; eliminarea obstacolelor din calea circulației persoanelor, în contextul participării lor la activitatea investițională; eliminarea cerințelor de performanță (Performance Requirement) sub orice formă și eliminarea discriminării în procesul privatizării, fără a se îngredi dreptul statului gazdă de a interzice investițiile străine în anumite sectoare; standarde ridicate în materie de sănătate publică, protecția muncii și a mediul înconjurător pentru a încuraja investițiile străine; *stabilirea unor norme clare privind protecția investițiilor în conformitate cu normele cutumiare și convenționale internaționale.*

3. Participanții vizibili în procesul de simplificare

Dintre toți subiecții participanți, statele au un rol esențial în crearea și funcționarea relațiilor internaționale. Ele trebuie să liberalizeze comerțul exterior, să se deschidă investițiilor străine directe și să practice o politică economică internă consecventă. Instituțiile și organismele economice la care participă statele, FMI, Banca Mondială și OMC încurajează (inclusiv prin mijloacele de presiune de care dispun) statele să îndeplinească dezideratele de mai sus. În același timp, statele au dreptul de a fi ajutate mai ales că cel mai adesea, originea problemelor lor nu le este imputabilă și se datorează unor cauze externe. Evident că exercitarea acestor competențe ale statului în materia investițiilor străine trebuie să respecte, în absența oricărui instrument

²⁴ Vezi varianta consolidată a textului proiectului din 1998 în, OECD, Daffe/MAI (98)7, The Multilateral Investment Agreement, Draft Consolidated Trest; D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, p. 449-450.

convențional, principiile și normele dreptului internațional, inclusiv normele dreptului internațional cutumiar.

De o vizibilitate tot mai crescândă se bucură și societățile transnaționale. Dreptul internațional cutumiar recunoaște TNC²⁵ drept potențiali subiecți de drept internațional, în special datorită puterii lor financiare, care de multe ori excede puterea financiară a unui stat. Și din acest punct de vedere, TNC trebuie să promoveze un rol mai activ, o implicare expansionistă, dinamică și neîntreruptă în dreptul internațional, pentru a înlătura stagnarea instalată în prezent. Spre exemplu, în ultimii ani, comunitatea internațională a procedat la elaborarea unor coduri de conduită ce conțin norme care guvernează conduită TNC, însă cele mai multe dintre aceste norme au fost elaborate cu participarea extrem de redusă sau chiar absentă a TNC. Se pare ca motivul este reprezentat și de faptul ca uneori nu li se permite acestor corporații o participare mai activă.

Alți participanți din ce în ce mai activi, care pot fi menționați pentru exemplificare, sunt organizațiile internaționale interguvernamentale²⁶, organizațiile internaționale nonguvernamentale respectiv asociațiile internaționale cu caracter profesional: grupările internaționale ale producătorilor și consumatorilor; federațiile internaționale ale sindicatelor, Camera de Comerț Internațională – CCI cu sediul la Paris care joacă un rol important în materia formulării de norme și uzanțe ale comerțului internațional. În afara acestor organizații cu caracter tradițional, există un mare număr de alte organizații implicate în domenii foarte specializate ale relațiilor economice internaționale cum ar fi de exemplu *Center for International and Environmental Law* (CIL) și *International Institute for Sustainable Development* (IISD), care au influență în domeniul dreptului internațional al investițiilor străine.

Spre exemplu, Comisia Organizației Națiunilor Unite pentru dreptul comercial internațional (prescurtat UNCITRAL) este organismul legal central în cadrul sistemului Națiunilor Unite în domeniul dreptului comercial internațional. UNCITRAL a fost însărcinată de Adunarea Generală cu armonizarea și unificarea progresivă a dreptului comercial internațional, în special prin pregătirea de noi convenții internaționale, modele de lege și legi uniforme. Activitatea UNCITRAL cuprinde: elaborarea de tratate, legi modele și norme care sunt acceptabile în întreaga lume; crearea de ghiduri și recomandări de mare valoare practică, juridica și legislativa; oferirea de informații actualizate privind jurisprudența și acte de drept comercial uniform; acordarea de asistență

²⁵ Cunoscut mai ales sub denumirea de corporații internaționale transnaționale;

²⁶ Urmare a negocierilor comerciale multiple cunoscute sub numele de Runda Uruguay 1986-1993 s-a născut o nouă instituție menită să înlocuiască GATT: Organizația Mondială a Comerțului (OMC) și care a început să funcționeze la 1 ianuarie 1995. Spre deosebire de FMI sau Banca Mondială, OMC nu este o instituție specializată a ONU, fiind concepută ca o organizație internațională cu vocație universală;

tehnică în proiecte privind reformele de drept; organizarea de seminarii regionale și naționale cu privire la uniformizarea dreptului comercial²⁷.

4. Concluzii

În condițiile date, pentru a se evita hazardul, se impune o simplificare în domeniul investițiilor străine, simplificare care nu se concentrează numai pe o codificare utilă, ci se concentrează pe o simplificare generală, în toate aspectele acestui domeniu. *Niciuna dintre aceste evoluții nu se va simplifica de la sine, ci numai prin încurajarea dezvoltării de sisteme juridice eficiente și independente și prin transparența în acest demers legal.* Pentru acest deziderat, este absolut necesar ca fiecare stat să se asigure că legislația națională îndeplinește standardele internaționale de drept. Astfel de modificări necesită sprijin și implicare activă și din partea Uniunii Europene. Există, de asemenea, măsuri specifice care ar putea fi luate în considerare de către Uniunea Europeană, ca de exemplu cele din procesul de follow-up de la Conferința de la Barcelona în 1995²⁸. Pentru a promova și a proteja investițiile, guvernele trebuie să se consulte cu părțile interesate, în scopul simplificării și codificării.

²⁷ Pentru detalii despre acest subiect, a se vedea: Gordon, K. and J. Pohl (2015), "Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World", *OECD Working Papers on International Investment*, 2015/02, OECD Publishing;

²⁸ În 2014 a fost votat și aprobat ultimul Protocol al Uniunii Europene la 19 feb 2010, Comisia a publicat o propunere²⁸ de decizie a Consiliului privind încheierea, în numele UE, a Protocolului privind managementul integrat al zonelor costiere din Marea Mediterană (protocolul ICZM) la Convenția privind protejarea mediului marin și a zonei de coastă a Mării Mediterane (convenție cunoscută în mod curent sub denumirea „Convenția de la Barcelona”. Aceasta a fost inițial semnată la 16 februarie 1976, fiind modificată ulterior la 10 iunie 1995). UE este parte contractantă la Convenția de la Barcelona, alături de toate statele membre ale UE cu ieșire la Marea Mediterană. În temeiul art.4 alin. (3) din Convenție, părțile contractante au obligația de a promova managementul integrat al zonelor costiere, ținând seama de protecția zonelor de interes ecologic și peisagistic, precum și de utilizarea rațională a resurselor naturale. Protocolul ICZM conține obiective și principii generale privind managementul zonelor de coastă, inclusiv utilizarea durabilă a resurselor naturale și conservarea ecosistemelor de coastă. De asemenea, textul acestui protocol conține dispoziții specifice referitoare la activitățile economice în zonele de coastă, inclusiv construcții, turism, pescuit, acvacultură și activități maritime, precum și la instrumentele pentru managementul integrat al zonelor costiere (cum ar fi evaluarea mediului, strategii costiere naționale și mecanisme de monitorizare).

SIMPLIFICAREA PROCEDURII SUCCESORALE ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ, CA URMARE A REGLEMENTĂRII CERTIFICATULUI EUROPEAN DE MOȘTENITOR

*Drd. Gabriela CHIRAN**
Elena Cristina DOBRIN

Abstract:

The liberalization of movement of the UE citizens between Member States and the right to work and live in any of the Member States has influenced the notaries' activity. Considering that laws vary from one country to another, the establishment of a unified practice regarding successions was needed due to the fact that succession law is one of the main areas of notaries activities in the majority of EU Member States. For this reason, the implementation of European Certificate of Succession was welcomed because it helps in defining the rules on conflicts of laws and competency and simplifies the procedure for recognition and enforcement of judgments and authentic instruments. The European Certificate of Succession streamlines defining the elements of a succession and it is applicable only if at least two Member States are involved in succession procedures. After the adoption of the Regulation no. 650/2012, all the citizens of the Member States are able to choose through the will the law that will govern the succession under the condition that they have links with that law such as residence or nationality in that country.

Cuvinte-cheie: *certificat european de moștenitor, succesiune cu elemente de extraneitate, cooperare judiciară transfrontalieră*

Ca urmare a aderării României la Uniunea Europeană, a avut loc o creștere semnificativă a circulației cetățenilor români în statele membre, dar și a cetățenilor statelor membre în țara noastră, situație care a determinat o oarecare diluare a granițelor interstatuale, în timp urmând a deveni toți cetățeni ai aceluiași stat – Uniunea Europeană.

Liberalizarea circulației cetățenilor între statele membre, dreptul de a munci în oricare dintre aceste state – garantat de legislația Uniunii Europene, dar și oportunitățile de afaceri create, au determinat mișcări importante din punct de vedere al migrației forței de muncă, al înființării de noi companii cu reprezentanțe sau filiale în mai multe state, sau extinderea internațională a celor existente, dar și multe schimbări demografice atât cu privire la structura familiei, la domiciliul sau reședința temporară, precum și cu privire la succesiunile cu elemente de extraneitate.

* Notar public, Pitești.

Toate aceste schimbări au influențat în mod direct și activitatea notarială, notarii publici fiind obligați astfel să se adapteze permanent dinamicii societății, aflată în permanentă evoluție.

Datorită diferențelor semnificative existente între legislațiile statelor membre, au fost evidențiate numeroase dificultăți legate de soluționarea unor succesiuni cu elemente de extraneitate, cu privire la identificarea legislației aplicabile, motiv pentru care a fost necesară crearea unor reguli comune, care să armonizeze legislațiile naționale cu reglementările europene, dar și cu tratatele internaționale, care au sunt semnate și ratificate de anumite state, nu numai din Uniunea Europeană, ci și din state terțe.

Scopul pentru care a fost necesară crearea și aprobarea unui model unic de certificat european de moștenitor în cadrul succesiunilor cu elemente de extraneitate conduce la o simplificare semnificativă a procedurilor de stabilire a tuturor elementelor unei succesiuni (moștenitori legali sau testamentari, masă succesorală, cote-părți care revin moștenitorilor, executori testamentari, administratori ai patrimoniului succesoral), aplicabilitatea sa privind doar cazurile în care în procedurile succesoriale sunt implicate din punct de vedere juridic cel puțin două state membre.

Prevederile Regulamentului vor determina evitarea unor proceduri judiciare costisitoare, care erau până acum necesare pentru recunoașterea sau validarea anumitor acte emise sau a anumitor demersuri îndeplinite într-un stat membru, reducându-se astfel în mod semnificativ formalitățile care trebuiau îndeplinite de moștenitori pentru a obține recunoașterea sau validarea calității lor sau valorificarea drepturilor provenite din succesiune.

În conținutul Regulamentului sunt evidențiate două principii:

a) dacă un cetățean decedează într-un stat membru, dar care nu este statul său de origine, în mod uzual succesiunea se va desfășura în baza legislației aplicabile în statul în care a fost domiciliul sau „reședința obișnuită” a acestuia, procedura desfășurându-se în fața organelor sau autorităților competente din statul respectiv.

b) În cazul în care o persoană își întocmește un testament, are dreptul de a alege legea aplicabilă la momentul executării testamentului, în cazul în care dorește ca procedura de soluționare a succesiunii să fie cea din țara natală, dacă este stat membru UE.

În cazul în care o persoană are mai multe cetățenii, poate opta pentru aplicare legii oricăruia dintre statele al căror cetățean este

Ca urmare a largirii posibilităților de a călători liber, de a-și crea o familie, de a se angaja sau de a desfășura o activitate profesională în oricare din țările membre, decesul unui cetățean al oricărui stat membru ar putea genera conflicte cu privire la legislația aplicabilă. Astfel, un cetățean român care se căsătorește cu o poloneză și împreună locuiesc în Germania, deoarece acolo lucrează și au reședința obișnuită, poate alege legea aplicabilă în cazul decesului

său, respectiv legea din România sau legea din Germania, însă este necesar să precizeze acest lucru în testamentul său, pentru a proteja pe moștenitori de eventualele probleme ridicate de conflictele de legi aplicabile. Problema succesiunilor cu elemente de extraneitate s-a amplificat în ultimii ani, ca urmare a migrației cetățenilor din statele mai puțin dezvoltate, către statele care oferă condiții superioare de muncă și de viață, valoarea acestora depășind 123 miliarde de euro¹.

Trebuie subliniat faptul că Regulamentul nu se aplică cetățenilor care își păstrează domiciliu sau reședința obișnuită în statul de origine și de asemenea că prin acest Regulament nu se modifică legislația proprie aplicabilă succesiunilor naționale. Regulamentul nu se aplică în materie fiscală, vamală sau administrativă², deci nu este necesară armonizarea legislației naționale cu cea europeană în aceste domenii.

Adoptarea Regulamentului (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 04 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 a avut ca scop principal stabilirea unui set de reguli aplicabile în toate statele membre în materia succesiunilor și a reglementat condițiile emiterii unui certificat european de moștenitor, însă punerea în aplicare a acestui regulament va ridica o serie de provocări practicienilor în drept, datorită unor concepte noi, mai puțin specifice normelor juridice tradiționale din statele membre.

Încă de la crearea Uniunii Europene s-a urmărit „menținerea și dezvoltarea unui spațiu de libertate, securitate și justiție, în cadrul căruia este asigurată libera circulație a persoanelor”, sens în care au fost adoptate o serie de măsuri menite să asigure „cooperarea judiciară în materie civilă având implicații transfrontaliere”³.

Demersurile prealabile adoptării acestui regulament s-au desfășurat pe o perioadă de mai mulți ani, începând încă din anul 1999, când în cadrul reuniunii de la Tampere, Consiliul European a adoptat principiul recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a altor hotărâri ale autorităților judiciare, ca fundament al cooperării judiciare în materie civilă.

Demersurile ulterioare, efectuate în cadrul reuniunilor din data de 30 noiembrie 2000, 4-5 noiembrie 2004 la Bruxelles și 10-11 decembrie 2009

¹ Mona Scărișoreanu, „Certificatul european de moștenitor simplifică birocrăția”, Revista Capital – 20 martie 2012

² Regulamentul (UE) nr. 650-201 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, art. 1 pct. 1

³ Idem, preambul – considerentul 1.

Bruxelles, au creat cadrul necesar pentru adoptarea Regulamentului (UE) nr. 650/2012, prin care au fost reunite „dispozițiile privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea – sau după caz acceptarea -, forța executorie și executarea hotărârilor judecătorești, a actelor autentice și a tranzacțiilor judiciare și privind crearea unui certificat european de moștenitor.”⁴

Din punct de vedere al domeniului de aplicare trebuie evidențiat faptul că acesta reglementează toate aspectele de drept civil care privesc modalitățile de transfer ale patrimoniului unei persoane decedate (patrimoniu care include bunuri, drepturi, obligații), indiferent dacă este vorba de o dispoziție testamentară (act voluntar de transfer pentru cauză de moarte) sau o succesiune legală (ab intestat – în lipsa unui testament)

Conform preambulului Regulamentului – pct. 18 din expunerea de motive, chiar dacă la calcularea taxelor și impozitelor aferente succesiunii, dar și la formalitățile de publicitate mobilă sau imobiliară va fi aplicabilă legislația națională a statului în care se desfășoară procedura succesorală, certificatul european de moștenitor emis ca urmare a aplicării Regulamentului, va constitui un document valabil pentru înregistrarea bunurilor din masa succesorală în registrele prin care se asigură publicitatea în statul membru, în care se află bunul respectiv.

Prin considerentele inserate în preambulul protocolului, s-a urmărit identificarea tuturor categoriilor de succesiuni cărora le sunt aplicabile prevederile acestui regulament, oferindu-se explicațiile necesare pentru evitarea sau după caz, rezolvarea conflictelor de legi, pentru identificarea legii aplicabile, ținându-se cont în primul rând de voința defunctului, dar și de garantarea securității juridice a moștenitorilor și a bunurilor din patrimoniul succesoral.

Deoarece obiectivul general al Regulamentului îl constituie „recunoașterea reciprocă a hotărârilor pronunțate în statele membre în materie de succesiuni, indiferent dacă astfel de hotărâri au fost pronunțate în cadrul unei proceduri contencioase sau necontencioase”⁵, prin acest Regulament au fost instituite principiile care reglementează recunoașterea, forța executorie și executarea hotărârilor judecătorești, în mod asemănător celorlalte instrumente ale Uniunii Europene, adoptate din perspectiva cooperării judiciare în materie civilă, dar și recunoașterea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni, în toate statele membre⁶. În mod similar, legea statului originar va stabili valoarea

⁴ Idem, preambul – considerentul 8;

⁵ 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, considerentul 59;

⁶ Idem, considerentul 60;

probatorie a unui act autentic și efectele pe care acesta le produce asupra succesiunii.

Totodată, se explică conținutul acceptat de regulament pentru conceptele de „act juridic” și „raport juridic”, în scopul reglementării unitare în toate statele membre a acestora, se descrie procedura autentificării și cea a contestării actului autentic, procedura de urmat în vederea soluționării cazurilor de incompatibilitate a două acte autentice, sau între un act autentic și o hotărâre judecătorească.

În scopul simplificării procedurilor succesoriale cu elemente de extraneitate și pentru eficientizarea acestora, în vederea dovedirii calității și drepturilor moștenitorilor, legatarilor, executorilor testamentari sau a administratorilor patrimoniului succesoral, Regulamentul a prevăzut crearea unui certificat european de moștenitor, care să fie recunoscut și utilizat în toate statele membre, însă nu va înlocui documentele naționale, specifice fiecărui stat, care au scop similar în statul respectiv⁷. Totodată se reglementează necesitatea schimbului de informații între statele membre cu privire la procedurile și formalitățile necesare pentru înregistrarea bunurilor imobiliare în statul membru în al cărui registru trebuie înscrise acestea.

Problema stabilirii competenței în cazul succesiunilor cu elemente de extraneitate este reglementată în Cap. II „Competența”, din Regulament, prin care sunt reglementate: Competența generală (art. 4), Acordul de alegere a forului (art. 5), Declinarea competenței în cazul în care s-a optat pentru o lege (art. 6), Competența în cazul în care s-a optat pentru o lege (art. 7), Încheierea procedurilor din oficiu în cazul în care s-a optat pentru o lege (art. 8), Competența întemeiată pe înfățișare (art. 9), Competența subsidiară (art. 10), dar și alte probleme legate de competență, cum ar fi „forum necessitatis”, limitarea procedurilor, acceptarea sau renunțarea la succesiune, sesizarea unei instanțe judecătorești, verificarea competenței, verificarea admisibilității, litispedența, conexitatea, măsuri provizorii, inclusiv măsuri asigurătorii (art. 11-19).

Chiar dacă utilizarea certificatului european de moștenitor nu este obligatorie, părțile având dreptul să folosească orice instrumente doresc (hotărâri, acte autentice, tranzacții), dacă este prezentat de parte unei autorități un certificat european de moștenitor emis într-un stat membru, aceasta nu va mai solicita prezentarea altor documente similare sau îndeplinirea altor formalități⁸. Certificatul european de moștenitor se eliberează în toate

⁷ Idem, art. 62, art. 63 și considerentul 67;

⁸ 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, art. 69 alin. 1

procedurile succesoriale în care moștenitorii, legatarii, executorii testamentari sau administratorii patrimoniului succesoral trebuie să facă dovada calității lor sau să își exercite anumite drepturi sau obligații legate de această calitate, într-un stat membru. De asemenea, deoarece este posibil ca elementul de extraneitate să nu fi fost cunoscut de la începutul procedurii succesoriale, eliberându-se un certificat de moștenitor conform legislației naționale, Regulamentul dă posibilitatea emiterii și a unui certificat european de moștenitor, pentru cazurile în care există bunuri de orice natură care au aparținut defunctului și care se afla pe teritoriul unui stat membru, moștenitorii beneficiind astfel de un document recunoscut la nivel european, fără a mai avea nevoie de alte formalități, putând astfel să facă dovada calității lor, preluând proprietatea asupra bunului respectiv.

În aceste condiții, certificatul european de moștenitor este un act reglementat la nivelul Uniunii Europene, al cărui conținut cadru este stabilit în baza Regulamentului și care nu se confundă cu celelalte categorii de acte emise în temeiul legislațiilor naționale în cadrul procedurilor succesoriale (acte autentice, hotărârile judecătorești).

Conform prevederilor din Regulament, certificatul poate fi emis chiar dacă procedura succesorală nu s-a finalizat sub toate aspectele sale, cererea, în acest caz trebuind să menționeze instanța sau autoritatea care se ocupă concret de procedura succesorală respectivă.

Certificatul european de moștenitor nu se emite obligatoriu în toate succesiunile care au elemente de extraneitate, ci doar atunci când moștenitorii, legatarii, executorii testamentari sau administratorii patrimoniului succesoral trebuie să facă dovada calității lor, a drepturilor pe care le au, într-un stat membru. După emiterea sa, certificatul european de moștenitor poate fi folosit atât în statul pentru care a fost necesară emiterea sa (cel care a adus elementul de extraneitate), cât și pe teritoriul statului în care a fost emis sau pe teritoriul altor state membre, dacă va fi cazul. Totuși, din punct de vedere al forței probatorii, certificatul european este inferior certificatului de moștenitor emis în baza legislației naționale, deoarece acesta are valoarea unui act autentic, în timp ce elementele, informațiile conținute în certificatul european sunt doar **prezuate** a fi adevărate.

„Se va elibera un certificat european de moștenitor atunci când părțile au nevoie de un document care să circule ușor, fără nici o formalitate de recunoaștere în statul de destinație, deoarece nu trebuie să fie însoțit de nici un atestat și nu este susceptibil de refuz al recunoașterii deoarece nu există motive de nerecunoaștere”⁹. Este necesar să precizăm faptul că ***certificatul european de moștenitor este lipsit de forță executorie***, fiind necesar ca persoanele interesate să urmeze procedura reglementată în Cap. IV – Recunoașterea, forța executorie și executarea hotărârilor, din Regulament .

⁹ Ioana Olaru, *Dreptul European al succesiunilor internaționale*, Editura Notarom 2014, p. 154

Astfel, în cazul în care moștenitorii nu se înțeleg cu privire la predarea efectivă a bunurilor din patrimoniul succesoral către oricare dintre moștenitori sau legatari, sau în cazul în care executorul testamentar este împiedicat să își exercite atribuțiile care îi revin, persoana interesată trebuie fie să obțină un certificat național, fie să se adreseze instanței de judecată sau să încheie o tranzacție judiciară, aceste fiind categoriile de acte care sunt investite cu putere executorie și care sunt recunoscute ca atare și de Regulament.

Deoarece fiecare dintre statele membre au propria legislație care reglementează procedurile succesorale, este atributul fiecărui stat de a stabili care sunt autoritățile competente să emită certificatul european de moștenitor. În funcție de specificul național, autoritatea competentă poate fi o instanță judecătorească sau o altă autoritate care are competență națională în materie succesorală, regulile de competență teritorială fiind stabilite în art. 64 din Regulament. Deoarece criteriul uzual al stabilirii legii aplicabile este cel al reședinței obișnuite a defunctului la data decesului, autoritatea care va emite certificatul european va aplica legea națională.

Certificatul european de moștenitor se emite ca urmare a cererii înaintate de persoana interesată, cerere al cărei formular tip a fost aprobat prin Anexa 4 la Regulamentul de punere în aplicare nr. 1329/2014 de stabilire a formularelor menționate în Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului 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 (Număr celex: 32014R1329), care a intrat în vigoare începând cu data de 16.12.2014.

Cererea menționată trebuie să fie însoțită de înscrisuri doveditoare ale informațiilor înscrise în cerere, care trebuie să fie prezentate de solicitant fie în copii certificate, fie în original. Este obligatorie prezentarea certificatului de deces dar și a actelor de stare civilă prin care se dovedește legătura de rudenie dintre solicitant și defunct, calitatea de moștenitor legal sau testamentar, precum și eventualele schimbări de nume sau acte privind reprezentarea succesorală dacă este cazul.

Conform art. 65-67, pe baza documentelor menționate, dar și după verificarea registrelor de stare civilă, atunci când există această posibilitate, autoritatea emitentă va parcurge următoarele etape: verifica informațiile și actele prezentate (art. 66), verifică propria competență teritorială (în raport de art. 4, art. 7, art. 10 sau art. 11 din Regulament), verifică dacă a mai fost formulată o cerere similară pentru același defunct, iar dacă sunt respectate criteriile menționate în Regulament, înregistrează cererea în registrele proprii și în Registrul european al cauzelor succesorale, formând un dosar succesoral.

În cadrul procedurii, autoritatea va obține probe necesare desfășurării acestei proceduri, cu respectarea normelor legislative naționale în materie, informează beneficiarii sau potențialii beneficiari prin anunțuri publice (cu o

mențiune specială în cazul procedurii notariale desfășurată prin intermediul unui notar public din România – în acest caz este necesară **citarea** beneficiarilor pentru a li se oferi posibilitatea să își precizeze punctul de vedere), va obține acordul persoanelor implicate în procedura succesorală, cu privire la elementele supuse certificării, dar și cu privire la eliberarea certificatului. Deși în Regulament această ultimă etapă nu este menționată ca fiind o etapă obligatorie, este imperios necesară deoarece certificatul nu poate fi eliberat în cazul în care se contestă oricare dintre elementele a căror certificare este solicitată. Deși nu are putere executorie, certificatul are putere probatorie și face dovada tuturor aspectelor certificate, în fața autorităților din statul emitent dar și din statele membre.

Certificatul european de moștenitor se eliberează conform procedurii descrise în art. 67 din Regulament, el reprezentând rezultatul unei proceduri necontencioase¹⁰.

Art. 68 lit. a – o din Regulament, reglementează conținutul certificatului, în acesta fiind inserate următoarele informații:

- denumirea și adresa autorității emitente, numărul de referință al dosarului, elementele care argumentează stabilirea competenței autorității respective;

- data eliberării;

- informații privind solicitantul (inclusiv datele de identificare și relația cu defunctul, dacă este cazul);

- informații privind pe defunct (datele de identificare, ultimul domiciliu, data și locul decesului);

- informații privind beneficiarii (numele, numele avut anterior căsătoriei – dacă este cazul, codul numeric personal – dacă este cazul);

- informații privind existența unei convenții matrimoniale sau alt act echivalent, cu menționarea aspectelor patrimoniale ale acestuia. Este utilă și stabilirea legii aplicabile regimului matrimonial, deși această cerință nu este menționată în mod expres în Regulament;

- legea substanțială aplicabilă succesiunii cu menționarea criteriilor care au dus la stabilirea acesteia, inclusiv informații privind natura succesiunii (ab intestat sau ca urmare a unei dispoziții pentru cauză de moarte – testament, alt document similar);

- informații privind drepturile sau prerogativele moștenitorilor, ale executorilor testamentari (dacă este cazul) și/sau a administratorilor patrimoniului succesoral;

- informații privind natura acceptării succesiunii sau a renunțării la succesiune pentru fiecare beneficiar;

¹⁰ Ioana Olaru, *Dreptul European al succesiunilor internaționale*, Editura Notarom 2014, p. 173

- cota parte care revine fiecărui moștenitor și dacă este cazul, lista drepturilor sau bunurilor care revin unui anumit moștenitor; poate fi inserată modalitatea de împărțire a întregului patrimoniu succesoral, în măsura în care există un acord de voință între moștenitori în acest sens, cu respectarea legislației aplicabile în raport de locul situării bunurilor imobile cu privire la efectul constitutiv de drepturi și la opozabilitatea acestui tip de act¹¹;

- lista drepturilor/bunurilor care revin unui anumit legatar;

- restricții aplicabile drepturilor moștenitorilor/legatarilor, în conformitate cu legislația aplicabilă succesiunii sau cu dispozițiile testamentare (sau alte dispoziții pentru cauză de moarte);

- puterile și limitele acestora, atât pentru executorul testamentar cât și ale administratorului patrimoniului succesoral, ca urmare a legislației aplicabile sau a voinței defunctului exprimată într-un act pentru cauză de moarte.

Este important să menționăm faptul că acest certificat european de moștenitor se emite pentru bunurile pentru care se solicită certificarea de către beneficiari, existând astfel posibilitatea de a nu fi menționat întregul patrimoniu succesoral, și de asemenea **certificatul nu reprezintă soluționarea finală a succesiunii**. Dacă emiterea certificatului este solicitată doar pentru atestarea calității de executor testamentar și/sau de administrator al succesiunii, vor fi certificate doar aceste aspecte, fără a se intra pe fondul procedurii succesorale¹².

Certificatul european de moștenitor se întocmește într-un singur exemplar original care rămâne la autoritatea emitentă, iar solicitanților (moștenitori sau alte persoane care dovedesc interesul legitim) li se eliberează copii certificate care au valabilitate de șase luni, data expirării fiind înscrisă pe exemplarul remis părții, iar la autoritatea emitentă păstra o listă a persoanelor cărora le-au fost eliberate astfel de documente. Autoritatea emitentă, poate hotărî ca perioada de valabilitate să fie mai lungă, în cazuri excepționale, justificate corespunzător. După expirarea perioadei de valabilitate, beneficiarii pot solicita fie prelungirea perioadei de valabilitate, fie eliberarea altei copii certificate¹³, după cum stipulează Regulamentul.

Autoritatea sesizată poate refuza eliberarea certificatului european, în conformitate cu prevederile art. 67 alin. 1 teza a IIa, care stipulează „... dacă: (a) elementele care trebuie certificate fac obiectul unei contestații sau (b) certificatul nu ar fi în conformitate cu o hotărâre referitoare la aceleași elemente”

¹¹ Ioana Olaru, *Dreptul European al succesiunilor internaționale*, Editura Notarom 2014, p.176

¹² Ibidem

¹³ Regulamentul (UE) nr. 650-201 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, art. 70

Deoarece Regulamentul nu stabilește o anumită procedură pentru refuzul eliberării certificatului, se va recurge la procedurile naționale prevăzute în legislația aplicabilă autorității emitente. În cazul unui notar public din România, motivele respingerii cererii indicate în Regulament se completează cu prevederile Legii nr. 36/1995 republicată, dar și motive rezultate din imposibilitatea autorității (notarului public) de a stabili în mod îndubitabil elementele pentru care se solicită certificarea, fie datorită lipsei documentelor doveditoare, fie datorită neprezentării persoanelor citate sau a existenței unor neînțelegeri între acestea. Refuzul notarului se concretizează într-o încheiere de respingere emisă ca în baza art. 139 din Legea nr. 36/1995 republicată coroborată cu prevederile art. 67 alin. 1 teza a II-a din Regulament, în încheierea de respingere fiind menționată și calea de atac asupra acesteia, în conformitate cu prevederile art. 72 alin. 2 din Regulamentul nr. 650/2012.

În cazul în care instanța sesizată cu judecarea contestației (în temeiul dispozițiilor art. 143 și art. 144 din Legea nr. 36/1995), va constata că respingerea este nejustificată, are posibilitatea fie să elibereze chiar ea certificatul european, fie să dispună reexaminarea de către autoritatea sesizată a cererii pentru a decide în consecință, după cum este prevăzut în art. 72 alin. 3 din Regulamentul nr. 650/2012.

După cum s-a menționat anterior, Certificatul european de moștenitor produce efecte în fiecare stat membru, fără nici o procedură specială (art. 69 alin. 1 din Regulament), fiind prezumat că certificatul probează cu exactitate elementele stabilite în temeiul legii aplicabile succesiunii, sau în temeiul oricăror alte legi aplicabile elementelor specifice (art. 69 alin. 2).

Ca urmare, este consacrată valoarea probatorie a acestui certificat, cu privire la elementele înscrise în conținutul său, iar persoanele care în baza informațiilor cuprinse în certificat, efectuează plăți, fac tranzacții, transmit bunuri, ori primesc bunuri către sau de la persoanele nominalizate ca moștenitori sau alte persoane îndreptățite, sunt considerate fiind valabil executate, cu excepția cazului în care cunoșteau sau ar fi trebuit să știe că cele înscrise în certificat nu corespund realității (art. 69 alin. 3 și 4 din Regulament).

Totuși, conform alin. 5 al aceluiași articol "Certificatul constituie titlu valabil pentru înscrierile bunurilor succesoriale în registrul corespunzător al unui stat membru, fără a se aduce atingere art. 1, alin. 2 literele (k) și (l)". Această mențiune expresă trimite pe beneficiar la prevederile legislației naționale atât cu privire la drepturile reale cât și cu privire la cerințele legale pentru înscrierea în anumite registre și efectele înregistrării sau a lipsei înregistrării drepturilor în anumite registre

Astfel, în cazurile în care normele legale stabilesc cerințe particulare pentru constituirea, transferul sau stingerea drepturilor reale, acele cerințe trebuie complinite conform legii aplicabile.

Certificatul european de moștenitor poate fi rectificat doar în cazul unor erori de redactare (art. 71 alin. 1). Dacă se constată ulterior că anumite elemente din certificat, sau certificatul în întregime nu corespunde realității, certificatul va fi modificat sau retras, după caz, autoritatea emitentă fiind obligată să informeze fără întârziere toate persoanele cărora le-au fost eliberate copii certificate ale acestuia (art. 71 alin. 2 și 3).

Procedura contestării certificatului european de moștenitor este stabilită prin art. 72 din regulament, iar art. 73 reglementează procedura suspendării efectelor certificatului. Autoritatea emitent sau, după caz, autoritatea judiciară sesizată, are de asemenea obligația să comunice tuturor persoanelor cărora le-au fost eliberate copii, orice suspendare care intervine asupra acestuia. Pe perioada suspendării nu se vor mai elibera copii certificate (art. 73 alin. 2 și alin. 3).

Regulamentul intră în vigoare la data de 17 august 2015, aplicându-se succesiunilor care vor fi deschise începând cu data menționată (data decesului trebuind să fie cel mai devreme data de 17 august 2015), cu excepția art. 77 și art. 78 (informații puse la dispoziția publicului și informații privind datele de contact și procedurile), care au intrat în vigoare la data de 16 ianuarie 2014 și a art. 79, art. 80 și art. 81 (care reglementează detalii privind stabilirea și modificarea ulterioară a listei de informații, a atestatelor și procedura comitetului), dispoziții care s-au aplicat începând cu data de 05 iulie 2012.

În concluzie, actualul context european și evoluțiile societăților din țările membre, au determinat necesitatea adoptării unor reglementări care să aibă aplicabilitate pentru întregul spațiu european, prin care să fie protejate interesele potențialilor moștenitori sau beneficiari ai unei succesiuni cu elemente de extraneitate, dar și să le faciliteze acestora o valorificare mai rapidă, lipsită de multiple formalități care ar fi fost invocate în temeiul legislațiilor naționale, în vederea exercitării drepturilor ce li se cuvin.

SIMPLIFICAREA PROCEDURILOR FISCALE-PREMISĂ A ÎMBUNĂTĂȚIRII RELAȚIEI ADMINISTRAȚIEI FISCALE CU CONTRIBUABILII*

Simplification of tax procedures - premise of improving relationship between the tax administration and the taxpayers

Arina DRAGODAN**

Abstract:

Modernization of tax administration is an important component of activity of the National Agency for Fiscal Administration, registered in the Strategy for services provided to taxpayers from 2013 to 2017. Simplification and modernization of procedures and increasing service quality is the first tool that taxpayers are encouraged to comply voluntarily. Also, simplification of procedures may entail a decrease operating costs of tax administration.

Romania has chosen to undertake a major administrative reform: territorial regionalization and decentralization of public administration to overcome the difference it has to Europe, bringing public services and policy decisions closer to the people. Regionalization process started in 2013 with the regionalization of tax administration by creating eight general regional directorates of public finances.

Also, simplifying access of taxpayer to their own file is a prerequisite for comply voluntarily. In this respect, was approved the communication procedure by electronic means of transmission distance between the National Agency for Fiscal Administration and of individuals by "virtual private space" and services „fiscal Newsletter"

In order to develop an electronic communication between the tax authorities and the taxpayers was introduced the possibility of issuing tax administrative documents and communications in electronic form.

Regarding the simplification of tax claims management we mention another priority objective included in the fiscal and budgetary strategy for the period 2013-2015, namely rewriting the tax code and tax procedure code, which are currently projects.

* Lucrarea a beneficiat de suport financiar prin proiectul 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. Programul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

** Consilier juridic în administrația publică centrală, postdoctorand - Institutul de Cercetări Juridice “Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, arina_dragodan@yahoo.com

This paper presents some aspects of the reorganization and modernization of tax administration by simplification of the tax procedures.

Key words: *simplification of tax procedures, tax regionalization, tax administration reform, taxpayer*

I. Considerații generale privind administrația fiscală și necesitatea simplificării procedurilor fiscale

Procesul simplificării procedurilor administrative este, în general, unul complex și de durată.

Potrivit unei definiții date conceptului de simplificare administrativă de Ghidul metodologic de simplificare a procedurilor administrative¹, aceasta înseamnă:

- Simplificarea procesului, procedurilor, circuitelor și a demersurilor administrative, prin suprimarea procedurilor redundante;
- Reducerea numărului de formulare administrative cerute utilizatorilor serviciilor publice;
- Ameliorarea calității textelor juridice, actelor normative și a reglementarilor, care acoperă un anumit domeniu pentru a le face cât mai accesibile, mai comprehensibile, atât pentru cei care le aplică, cât și pentru cei cărora li se aplică;
- Reorganizarea serviciilor publice pentru a deveni organizații performante orientate pe utilizatorul serviciilor publice;
- Utilizarea noilor tehnologii ale informației și comunicării (e-government).

În ceea ce privește conceptul de simplificare legislativă, în doctrină s-a apreciat că acesta nu poate fi definit cu ușurință. Din punct de vedere formal, simplificarea reprezintă modalitatea de a garanta ca normele juridice să fie înțelese de toți cetățenii, adică să se producă inteligibilitatea dreptului. Simplificarea legislației vizează, în această perspectivă, satisfacerea principiului de claritate al legii și al obiectivului cu valoare constituțională al cunoașterii legii².

În opinia domnului profesor Mircea Duțu³, simplificarea dreptului, în general, și a reglementărilor legislative, în special, reprezintă o condiție

¹ Ministerul Administrației și Internelor, Unitatea Centrală pentru Reforma Administrației Publice, Ghid metodologic de simplificare a procedurilor administrative, p.4

<http://www.proiectonestopshopimm.ro/index.php?page=Biblioteca>

² S. Popescu., C. Ciora, Simplificarea Legislației – Condiție Esențială a Îmbunătățirii Calității Redacționale a Actelor Normative (Simplifying the Legislation – An Essential Condition for Improving the Editorial Quality of Normative Documents) (2012). Annals Constantin Brancusi - Juridical Sciences Series, Vol. 1, Nr. 2, 2012. online: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2225946>

³ M. Duțu. Editorial. Smart regulation. Simplificarea legislației și a acțiunii administrative, Pandectele Române nr.12/2014, Editura Wolters Kluwer,

<http://www.wolterskluwer.ro/info/articole/smart-regulation.-simplificarea-legislatiei-si-a-actiunii-administrative/>

esențială a asigurării accesibilității sale, buneii aplicări și eficientizării măsurilor astfel promovate. În plus, este vorba de o sporire a gradului de democrație cetățenească și a nivelului de civilizație juridică. Chiar dacă noțiunea de simplificare este veche, iar termenul are deja propria sa istorie, ele suferă încă de absența unei definiții juridice precise, conceptul în sine rămânând ambiguu, fiind menționat întotdeauna la singular, în timp ce, în fapt, e pluralist în ipostazele de manifestare și semnificațiile sale. Acest dublu factor de incertitudine afectează astfel conceptul însuși de simplificare: pe de o parte, el se caracterizează printr-o formă de relativitate („simplificarea nu trebuie confundată cu simplismul. Politica de simplificare respinge iluzia absolutei simplități a dreptului”, ea nu înlătură complexitatea necesară și inevitabilă, ci numai pe cea inutilă, care intervine prin facilitate, compilarea de texte ori insuficienta maturizare a normelor), iar, pe de alta, printr-o pluralitate de forme diferite (care reflectă „diversitatea complexităților pe care legiuitorul înțelege să le remedieze”). Așadar, cele două fațete indispensabile ar fi reducerea poverii administrative și, respectiv, întărirea securității și coerenței juridice, care contribuie major la accesibilitatea, inteligibilitatea și claritatea dreptului, la realizarea principiului încrederii legitime și promovării codificării.

Referindu-ne la administrația fiscală, aceasta a fost de-a lungul timpului obiectul a numeroase critici, îndeosebi din partea comunității de afaceri, în numele evoluției economice cu care s-a apreciat că nu a ținut pasul.

Acest lucru a fost constatat și de doctrina de specialitate⁴ care consideră că fiscalitatea are, de foarte multă vreme, o imagine negativă. Ea este considerată de către contribuabili drept o forma de constrângere exercitată de statul spoliator care prin metode speciale-scoate din buzunarele cetățenilor anumite sume de bani câștigă cu greu și deci bine meritate de aceștia.

Autorii⁵ au considerat că ar fi incorect să privim lucrurile exclusiv dintr-o asemenea perspectivă, întrucât analizându-se cu onestitate, cu oarecare detașare și cu dorința de a le înțelege, vom descoperi că realitatea este alta: fiscalitatea reprezintă un domeniu complex, dar și foarte dens, concret, juridic prin excelență⁶ și deschis către alte ramuri de drept (și nu numai dacă avem în vedere legăturile sale strânse cu economia și politica)⁷.

⁴ M. Ș. Minea, C. F. Costas, *Dreptul finanțelor publice. Drept fiscal*, vol.II, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, p. 19

⁵ Idem, p.19

⁶ A se vedea și: Vincent Nouzille *La traque fiscale*, Edit. Albin Michel, Paris, 2000; Mircea Ștefan Minea, *Elemente de drept financiar internațional*, Ed. Accent, Cluj-Napoca, 2001, p.153, Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costas, *Fiscalitatea în Europa la începutul mileniului III*, Ed. Rosetti, 2006, București, p.18-23, citați de Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costas în *Dreptul finanțelor publice. Drept fiscal*, vol.II, Editura Wolters Kluwer, București 2008, p.19

⁷ A se vedea și Jacques Grosclaude, Philippe Marchessou, *Droit fiscal general*, ed. a VI a, Ed. Dalloz, Paris, 2007, p.2-4, citați de Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costas în *Dreptul finanțelor publice. Drept fiscal*, vol.II, Editura Wolters Kluwer, București 2008, p. 19

Îmbunătățirea activității administrației fiscale și modernizarea sistemului fiscal românesc trec în prezent printr-o accelerare a reformei administrației fiscale care necesită, din punctul nostru de vedere, investiții substanțiale în resursele sale umane. Pentru a sprijini reorganizarea sistemului fiscal este nevoie, de asemenea, de o mai mare eficiență în organizarea și utilizarea sistemului informatic, a metodelor moderne de comunicare cu contribuabilii, după modelul altor state ale căror reforme au dat deja rezultatele scontate.

Programul de guvernare 2013-2016⁸ statuează că fiscalitatea și bugetul statului trebuie subordonate obiectivului fundamental al dezvoltării economice, primul obiectiv fundamental în domeniul finanțelor fiind un sistem european performant al finanțelor publice - eficient, transparent, previzibil, care să conducă la creșterea veniturilor bugetare prin lărgirea bazei de impozitare, și nu prin creșterea poverii fiscale asupra economiei.

Între direcțiile de acțiune pentru perioada 2013-2016, au fost cuprinse simplificarea fiscalității și sporirea competitivității fiscale a mediului de afaceri, creșterea colectării veniturilor bugetare și reducerea evaziunii fiscale.

Potrivit Strategiei Agenției Naționale de Administrare Fiscală 2013-2017, simplificarea procedurilor și creșterea calității serviciilor reprezintă primul instrument prin care contribuabilii sunt încurajați să se conformeze. De asemenea, simplificarea procedurilor poate atrage și o diminuare a costurilor de funcționare a administrației fiscale. În acest sens, va fi încurajată conformarea contribuabililor prin canalele care prezintă cel mai mic cost pentru ANAF (ex. mediu fără hârtie, portalul ANAF etc)⁹.

II. Reorganizarea și regionalizarea administrației fiscale românești

Reorganizarea Agenției Naționale de Administrare Fiscală a pornit de la premisa că procesul de administrare fiscală poate fi mult simplificat, încercându-se reducerea dificultăților apărute în îndeplinirea obligațiilor fiscale, a costurilor de administrare și o creștere a eficienței bazată pe principii moderne de management. Criteriul major care a stat la baza elaborării planului de reorganizare a fost cel al eficienței colectării¹⁰.

Anul 2013 va rămâne în istoria fiscului ca fiind anul mării reorganizări și a regionalizării administrației fiscale prin înființarea la nivel regional a opt Direcții Generale Regionale ale Finanțelor Publice (DGRFP) și la nivelul județelor a administrațiilor județene ale finanțelor publice (AJFP) ca urmare a desființării direcțiilor generale județene și a AFP-urilor. Restructurarea Agenției

⁸ Programului de guvernare 2013-2016 – anexa 2 la Hotărârea Parlamentului nr.45/2012 pentru acordarea încrederii Guvernului disponibil online pe: <http://www.legex.ro/Hotararea-45-2012-124432.aspx>

⁹ Strategia Agenției Naționale de Administrare Fiscală 2013-2017, p.11

http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Informatii_R/Strategia_ANAF_2013_2017_V7_1.pdf

¹⁰ Idem, p.15

Naționale de Administrare Fiscală, așa cum era aceasta prevăzută în Strategia de administrare fiscală pe termen mediu 2012-2016, reprezintă o precondiție pentru implementarea "Proiectului de modernizare a administrației fiscale" (RAMP), proiect pentru care România a semnat un acord de împrumut cu Banca Mondială în valoare de 70 milioane euro în data de 8 mai 2013¹¹. Proiectul a fost lansat în data de 11 septembrie 2013. Acesta este prevăzut a se derula pe o perioadă de cinci ani și include îmbunătățiri organizaționale corespunzătoare, precum și modificări ale infrastructurii informatice necesare pentru funcționarea optimă a unui sistem informatic integrat.

Proiectul de modernizare a administrației fiscale se dorește a conduce la o schimbare de mentalitate la nivel instituțional pentru a deveni o instituție orientată către contribuabili.

Actul normativ care reglementează reorganizarea administrației fiscale, în contextul regionalizării, îl reprezintă Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 74/2013¹².

Garda Financiară s-a desființat, iar Agenția Națională de Administrare Fiscală s-a reorganizat ca urmare a fuziunii prin absorbție și preluarea activității Autorității Naționale a Vămirilor și prin preluarea activității Gărzii Financiare.

Principalele modificări ale actului normativ constau în înființarea unei noi structuri, Direcția generală antifraudă fiscală cu atribuții de prevenire și combatere a actelor și faptelor de evaziune fiscală și fraudă fiscală și vamală și desființarea celor 42 de direcții județene ale finanțelor publice, în locul acestora înființându-se 8 direcții generale regionale ale finanțelor publice.

Cele opt direcții generale regionale ale finanțelor publice, înființate astfel, au preluat activitatea și competențele tuturor direcțiilor generale județene ale finanțelor publice absorbite din aria de competență, precum și a tuturor structurilor teritoriale subordonate acestora, care și-au pierdut personalitatea juridică. Aria lor de competență corespunde celor opt regiuni de dezvoltare ale României. S-a creat astfel la nivel regional un nou palier ierarhic, direcția regională a finanțelor publice, instituție publică cu personalitate juridică, activitatea fiscală la nivel teritorial reorganizându-se astfel în opt direcții regionale ale finanțelor publice. Cel de-al doilea palier ierarhic teritorial este reprezentat de administrațiile finanțelor publice municipale fără personalitate juridică, iar al treilea palier ierarhic îl constituie serviciile fiscale municipale, respectiv serviciile fiscale orașenești și birourile fiscale comunale, fără personalitate juridică.

¹¹ Comunicat ANAF, <http://www.mfinante.ro/acasa.html?method=detalii&id=50939>

¹² Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 74/26.06.2013 privind unele măsuri pentru îmbunătățirea și reorganizarea activității Agenției Naționale de Administrare Fiscală, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative (M.O. nr. 389/29.06.2013)

III. Măsurile realizate pentru simplificarea reglementărilor legislative și a procedurilor fiscale

1. Emiterea actelor administrative fiscale inclusiv în format electronic

În scopul creșterii gradului de informatizare a activităților desfășurate de organele fiscale, al stimulării depunerii prin mijloace electronice a declarațiilor, cererilor și a altor documente pe care contribuabilii le depun la organele fiscale, al dezvoltării unui sistem de comunicare electronică între contribuabili și organele fiscale, inclusiv în ceea ce privește comunicarea către contribuabili a actelor administrative fiscale și a oricăror altor acte procedurale (notificări, înștiințări, certificate de atestare fiscală etc.), prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 40/2014 pentru modificarea și completarea unor acte normative, precum și pentru reglementarea unor măsuri fiscale¹³ s-a reglementat posibilitatea emiterii și comunicării actelor administrative fiscale și în formă electronică, cât și posibilitatea contribuabililor de a transmite la organele fiscale cereri ori alte acte procedurale utilizând mijloacele de transmitere la distanță, precum și un set de reguli care stabilesc aceste posibilități și condițiile în care ele se realizează, în special cele referitoare la identificarea contribuabililor în mediul electronic.

În vederea eliminării barierelor administrative, s-a reglementat posibilitatea organului fiscal de a transmite, inclusiv în format electronic, la solicitarea unor autorități publice, documentele privind situația fiscală a unui contribuabil.

În acest sens, a fost modificată și completată Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, respectiv, art.43 care dispune că actul administrativ fiscal se emite în scris, pe suport de hârtie sau în formă electronică.

Actul administrativ fiscal emis în formă electronică cuprinde elementele prevăzute de codul de procedură fiscală pentru actul administrativ fiscal emis pe suport hârtie, cu excepția semnăturii persoanelor împuternicite ale organului fiscal, potrivit legii, precum și ștampila organului fiscal emitent. Acesta se semnează cu semnătura electronică extinsă a Ministerului Finanțelor Publice, bazată pe un certificat calificat.

În ceea ce privește comunicarea actelor administrative fiscale, codul de procedură fiscală a fost modificat, în sensul că dacă actul administrativ fiscal emis pe suport hârtie se comunică prin remiterea acestuia contribuabilului/împuternicitului, dacă se asigură primirea sub semnătură a actului administrativ fiscal, sau prin poștă, cu scrisoare recomandată cu

¹³ Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 40 din 18 iunie 2014 pentru modificarea și completarea unor acte normative, precum și pentru reglementarea unor măsuri fiscale publicată în Monitorul Oficial nr. 455 din 23 iunie 2014

confirmare de primire, actul administrativ fiscal emis în formă electronică se comunică prin mijloace electronice de transmitere la distanță ori de câte ori contribuabilul a optat pentru această modalitate de emitere și de comunicare. În cazul în care comunicarea nu a fost posibilă prin aceste mijloace, aceasta se realizează prin publicitate.

2. Crearea serviciilor „Spațiul privat virtual” și “Buletinul informativ fiscal”

Strategia Agenției Naționale de Administrare Fiscală 2013-2017 prevede minimizarea contactului direct cu contribuabilii care va reduce semnificativ și apariția faptelor de corupție.

În acest sens, s-a urmărit simplificarea accesului contribuabilului la propriul dosar fiscal, condiție esențială pentru conformarea voluntară a contribuabililor. Contribuabilii (persoane fizice și juridice) au posibilitatea de a-și vizualiza situația fiscală, de a solicita și de a primi documente prin portalul ANAF¹⁴.

Pentru asigurarea transmiterii cererilor la organul fiscal prin mijloace electronice de transmitere la distanță, prin OUG nr. 40 din 18 iunie 2014 a fost modificat art. 71¹ din Codul de procedură fiscală, în sensul că, contribuabilii pot transmite organului fiscal competent cereri, înscrisuri sau orice alte documente și prin mijloace electronice de transmitere la distanță, caz în care data depunerii cererii, înscrisului sau documentului este data înregistrării acesteia/acestuia, astfel cum rezultă din mesajul electronic transmis de registratura electronică a Ministerului Finanțelor Publice sau a autorității administrației publice locale, după caz.

Prin OPANAF nr. 1154/2014¹⁵ s-a reglementat procedura de comunicare prin mijloace electronice de transmitere la distanță între Agenția Națională de Administrare Fiscală și persoanele fizice, oferind acestora posibilitatea de a utiliza două servicii noi de comunicare, și anume "Spațiul privat virtual" și "Buletinul informativ fiscal".

Serviciul "Spațiul privat virtual" constă în punerea la dispoziția persoanelor fizice a unui spațiu virtual aflat pe serverele Ministerului Finanțelor Publice/Agenției Naționale de Administrare Fiscală prin intermediul căruia se efectuează comunicarea electronică a informațiilor și înscrisurilor între Agenția Națională de Administrare Fiscală și persoana fizică în legătură cu situația fiscală proprie a acesteia.

¹⁴ Strategia Agenției Naționale de Administrare Fiscală 2013-2017, p.11

http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Informatii_R/Strategia_ANAF_2013_2017_V7_1.pdf

¹⁵ OPANAF nr. 1154/ 01.09.2014 publicat în Monitorul Oficial nr. 646 / 02.09.2014

În ceea ce privește comunicarea prin "Spațiul privat virtual", ordinul sus-menționat prevede că prin accesarea acestui serviciu se permite persoanelor fizice să poată opta pentru comunicarea prin mijloace electronice de transmitere la distanță a actelor administrative fiscale emise în formă electronică de către organele fiscale din cadrul Agenției Naționale de Administrare Fiscală.

Prin acest serviciu persoanele fizice pot transmite organului fiscal din cadrul Agenției Naționale de Administrare Fiscală și cereri, înscrisuri sau documente.

Astfel că accesarea serviciului "Spațiul privat virtual" reprezintă o opțiune în sensul art. 44 alin. (3) din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Serviciul "Buletinul informativ fiscal" este o aplicație informatică de transmitere la distanță furnizată de Agenția Națională de Administrare Fiscală, care constă în punerea la dispoziția persoanelor fizice a unor informații publice cu caracter fiscal, în scopul îndrumării acestora în îndeplinirea obligațiilor fiscale.

Aceste servicii de comunicare prin mijloace electronice de transmitere la distanță furnizate de Agenția Națională de Administrare Fiscală sunt gratuite și sunt disponibile 24 de ore din 24.

Furnizarea serviciilor de comunicare electronică se efectuează prin intermediul sistemului informatic centralizat al Ministerului Finanțelor Publice, pe portalul Agenției Naționale de Administrare Fiscală.

Informațiile transmise prin serviciul "Buletinul informativ fiscal" au caracter informativ, nu înlocuiesc obligația utilizatorului privind cunoașterea și îndeplinirea obligațiilor fiscale și nu generează alte drepturi și obligații decât cele prevăzute de legislația fiscală.

3. Loteria bonurilor fiscale

Prin Ordonanța Guvernului nr. 10/2015¹⁶ a fost aprobată organizarea Loteriei bonurilor fiscale, ca măsură pentru combaterea evaziunii fiscale și încurajarea cumpărătorilor de a solicita bonurile fiscale în vederea fiscalizării veniturilor operatorilor economici. Scopul acestei ordonanțe îl constituie diminuarea evaziunii fiscale prin impulsionearea conformării voluntare prin oferirea de stimulente agenților economici pentru a se comporta corect și pentru a se crește gradul de responsabilitate civică.

Conform prevederilor ordonanței, Loteria bonurilor fiscale constă în extragerea aleatorie de numere, în vederea acordării de premii în bani

¹⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr. 81 din 30 ianuarie 2015

persoanelor fizice rezidente și nerezidente în România, deținătoare de bonuri fiscale care atestă cumpărarea de bunuri sau servicii pe teritoriul României.

Loteria bonurilor fiscale se organizează lunar sau ocazional și constă în extragerea aleatorie de numere, astfel:

a) un număr cuprins în intervalul dintre 1 și 999 inclusiv, reprezentând valoarea totală a bonului fiscal fără subdiviziunile leului, inclusiv taxa pe valoarea adăugată. Numărul reprezentând valoarea totală a bonului fiscal rezultă în urma extragerii succesive a trei serii de cifre, cuprinse între 0 și 9;

și b) un număr reprezentând ziua emiterii bonului fiscal aferentă lunii sau intervalului calendaristic, după caz, pentru care se organizează Loteria bonurilor fiscale.

La extragerile lunare participă bonurile fiscale emise în luna calendaristică anterioară organizării extragerii, extragerea se realizează în prima duminică după data de 15 a fiecărei luni, pentru luna anterioară.

Pentru anul 2015, prima extragere lunară are loc în luna iulie 2015.

Prima extragere ocazională în cadrul Loteriei bonurilor fiscale a fost aprobată prin Ordinul Ministrului finanțelor publice nr. 106/2015¹⁷ a se organiza în data de 13 aprilie 2015. La extragere participă bonurile fiscale emise în intervalul calendaristic cuprins între data de 2 februarie și data de 28 martie 2015 care îndeplinesc condițiile prevăzute de Ordonanța Guvernului nr.10/2015 pentru organizarea Loteriei bonurilor fiscale.

Revendicarea premiilor se face prin depunerea bonului fiscal câștigător, în original, la orice unitate teritorială a Agenției Naționale de Administrare Fiscală, alături de copia actului de identitate sau a pașaportului titularului bonului și de o cerere în termen de maximum 30 de zile de la data extragerii, acest termen reprezentând termen de decădere din dreptul de a revendica premiul. În termen de 10 zile de la expirarea perioadei de 30 de zile, unitățile teritoriale transmit către Agenția Națională de Administrare Fiscală, aparat central, lista persoanelor care au revendicat premiile.

Plata câștigurilor se face de către Ministerul Finanțelor Publice, în termen de 60 de zile de la expirarea termenului de revendicare a premiilor.

Loteria Bonurilor Fiscale nu necesită înregistrarea bonurilor pe nici un site. După extragere, posesorii bonurilor fiscale câștigătoare trebuie să depună bonul fiscal în original la orice unitate teritorială a Agenției Naționale de Administrare Fiscală, alături de copia actului de identitate sau a pașaportului titularului bonului și de o cerere. Ministerul Finanțelor Publice stabilește fondul anual de premiere pentru Loteria bonurilor fiscale, precum și repartizarea lunară a acestuia.

¹⁷ Ordinul Ministrului finanțelor publice nr. 106/2015 pentru organizarea unei extrageri ocazionale a Loteriei bonurilor fiscale publicat în Monitorul Oficial nr. 91 din 3 februarie 2015

Astfel că la Loteria bonurilor fiscale are dreptul de a participa orice persoană care îndeplinește cumulativ cele două condiții prevăzute de ordonanța sus-menționată, indiferent de vârstă, renunțându-se la pragul minim de vârstă de 18 ani stabilit anterior în proiectul ordonanței¹⁸. De asemenea, ordonanța nu restricționează dreptul de a participa la un singur bon fiscal/extragere/persoană.

Totodată, actul normativ pentru organizarea Loteriei bonurilor fiscale completează și prevederile Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 28/1999 privind obligația operatorilor economici de a utiliza aparate de marcat electronice fiscale, dispunând că în cazul în care operatorii economici refuză emiterea și înmânarea bonului fiscal clientului, cu unele excepții prevăzute de acest act normativ, acesta din urmă are dreptul de a beneficia de bunul achiziționat sau de serviciul prestat fără plata contravalorii acestuia. Noile prevederi se aplică începând cu data de 1 martie 2015. Potrivit Notei de fundamentare la Ordonanța Guvernului pentru organizarea Loteriei bonurilor fiscale¹⁹, acest act normativ are un impact pozitiv atât la nivel macroeconomic, cât și asupra mediului concurențial și social.

Impactul macroeconomic al acestei noi reglementări legislative constă în reducerea evaziunii fiscale, creșterea nivelului de fiscalizare și asigurarea unei îmbunătățiri a execuției veniturilor bugetare.

De asemenea, se dorește ca acest act normativ să determine în viitor un impact pozitiv asupra mediului de afaceri, prin creșterea gradului de conformare al operatorilor economici față de aplicarea prevederilor legale, în domeniul de utilizare a aparatelor de marcat electronice fiscale.

Actul normativ contribuie la combaterea concurenței neloiale resimțite din zona agenților economici care nu fiscalizează în mod corect veniturile.

Totodată, promovarea ordonanței guvernului privind organizarea Loteriei bonurilor fiscale se dorește a avea și un impact social asigurând în timp creșterea nivelului de civism fiscal al populației prin realizarea importanței solicitării bonului fiscal pentru orice achiziție de produse sau servicii prestate.

IV. Măsurile în faza de proiect: rescrierea Codului Fiscal și a Codului de Procedură Fiscală

Încă din anul 2014 Ministerul Finanțelor Publice a hotărât simplificarea și rescrierea Codului Fiscal și a Codului de procedură fiscală, acest demers însemnând și reducerea semnificativă a actualului număr de pagini ale codurilor și ale normelor metodologice de aplicare, prin eliminarea detaliilor și precizărilor, punându-se accentul în schimb pe principii de drept fiscal și pe reguli generale.

¹⁸ Comunicatul de presă al Ministerului finanțelor publice din data de 28.01.2015
<http://www.mfinante.ro/acasa.html?method=detalii&id=94729>

¹⁹ <http://www.mfinante.ro/transparent.html?method=transparenta&pagina=acasa&locale=ro>

Rescrierea celor două coduri face parte din procesul complex de modernizare a legislației fiscale, unul dintre obiectivele incluse în Strategia fiscal-bugetară pentru perioada 2013-2015 și în Programul Legislativ al Guvernului României pentru perioada 2013- 2016.

De asemenea, prin rescrierea Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală se urmărește o abordare facilă a legislației fiscale de către contribuabili și o administrare coerentă a sistemului de impozite și taxe prin care se constituie venituri ale bugetului general consolidat.

Potrivit unui comunicat al Ministerului Finanțelor Publice²⁰, modernizarea legislației fiscale, are în vedere următoarele rezultate:

- claritate și accesibilitate în aplicarea prevederilor Codului fiscal, prin restructurarea pe baze sistematice a normelor fiscale, precum și a celor privind procedura fiscală;

- transparență în prezentarea principiilor fiscale, în definirea conceptelor, noțiunilor și metodelor utilizate în construcția și administrarea coerentă a impozitelor, taxelor și contribuțiilor sociale, reglementate de Codul fiscal, în scopul înțelegerii corecte și evitării interpretărilor în aplicarea normelor fiscale;

- îmbunătățirea echilibrului între drepturile și obligațiile contribuabililor, pe de o parte, și ale organelor fiscale, pe de altă parte;

- creșterea eficienței activității de administrare a impozitelor, taxelor și contribuțiilor sociale prevăzute de Codul fiscal;

- scăderea costurilor de administrare a impozitelor și taxelor prevăzute de Codul fiscal, precum și a celor de conformare suportate de contribuabili;

- asigurarea corelării între prevederile noului Cod fiscal și dispozițiile noului Cod de procedură fiscală, precum și a corelării cu legislația conexă;

- simplificarea procedurilor de administrare a creanțelor fiscale.

Concluzii

Simplificarea procedurilor administrative constituie un demers fundamental pentru modernizarea și reformarea administrației precum și pentru redobândirea încrederii cetățeanului în administrație.

Așa cum am prezentat în cele sus-menționate, în general, simplificarea procedurilor administrative constă într-o serie de măsuri concrete destinate îmbunătățirii procesului de reglementare și ameliorare a calității reglementărilor, în scopul obținerii unei îmbunătățiri a performanței și competitivității economiei naționale și a creșterii capacității acesteia de a se adapta la ritmul de dezvoltare a întregii societăți, precum și al facilitării relațiile dintre administrație și utilizatorii săi.

²⁰ Comunicat de presa din data de 30. 06. 2014 <http://www.mfinante.ro/acasa.html?method=detalii&id=78993>

Reorganizarea și modernizarea administrației fiscale face parte din amplul proces de modernizare a administrației românești.

Reforma Agenției Naționale de Administrare Fiscală, a început și continuă în contextul implementării proiectului de modernizare a administrației fiscale cu sprijinul Băncii Mondiale pentru asigurarea unei asistențe a contribuabililor care să fie unitară, promptă și eficientă și care să conducă la stimularea conformării voluntare și combaterea evaziunii fiscale.

Restructurarea și modernizarea ANAF are ca scop îmbunătățirea capacității și eficienței în domeniul administrării impozitelor și taxelor.

În ceea ce ne privește, apreciem că simplificarea procedurilor fiscale trebuie să aibă ca rezultat îmbunătățirea calității serviciilor oferite care să facă înțelegerea și plata impozitului mai simple pentru contribuabili, ceea ce ar duce la satisfacția acestora și implicit la ridicarea nivelului administrației fiscale românești la standarde europene.

Concomitent cu reorganizarea administrației fiscale, se dorește modernizarea, simplificarea și corelarea mai multor acte legislative din domeniul fiscal, în special a Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală în scopul eliminării neconcordanțelor legislative și de interpretare și de practică fiscală și pentru reducerea barierelor birocratice și a asigurării unui tratament egal pentru toți contribuabilii.

În acest domeniu, simplificarea vizează armonizarea textelor de lege și crearea, prin rescriere a unui cod fiscal și a unui cod de procedură mai ușor de înțeles și de aplicat pentru contribuabili.

Pentru aceasta, considerăm că simplificarea legislativă trebuie să se facă printr-o armonizare a definițiilor și conceptelor Codului Fiscal și a Codului de Procedura Fiscală cu prevederile altor acte normative din domeniul fiscal și nu numai, cu termenii de specialitate din doctrina fiscală națională și internațională, precum și cu termenii utilizați în directivele Uniunii Europene.

De asemenea, prin unele măsuri legislative, ca reglementarea Loteriei bonurilor fiscale s-a dorit implicarea activă a populației în combaterea evaziunii fiscale.

Bibliografie:

Duțu Mircea, Editorial. Smart regulation. Simplificarea legislației și a acțiunii administrative, Pandectele Române nr.12/2014, Editura Wolters Kluwer,

Minea Mircea Ștefan, Costaș Cosmin Flavius, Dreptul finanțelor publice. Drept fiscal, vol.II, Editura Wolters Kluwer, București 2008, p. 19

Minea Mircea Ștefan, Costaș Cosmin Flavius, Fiscalitatea în Europa la începutul mileniului III", Ed.Rosetti, 2006

Nouzille Vincent, La traque fiscale, Edit. Albin Michel, Paris, 2000

Popescu Sorin, Ciora Catalin, Simplificarea Legislației – Condiție Esențială a Îmbunătățirii Calității Redacționale a Actelor Normative (Simplifying the

Legislation – An Essential Condition for Improving the Editorial Quality of Normative Documents) (2012). Annals Constantin Brancusi - Juridical Sciences Series, Vol. 1, Nr. 2, 2012.

Ministerul Administrației și Internelor, Unitatea Centrală pentru Reforma Administrației Publice, Ghid metodologic de simplificare a procedurilor administrative,

Programului de guvernare 2013-2016 – anexa 2 la Hotărârea Parlamentului nr.45/2012 pentru acordarea încrederii Guvernului

Strategia Agenției Naționale de Administrare Fiscală 2013-2017

DREPTUL LA TĂCERE – ELEMENT ESENȚIAL AL DREPTULUI LA APĂRARE

Denisa BARBU*

Abstract:

The right to silence is established in national law as an essential element of the right to defence, although from the perspective of the European Convention of Human Rights enshrined in the provisions of article 6 paragraph 2, this right is closely linked to the presumption of innocence. Looking from this perspective, it is considered that it would be an error to situate silencing in the national laws classification under the article concerning the right of defence, and not in the consecrated of the presumption of innocence. The right of defence provided for in article 10 paragraph 4 of the Code of Criminal Procedure refers to all parties and leading to the trial subjects, but enshrining certain rights specific to the suspect or defendant: the right of information on the deed for which they are stalked and its legal framework, and, also the right to silence.

The right to silence is much disputed in the scientific literature, but that is referred to in a lot of legislation, being mentioned also in the European Court of Human Rights. The right to silence and the non-self-incrimination are suspect privileges granted to the defendant consisting in the protection against abuse of the authorities, but also in dispute settlement of the cases, by eliminating or avoiding judicial errors that would result from the constraint of the suspect/defendant (accused) to self-incriminate.

There are a number of discussions about voluntary or involuntary nature of the declaration (article 68 of the Code of Criminal Procedure, 1968) and the freedom of will and choice of the person in respect of which criminal proceedings are carried out pursuant to the cooperation with the judicial authorities. The discussion is relevant especially when applying sanctions to exclude statements obtained in the violation of the right to silence of the suspect or the accused/defendant or the suspect, even when his consent has been obtained in order to give a misleading statement.

Keywords: *right to silence, non-self-incrimination, rights of defence, presumption of innocence*

1. Introducere

Conceptul de "drept la tăcere" nu este prevăzut în mod expres în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, dar Curtea Europeană a Drepturilor Omului a

* Asist. univ.dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Departamentul de Științe Administrative, e.mail: denisa.barbu77@yahoo.com.

statuat că dreptul la tăcere în fața organelor judiciare și privilegiul împotriva autoincriminării sunt, în general, recunoscute internațional, standarde care se află în centrul noțiunii de proces echitabil în conformitate cu articolul 6.¹ În foarte multe state, dreptul la tăcere este expres consacrat în legile fundamentale², fiind ridicat la nivel de drept esențial. Obiectivul principal este secondat de necesitatea conștientizării faptului că obligativitatea aducerii la cunoștință privind dreptul la tăcere, coroborat cu sancțiunea, de asemenea de sorginte adversarială, a excluderii mijloacelor de probă obținute în mod ilegal, impun în materia declarației suspectului/inculpatului recunoașterea teoriei dreptului la tăcere ca și condiție de admisibilitate a acestui mijloc de probă³.

În primul rand Curtea a subliniat importanța respectării dreptului de a nu contribui la propria incriminare și a dreptului la tăcere, care au devenit standarde procesual-penale acceptate la nivel internațional, având o importanță fundamentală în respectarea conceptului de proces echitabil⁴.

2. Dreptul la tăcere în legislația națională

Având în vedere că suspectul /inculpatul reprezintă figura centrală a procesului penal, organele judiciare au obligația de a constata temeinic și motivat dacă acesta este sau nu vinovat de săvârșirea faptei care formează obiectul cauzei penale.⁵ Din perspectiva acestor considerente, declarațiile suspectului sau inculpatului constituie un mijloc de probă important în procesul penal, deoarece relatările complete și sincere ar contribui la reconstituirea faptelor astfel încât să conducă indubitabil la stabilirea vinovăției și la răspunderea penală a acestuia. Audierea suspectului sau inculpatului prezintă o importanță deosebită pentru stabilirea adecvată a măsurilor procesuale, necesare și în același timp proporționale cu situația care le-a determinat.⁶

Importanța declarațiilor suspectului/inculpatului este relevată și de Codul de procedură penală care în anumite dispoziții⁷ impun organelor judiciare să ia declarații în cursul urmăririi penale, al luării, prelungirii măsurilor preventive,

¹Case of John Murray v. The United Kingdom (8 feb.1996),<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980>, accesat la data de 14.02.2015.

² Mircea Duțu, *Dreptul la tăcere*, Editura economică, București, 2005, pp.17-22.

³ Maria Diana Ionescu, *Dreptul la tăcere în procedurile penale în contextul evoluțiilor contemporane*, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, 2011, pp.211-227.

⁴ Hotărârea Brusco vs. Franta (1466/07), din 14 octombrie 2010.

⁵ V. Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală*, Ed. Academiei, București, 1975, vol.I, p.185.

⁶ Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlău și alții, *Noul Cod de procedură penală*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 251.

⁷ Art. 108, art.209 alin.5, art. 212 alin.3, art. 225 alin.7, art. 248 alin. 4, art. 309 alin. 2 , art. 378 Cod proc. pen., s.a.

al judecății, dar tocmai aceste impuneri dau naștere la o serie de controverse privind unul dintre cele mai importante drepturi :dreptul la tăcere.

Inculpatul ca parte în procesul penal este un subiect interesat⁸, ceea ce conduce la stabilirea valorii declarațiilor sale printr-o reglementare cu prevederi speciale referitoare la forța probantă în procesul penal. Comunicarea drepturilor și obligațiilor suspectului sau inculpatului se face înainte de prima audiere în scris, deci, aceste îndatoriri ale organului judiciar sunt expres prevăzute de lege, Codul de procedură penală nefăcând altceva decât transpunerea în dreptul intern a Directivei 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2012 privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale.⁹

Pe lângă celelalte drepturi (dreptul de a fi asistat de un avocat, dreptul de a fi informat cu privire la acuzare, etc.) există menționat în art. 3 din Directivă și dreptul de a păstra tăcerea. În Codul procesual penal drepturile suspectului/inculpatului se regăsesc în art. 83.

Dreptul de a nu da nicio declarație, precum și faptul că, în cazul în care refuză să dea declarație suspectul/inculpatul nu va suferi nicio consecință defavorabilă și de asemenea, atenționarea că declarațiile date vor fi folosite ca mijloace de probă împotriva sa, nu constituie altceva decât esența *dreptului de a păstra tăcerea și de a nu contribui la propria incriminare*.¹⁰

Deși nu este menționat în mod expres în art. 6 din CEDO, dreptul la tăcere și dreptul de nu contribui la propria acuzare constituie unul dintre standardele internaționale recunoscute care au stat la baza dreptului la un proces echitabil.¹¹ De asemenea, jurisprudența CEDO evidențiază legătura dintre dreptul la tăcere și dreptul la asistență din partea unui avocat.¹²

Dreptul de a nu contribui la propria învinuire constă în faptul că acuzarea în cadrul procesului penal va căuta să-și fundamenteze dosarul fără a apela la declarații obținute prin mijloace de constrângere sau prin exercitarea de presiuni asupra suspectului sau inculpatului. Din această perspectivă, dreptul evidențiat mai sus ar avea legătură și cu prezumția de nevinovăție consacrată și de dispozițiile art. 6 alin.1 din CEDO, însă dreptul de a nu contribui la propria acuzare privește, în primul rând, respectarea voinței suspectului/inculpatului de a păstra tăcerea.¹³

⁸ Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlău și alții, *op.cit.*, p.251.

⁹ J.O. L 142 din 1 iunie 2012.

¹⁰ Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlău și alții, *op.cit.*, p.255.

¹¹ George Antoniu, Adina Vlășceanu, Alina Barbu, *Codul de procedură penală, texte, jurisprudență, hotărâri CEDO, ediția a 2-a*, Ed. Hamangiu, 2008, p.143.

¹² Mircea Duțu, *op.cit.*, p.21.

¹³ Cauza Saunders c. Regatului Unit, CEDO, hotărârea din 17 decembrie 1996, parag. 68,69, accesat www.echr.coe.int la data de 02.12.2014.

Toate acestea conduc la garanția ce decurge din jurisprudența Curții Europene, și anume la dreptul la un proces echitabil, potrivit căruia autoritățile judiciare nu pot obliga pe suspect/inculpat să dea declarații, având, totodată, o putere limitativă de a trage concluzii în defavoarea lor din refuzul de a da declarații.¹⁴

Există situații în care inculpatul refuză să dea declarații, invocând dreptul la tăcere, însă prin această atitudine nu poate exclude posibilitatea pe care o are judecătorul de a evalua declarațiile date anterior cu respectarea dreptului la un proces echitabil.

În materia măsurilor preventive, înainte de a fi audiat organele de cercetare penală, procurorul, judecătorul de drepturi și libertăți îi comunică suspectului sau inculpatului că are dreptul de a nu face nicio declarație, că are dreptul de a fi asistat de un avocat ales ori numit din oficiu, atrăgându-i-se atenția că tot ce declară poate fi folosit și împotriva sa.¹⁵

Dreptul la tăcere poate fi folosit și în situația în care sunt descoperite urme ale infracțiunii pe inculpat sau pe hainele acestuia, obiecte, pe baza cărora se poate naște suspiciunea rezonabilă că a participat la infracțiunea de care este acuzat. Toate acestea conduc la concluzia că organele de urmărire penală administrează mijloacele de probă fără să folosească constrângeri, presiuni, tratamente inumane sau degradante, (folosire de substanțe care afectează capacitatea persoanei audiate de a relata în mod conștient și voluntar fapte sau împrejurări), instanța de judecată neputând ajunge la concluzii defavorabile inculpatului prin interpretarea tăcerii acestuia.¹⁶

Sanțiunea neaducerii la cunoștință a dreptului la tăcere reprezintă excluderea mijlocului de probă nelegal sau neloial obținut, conform art. 102 alin.2 Cod proc.pen., atât în cazul audierii în cursul urmăririi penale, cât și în cazul audierii în cursul judecății.¹⁷

Din momentul exercitării dreptului la tăcere, organele judiciare au obligația de a înceta ascultarea și de a nu mai pune întrebări, excepție făcând cazul când suspectul/inculpatul își exercită dreptul la tăcere cu privire numai la anumite întrebări care i se pun.¹⁸

În ceea ce privește declarația suspectului/inculpatului, Codul de procedură penală are o acuratețe sporită, deoarece subliniază dreptul acestuia de a nu se autoincrimina („inculpatul este lăsat să spună tot ce știe referitor la fapta care

¹⁴ M.Udroiu, *Procedură penală. Partea generală. Noul Cod de procedură penală*, Ed. C.H. Beck, 2014, p.244.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ I. Griga, M. Ungureanu, *Dreptul la tăcere al învinuitului sau inculpatului*, în RDP nr.1/2005, p.27; Radu Chiriță, *Dreptul la tăcere și privilegiul contra autoincriminării*, Ed. Universul juridic, 2008, p.63.

¹⁷ M. Udroiu, *op.cit.*, p.245.

¹⁸ Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlaşu și alții, *op.cit.*, p.256.

i-a fost comunicată ” spre deosebire de vechiul cod, care se referea la ”tot ce știe în cauză”).

În prezent, dreptul la tăcere al suspectului/înculpatului este modificat în ceea ce privește concepția, întrucât este divizibil, adică numai la anumite fapte, împrejurări sau întrebări puse, și nu la întreaga declarație.

O importantă obligație impusă prin dispozițiile Codului de procedură penală organelor judiciare este înregistrarea audio-video a audierii suspectului/înculpatului, deoarece acesta poate fi folosită ca o dovadă importantă atât în favoarea suspectului/înculpatului, atunci când susține că a fost supus la rele tratamente, cât și a organelor judiciare, care pot proba lipsa de temeinicie a afirmațiilor suspectului/înculpatului.¹⁹

Art 117 Cod proc.pen prevede în mod expres persoanele care au dreptul de a refuza să dea declarații în calitate de martor (soțul, ascendenții și descendenții în linie directă, frații/surorile suspectului/înculpatului, precum și persoanele care au avut calitatea de șot al suspectului/înculpatului). În ceea ce privește declarația martorului obligat la păstrarea secretului, această limitare ar trebui interpretată și în corelație cu prevederile art.303, art. 304 și art. 305 Cod proc.pen., întrucât această obligație poate fi dezlegată de autoritatea competentă sau de persoana îndreptățită să își exprime acordul în acest sens.²⁰

În cazul soțului, fostului soț, ascendenților, descendenților în linie directă și fraților și surorilor suspectului sau înculpatului există excepția relativă privind opțiunea acestora de a se abține sau de a da declarații, deoarece prin acordarea de declarații ar periclita viața de familie, fie ar putea fi condamnate pentru mărturie mincinoasă, dacă acceptă să dea declarație și nu spun adevărul.²¹

Există și posibilitatea ca un martor să dea declarație într-un proces penal, iar ulterior să dobândească surprinzătoarea calitate de suspect/înculpat. Întrebarea este dacă martorul se poate autoincrimina. Într-o opinie²² se consideră că martorul are dreptul la tăcere, în situația în care prin declarația pe care o face s-ar putea autoincrimina.

Într-o altă opinie, declarația dată în calitate de martor se exclude din cadrul probelor din procesul penal, deoarece exercitarea efectivă a dreptului la tăcere ar însemna să nu se răspundă la o serie de întrebări care ar conduce la incriminare, deși organul judiciar are cunoștință de faptele și împrejurările respective din declarațiile date anterior.

Din aceste considerente, considerăm că este cea de-a doua opinie este corectă, întrucât art. 118 Cod proc.pen. se referă la o declarație deja existentă a

¹⁹ Art. 109 alin 5 din Cod proc.pe.; Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlău și alții, *op. cit.*, p. 261.

²⁰ A se vedea în acest sens aplicarea principiului cauzei justificative constând în consimțământul persoanei vătămate, conform art. 22 Cod penal.

²¹ Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlău și alții, *op.cit.*, p.276.

²² M.Udroiu, *op.cit.*, p.266.

martorului care conține elemente de autoincriminare, ceea ce conduce la posibilitatea nepermisă de lege pentru toți martorii de a evita răspunsul la anumite întrebări.²³

3. Dreptul la tăcere în legislația altor state

În mai multe state europene (Franța, Spania, Germania, Italia, s.a.) dreptul la tăcere a fost recunoscut ca o garanție a dreptului la apărare și ca o latură extinsă a dreptului la un proces echitabil.²⁴

În ceea ce privește recunoașterea dreptului la tăcere, în legislația franceză și nu numai, orice persoană urmărită are dreptul de a refuza să fie interogată de către judecătorul de instrucție până când acesta este în măsură să-și exercite dreptul la apărare bucurându-se de asistența din partea unui avocat și de a lua cunoștință de toate actele dosarului.²⁵ Cu toate acestea, s-a pus întrebarea firească dacă refuzul de a da declarații poate fi „pedepsit” cu consecința formării convingerii magistratilor din perspectiva atitudinii de tăcere. Cu alte cuvinte, dreptul la tăcere poate constitui o probă indirectă ?

Multă vreme s-a spus că nicio persoană nu poate fi pedepsită pentru refuzul de a da declarații, însă în unele state (spre exemplu, Franța, Germania) o perioadă de timp aprecierea probelor de către magistrat și pronunțarea hotărârii pe baza tăcerii acuzatului era binevenită, însă era limitată, deoarece în realitate „tribunalele nu puteau să se împiedice de a ține cont de tăcerea suspectă”²⁶, chiar dacă le era interzis teoretic acest lucru.

În Germania, reglementarea referitoare la dreptul la tăcere este cea din art. 163a raportată la art. 136 C. pr. pen. (Strafprozeßordnung, StPO). Art. 163a alin.4 prevede că acuzatul va fi informat cu privire la infracțiunea de care este acuzat când este prima dată interogată de organele de poliție. La prima interogare, suspectului i se vor aplica dispozițiile art. 136 alin. 1, subparag. 2-4, alin. 2 și 3 și ale art. 136a²⁷.

Art. 136 alin. 1 dispune: *„La începerea primei examinări, acuzatul va fi informat...că legea îi conferă dreptul de a răspunde la acuzație sau de a nu face nicio declarație asupra acesteia și de a se consulta cu un avocat liber ales, chiar înainte de interogare. Va fi în continuare instruit că poate să solicite administrarea de probe în apărare...”*

Art. 136a precizează contextul în care voința acuzatului nu mai este liberă, arătându-se faptul că *„libertatea de formare a voinței și de exprimare a acesteia*

²³ Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlău și alții, *op.cit.*, p.278.

²⁴ Mircea Duțu, *op.cit.*, p.41.

²⁵ Ibidem, p.47.

²⁶ Ibidem, p.51.

²⁷ Voicu Pușcașu, *Aspecte critice privind reglementarea dreptului la tăcere și la neautoincriminare în procedura penală română cu referințe de drept comparat*, publicat Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept, p.83, accesat de pe adresa www.drept.uvt.ro.

nu poate fi afectată de rele tratamente, oboseala indusă, interferență fizică, administrare de droguri, tortură, inducere în eroare sau hipnoză.

Constrângerea poate fi folosită numai atât cât este permisă de Codul de procedură penală. „Amenințarea acuzatului cu măsuri care nu sunt premise potrivit acestor dispoziții sau prezentarea posibilității oferirii unui avantaj nereglementat de norme este interzisă”.

În Spania, art. 396 alin. 1 din Legea de procedură penală (Ley de Enjuicia-miento Criminal) dispune: „Acuzatului i se permite să dea declarații în măsura în care dorește să se exculpe sau să explice faptele...”; art. 400 prevede: „Acuzatul poate să dea declarații de câte ori dorește, iar magistratul va primi de îndată declarația dacă are legătură cu cauza”; art. 520 alin. 2 prevede: „Orice persoană arestată va fi informată imediat, și într-o manieră în care înțelege...cu privire la drepturile pe care le are, și, în special, cu privire la următoarele: a. dreptul de a păstra tăcerea și de a nu face declarații dacă nu dorește, și de a nu răspunde niciuneia dintre întrebările puse, sau de a afirma că dorește să vorbească numai în fața unui judecător; b. dreptul de a nu face nicio declarație autoincrimatoare și de a nu-și mărturisi vinovăția; c. dreptul de a desemna un avocat și de a solicita prezența lui ca sprijin în timpul interogatoriilor poliției și judiciare...Dacă persoana arestată nu desemnează un avocat, unul îi va fi oficial desemnat”²⁸

Ideea limitării dreptului la tăcere a determinat controverse, dar și temeri însă majoritatea temerilor nu sunt justificate, deoarece această idee este concentrată pe studiul efectuat în Singapore, stat tip common law ce a limitat dreptul la tăcere²⁹. De asemenea, ne-am propus să analizăm anumite domenii cu care sistemul american s-a confruntat. Astfel e testul ADN, văzut ca și probă absolută, dar care are anumite limite, posibilitatea folosirii mărturiilor date sub imunitate într-un stat ca fundament al acuzațiilor într-un alt stat, posibilitatea invocării dreptului la tăcere de către polițiști, dar și parola la un calculator ca ipoteză acoperită de privilegiul împotriva propriei incriminări³⁰. Ceea ce toate aceste situații au în comun este faptul că pun în balanță privilegiul împotriva propriei incriminări cu alte concepte și, într-o anumită măsură, obligă la sacrificarea unuia în favoarea celuilalt, iar acest lucru nu este neapărat de

²⁸ V. Pușcașu, *Prezumția de nevinovăție*, Ed. Universul juridic, București, 2012, p. 183.

²⁹ John H. Wigmore, *Evidence in Trials At Common Law*, John T. McNaughton Rev. 1961, pp. 260-270, citat în O'Reilly, W. Gregory, *Right to Silence*, The Journal of Criminal Law and Criminology, no. 2, fall 1994, p. 407.

³⁰ În jurisprudența americană este o cerință ca pericolul unui proces ulterior să fie oarecum conturat. O asemenea cerință s-a încetățenit sub denumirea de doctrina „maturității”. A se vedea Michael J. Zydney Mannheim, *Ripeness of Self-Incrimination Clause Disputes*, Journal of Criminal Law and Criminology, 2005, pp. 1273-1274, 1285-1323.

condamnat cât timp se încadrează în caracterul modelabil la dreptului la tăcere, menționat anterior³¹.

Deși, aparent, ne referim mai mult pe jurisprudența americană, de fapt ea este în strânsă legătură cu jurisprudența C.E.D.O., deoarece încearcă să completeze acolo unde jurisprudența C.E.D.O. nu menționează nimic și să contureze viitorul dreptului la tăcere așa cum se pare că se manifestă în jurisprudența statelor tip *common law* pentru că la un moment dat și C.E.D.O. va avea ocazia să se pronunțe asupra unor asemenea situații.³²

Această idee este considerată a fi scopul privilegiului împotriva propriei incriminări nu doar în jurisprudența S.U.A. [idee dezvoltată prin intermediul celui de-al Cincelea Amendament din Constituție care prevede că „nici o persoană(...)nu va fi obligată într-un proces penal să devină martor împotriva propriei persoane(...)” acest drept fiind încetățenit sub denumirea de „drepturile Miranda”], dar și în concepția C.E.D.O.³³

4. Concluzii

Dreptul de a nu se autoacuză nu este prevăzut în mod expres în Convenția europeană, el fiind cunoscut și sub denumirea de „drept la tăcere”.

Dreptul suspectului sau inculpatului de a nu se autoincrimina, sau de a păstra tăcerea constituie o exigență elementară a procesului echitabil.

Judecătorel european a readus în actualitate unele garanții implicite ale echității procedurale. Plasat de judecătorel european în „centrul noțiunii de proces echitabil, dreptul la tăcere presupune ca tăcerea suspectului sau inculpatului să nu poată antrena condamnarea acestuia sau recunoașterea faptelor imputate. Acest drept este destinat să-l protejeze pe suspect/inculpat împotriva coerciției abuzive a autorităților. Domeniul de aplicare al dreptului de a păstra tăcerea este circumscris „materiei penale”, în sensul Convenției, fiind astfel susceptibil sau aplicabil procedurilor penale privind „toate tipurile de infracțiune, de la cea mai simplă, până la cea mai complexă”.³⁴

Așa cum distinsul profesor, Mircea Duțu spunea invocând pe Sir Thomas More că „vinovăția se găsește în cuvintele rostite sau în faptele săvârșite, nu în tăcere”, tot așa noi considerăm că dreptul la tăcere este fundamental unui proces echitabil.

³¹ Mark Berger, *Europeanizing self-incrimination: the right to remain silent in the European Court of Human Rights*, Columbia Journal of European Law, vol. 12, 2006, p. 351.

³² Mark Berger, *Self-incrimination and the European Court of Human Rights*, E.H.R.L.R., Issue 5, 2007, Sweet & Maxwell Ltd 2007, pp 524-525.

³³ Comisia Europeană a Drepturilor Omului, 13 octombrie 1992, Rev. Trim. Dr. H., 1994.

³⁴ Frederic Sudre, *Drept European și internațional al drepturilor omului*, Ed. Polirom București 2006, pag. 296-297.

În doctrina europeană³⁵, se arată că dreptul la libertatea de exprimare, consacrat în art. 10 din Convenția europeană a drepturilor omului, garantează, de asemenea, într-un mod tacit „dreptul negativ”³⁶ de a nu fi forțat să se exprime, ceea ce înseamnă păstrarea tăcerii sub rezerva restricțiilor prevăzute de art. 10 parag. 2. Obligația de a depune mărturie contra voinței sale, sub constrângerea unei amenzi și sub orice altă formă de coerciție constituie o ingerință în aspectul negativ al dreptului la libertatea expresiei care trebuie să fie necesară într-o societate democratică.

Concluzia este că dreptul la tăcere nu este unul absolut, fiind necesar a se analiza toate împrejurările cauzei și a se respecta proporționalitatea între scopul urmărit și mijloacele alese, pentru a nu se înfrânge celelalte garanții procedurale conferite de art. 6 din CEDO, în special dreptul la apărare.

³⁵ J. Pradel, *Droit penal compare*, Dalloz, Paris, 1995, p. 274.

³⁶ Ștefan Făt, *Prezumția de nevinovăție și dreptul la tăcere*, publicat în revista *Anale* nr. 10/2007, p.110, accesat de pe www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/.

CONTRACTUL DE AMBARCARE

*Constantin ANECHITOAIE**

Abstract:

The analysis of the legal components of the boarding agreement shows that this contract, in fact, is an individual employment contract concluded for a fixed period, with a particular suite of elements determined by very specific of the sailor profession.

The individual boarding agreement is an undefined legal concept, which incidentally regulates the meaning of "individual employment contract concluded for a fixed period" by employees who are part of the crew

Keywords: *embarking, collective work, boarding personnel*

1. Contractul de ambarcare

În România condițiile contractului de ambarcare sunt cele prevăzute în contractul colectiv de muncă, respectiv, contractul individual de muncă, încheiat conform codului muncii, iar îndatoririle de serviciu sunt cuprinse în regulamentele și instrucțiunile asupra serviciului la bordul navelor maritime și fluviale¹.

Contractul de ambarcare național este definit ca acea convenție care reglementează raporturile de muncă ale membrilor de echipaj, al navelor care arborează pavilion român cu angajatorii lor.

2. Contractul de înrolare

Sunt necesare câteva precizări pentru a elimina confuzia, datorată prezenței unor termeni în uzanțele vieții maritime, cu prezența acelorași termeni acceptați de legislația în vigoare de astăzi, dar uneori, cu înțeles diferit.

În lexiconul maritim englez-român, este definit contractul de angajare/înrolare (sau rolul de echipaj)², ca fiind un act scris intervenit între comandant sau armator și fiecare membru din echipaj, prin care se stabilesc condițiile de angajare: funcția, îndatoririle de serviciu, drepturile de salariu, hrană și întreținere la bord, durata angajării, clauze privind desfacerea

* Prof. univ. dr., dr.h.c. Universitatea "Ovidius" din Constanța, anechitoae@yahoo.com.

¹ C. Anecitoae, *Dreptul muncii și securității sociale. Curs universitar*. Ed. Pro Universitaria, 2013 București, pp. 170-181. C. Anecitoae, *Elemente de conducerea navei. Curs universitar*. Ed. Pro Universitaria, 2015 București, pp. 144-157.

² G. Bibicescu, A. Tudorică, G. Scurtu, M. Chiriță, *Lexicon maritim englez-român (cu termeni corespondenți în limbile franceză, germană, spaniolă, rusă)*, Editura Științifică, București, 1971, pag. 40. Articles of agreement (articles; shipping articles; ship's articles). Fr. *Rôle d'équipage* Ger. *Musterrolle*; Sp. *Rol de la tripulacion* R. *Cydoean po/ib; Jtozoeop o Haujue na cyduo*.

contractului (la o dată stipulată în contract, la terminarea unui anumit voiaj, la orice dată prin consimțământul ambelor părți, în caz de avariere gravă sau pierdere a navei, în caz de pierdere a capacității de muncă a marinarului etc.).

Contractul se încheie în prezența unei autorități (căpitanie sau alt serviciu organizat). În baza contractului, marinarii angajați se înscriu în rolul de echipaj al navei.

Când angajarea se făcea fără un contract expres în forma scrisă, înscrierea în *rolul de echipaj* (Muster roll³) constituia prezumția legală a existenței contractului. De aceea, *rolul de echipaj* se confundă uneori ca noțiune, cu *contractul de înrolare*⁴.

Articolul 532 și urm. C. com., referitoare la „*contractul de înrolare*” și la regimul său juridic, au fost abrogate implicit, fiind în prezent inaplicabile.

3. Rolul de echipaj

Rolul de echipaj constituie un act aproape similar cu lista nominală a echipajului unei nave, care constituie unul dintre documentele principale fără de care o navă nu poate pleca din port și nu poate naviga în mod legal⁵.

Acest document este un act oficial emis de autoritatea maritimă competentă (în România de căpitania portuară), în care este înscris nominal întregul echipaj al navei. Cuprinde: numele, prenumele, vârsta, domiciliul și calificarea profesională a fiecărui membru din echipaj, funcția care o îndeplinește la bord, obligațiile principale ale serviciului de cart, drepturile de salariu, hrană și întreținere etc.

În acest document se înscriu posturile fiecărui om din echipaj și ale pasagerilor în diferite situații sub diferite denumiri: rol de avarie; rol de gaură de apă; rol de manevră; rol de barcă⁶; rol de incendiu; rol de luptă; rol de curățenie. Într-un asemenea *rol*, sunt inserate totalitatea îndatoririlor pe care le are fiecare membru din echipaj în diferite situații (serviciul zilnic; în caz de avarie; eșuare etc.)

Rolul de echipaj stă la baza întocmirii rolului general al navei cu care însă nu trebuie confundat. De asemenea, se deosebește ca scop și conținut, de lista de echipaj⁷. În lipsa unui contract de angajare/ambarcare scris, rolul de echipaj îl

³ G. Bibicescu [et. al], *Lexicon maritim englez român*, Editura Științifică, București, 1971, p. 462.

⁴ G. Piperea, *Dreptul transporturilor. Ediția 2*, Editura All Beck, București 2005, p. 153.

⁵ *Dicționarul enciclopedic de marină*, Coordonator: A. Bejan, Editura Societății Scriitorilor Militari, București, 2006, p. 436. Vezi și: I. Manole, G. Ionescu, *Dicționar marinăresc*, Editura Albatros, București, 1982, p. 389; *Dicționarul Explicativ Ilustrat al Limbii Române*, Editura ARC & GUNIVAS, Chișinău, 2007, p. 1696.

⁶ Document organizatoric intern la bord, care cuprinde repartizarea nominală a întregului echipaj în bărcile și plutele de salvare în cazul abandonului navei.

⁷ Listă nominală a echipajului ambarcat. Face parte din documentele de bord ce se prezintă organelor de control la sosirea și plecarea din port. Cuprinde: numele și prenumele persoanei,

substituie, producând toate efectele juridice, legale ale contractului. Un exemplar al rolului de echipaj se păstrează la căpitania portului de înscriere al navei.

4. Rolul general al navei

Rolul general al navei reprezintă un document organizatoric intern, cuprinzând repartizarea nominală a membrilor echipajului navei la posturile de intervenție în cazurile de incendiu, avarii la opera vie, abandonarea navei, care necesită luarea de măsuri urgente la bord pentru siguranța navei sau pentru salvarea oamenilor. Rolul general al navei, se întocmește la intrarea navei în funcțiune și se ține la zi, operând ori de câte ori intervin cazurile de schimbări în personal. Pentru fiecare post se fixează îndatoririle și modul de acțiune, privitor la: închiderea porților etanșe și a valvulelor de fund; verificarea clapetilor tubulaturii scurgerilor de pe punți și a instalației de protecție contra incendiului; stingerea incendiului; pregătirea bărcilor și a celorlalte mijloace de salvare de la bord în vederea abandonării navei; anunțarea pasagerilor în caz de evacuarea navei, conducerea acestora spre posturile de ambarcare, supravegherea ambarcării, lăsarea la apă a bărcilor și plutelor de salvare etc.

Rolul general repartizează nominal întregul echipaj în ambarcațiunile de salvare, în conformitate cu regulile „Convenția Internațională pentru Ocrotirea Vieții Umane pe Mare.” referitoare la: capacitatea maximă, numirea unui șef de barcă, asigurarea în fiecare barcă a unui număr suficient de marinari brevețați etc. Pentru cazurile de incendiu și abandonarea navei, rolul general prevede semnalele speciale ce se transmit pe navă prin fluier, sirenă sau sonerii.

Din rolul general derivă rolurile parțiale: de incendiu, de avarii, de bărci, de abandonare etc., pe baza cărora se desfășoară la bord exerciții de antrenament cu echipajul și se face apelul și instructajul pasagerilor.

5. Definirea termenilor imbarcare – ambarcare

Îmbarcare. În Regulamentul din 2007, privind criteriile minime de pregătire, perfecționare și certificare a piloților maritimi, alții decât piloții de mare largă, se prevede printre alte condiții minime, pentru obținerea brevetului și un „stagiul minim de *îmbarcare*...”⁸.

În Metodologia din 23/01/2003 privind eliberarea autorizației de funcționare a societăților comerciale care prestează servicii de selecție și plasare a personalului navigant maritim sau fluvial român pe nave care arborează pavilion român ori străin, precum și instituirea unor măsuri de

funcția la bord, actul de calificare, locul și data nașterii, naționalitatea, data ambarcării. Tabelul nominal trebuie să corespundă cu rolul de echipaj.

⁸ Capitolul I: art. 1 lit. b), art. 2 lit. b), art. 3 lit. b). Capitolul II: art. 4 lit. b), art. 5 lit. b), art. 6 lit. b). Capitolul III: art. 7 lit. b), art. 8 lit. b). Regulamentul face parte integrantă din Ordinul 382/2007, Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 419 din 22/06/2007, Modificat de: Ordinul nr. 1090/2007 și de Ordinul nr. 1096/2007.

securitate financiară în caz de abandonare a acestuia în afara României⁹, se prevede că agenția de personal navigant poate plasa personal navigant numai pe baza unor oferte ferme de locuri de muncă, făcute de armatori sau de asimilații acestora. Prin ofertă fermă de locuri de muncă la bordul navelor, făcută de armatori sau de asimilații acestora, se înțelege precizarea unor elemente cu caracter minimal, printre care și „durata și natura îmbarcării” [art. 3 alin. (2) lit. B, a)], „durata contractuală de îmbarcare”¹⁰. În continuare Agențiile de personal navigant sunt obligate să prezinte asigurări potrivit cărora, „contractele de îmbarcare” sunt conforme cu legislația și cu contractele colective aplicabile. Personalul navigant trebuie să fie informat asupra drepturilor și obligațiilor lor conferite de legislația în vigoare și de „contractul de îmbarcare”, iar după semnarea de către părți personalul navigant primește copii de pe contractul individual de muncă și de pe „contractul de îmbarcare”¹¹.

În legea nr. 17/1990 (r2) privind regimul juridic al apelor maritime interioare, al mării teritoriale, al zonei contigue și al zonei economice exclusive ale României¹² se prevede: „îmbarcarea pe nave a oricărui fel de aparate de zbor”, „îmbarcarea de tehnică militară [art. 18 alin. (2) lit. f]”, „îmbarcarea sau debarcarea de mărfuri, stupefiante și substanțe psihotrope, fonduri bănești sau de persoane [art. 18 alin. (2) lit. g]”, „îmbarcarea sau debarcarea de persoane ori mărfuri [art. 49 alin. (1) lit. h]”. Potrivit legii nr. 17/1990 (r2) termenul de *îmbarcare* se aplică atât persoanelor cât și pentru mărfuri.

În H. G. 83/2003 privind autorizarea societăților comerciale care prestează servicii de selecție și plasare a personalului navigant maritim sau fluvial român pe nave care arborează pavilion român ori străin, precum și instituirea unor măsuri de securitate financiară în caz de abandonare a acestuia în afara României¹³ se prevede ca la bordul navei personalul navigant se încheie cu armatorul sau cu reprezentantul acestuia un „contract de îmbarcare”, în care sunt stabilite condițiile specifice de muncă și viață de la bordul navei [art. 3 alin. (3)]. Este de asemenea amintit „contractul individual de îmbarcare” [art. 7 alin. (2)], „două luni de îmbarcare”, (art. 10), „perioadele de îmbarcare... ale personalului” [art. 13 alin. (2)].

În Acordul din 10/11/1993 între Guvernul României și Guvernul Marelui Ducat al Luxemburgului privind transportul pe căile navigabile din 1993¹⁴, este

⁹ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 84 din 11/02/2003, Modificat de H.G. nr. 2174/2004.

¹⁰ Art. 3 alin. (2) lit. B, g).

¹¹ Art. 9 alin. (2) lit. b) - e).

¹² Art. 18 alin. 2, lit. e) - g), art. 49 alin. (1) lit. h) Republicat (r2) în Monitorul Oficial, Partea I nr. 252 din 08/04/2014

¹³ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 84 din 11/02/2003

¹⁴ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 138 din 01/06/1994.

amintit termenul de „cheiurile de *îmbarcare*/debarcare pasageri” [art. 1 lit. g), j) – l)].

În Instrucțiunile din 24/03/2003 privind examinarea medicală și psihologică a personalului din transporturi cu responsabilități în siguranța circulației și a navigației¹⁵ se prevede: „personalul navigant român *îmbarcat* pe navele sub pavilion român sau străin” [art. 9 alin. (5)].

Ambarcarea. În Acordul din 08/04/1976 între guvernul Republicii Socialiste România și guvernul Republicii Populare Chineze privind navigația maritimă¹⁶ se prevede: „*ambarcarea* și *debarcarea* pasagerilor” (art. IV).

În Protocolul din 22/10/1991 între Guvernul României și Guvernul Republicii Federale Germania privind navigația pe căile navigabile interioare¹⁷ este definit termenul „Transport în tranzit”: transportul pasagerilor și/sau mărfurilor cu o navă a unei părți pe căile navigabile interioare de pe teritoriul celeilalte părți contractante, fără „*ambarcarea*,” sau *debarcarea* pasagerilor, respectiv fără încărcarea sau descărcarea mărfurilor în timpul trecerii (pct. 1 alin. (2)).

În Legea nr. 138/1999 privind salarizarea și alte drepturi ale personalului militar din instituțiile publice de apărare națională, ordine publică și siguranță națională, precum și acordarea unor drepturi salariale personalului civil din aceste instituții¹⁸ este amintit: personalul navigant de marină din subunitățile și unitățile de nave, submarine, „*ambarcat*” (art. 22), și dreptul la „o *indemnizație de ambarcare*” acordată personalul militar și civil din subunitățile și unitățile de nave „*ambarcate*” (Anexa IV, pct. 1).

În H. G. nr. 245 din 04/03/2003 pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a Ordonanței Guvernului nr. 42/1997 privind transportul naval¹⁹ sunt folosiți ambii termeni (*ambarcarea* vrsus *îmbarcarea*). Deși în Capitolul III, Secțiunea 1 este intitulată „*Îmbarcarea și debarcarea personalului navigant*”, în continuare este întrebuințat termenul de *ambarcat*: „*timpul ambarcat* al personalului navigant” [art. 46 alin. (3)], „*datele de ambarcare*” [art. 49 alin. (1)], „*perioadele de ambarcare*” [art. 50 alin. (1)], „*operațiunile de ambarcare*”, menționate în carnetul de marinar „*adeverința de ambarcare*” [art. 50 alin. (2) lit. a și b], „*personalul navigant ambarcat*” (art. 51), „*contractul individual de ambarcare*” [art. 51 lit. b)].

¹⁵ Emis de Ministrului Lucrărilor Publice, Transporturilor și Locuinței, Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 364bis din 28/05/2003.

¹⁶ Publicat în Buletinul Oficial nr. 60 din 28/06/1976.

¹⁷ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 77 din 29/04/1992.

¹⁸ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 347 din 22/07/1999 cu modificările aduse prin următoarele acte: OUG 227/2000; OUG 38/2001; OUG 180/2002; OUG 2/2004; OUG 29/2004; OG 31/2005; OG 56/2006; OG15/2007; OG 8/2008; L 330/2009; L 49/2012.

¹⁹ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 185 din 25/03/2003.

În secțiunea a 2-a, din H.G. nr. 245/2003, se menționează „În cazul în care încărcarea, descărcarea, transbordarea de mărfuri sau *îmbarcarea* ori debarcarea pasagerilor” [art. 74 alin. (1)], Pentru navele de pasageri *îmbarcarea/debarcarea* pasagerilor (art. 86).

Prezentul act normativ întrebunează termenul „*îmbarcarea*” sau „*ambarcarea*” pentru a defini doar personalul navigant, iar operațiunile cu mărfuri este definit cu termenul „încărcare/descărcare”.

O. G. nr. 42/1997 (r1) privind transportul maritim și pe căile navigabile interioare²⁰, de asemenea folosește ambii termeni: „... în afara echipajului, pot fi *îmbarcate* și alte persoane ... cu aprobarea căpităniei portului de *îmbarcare*” (art. 57), „șeful mecanic *îmbarcat* la bordul unei nave” [art. 73 alin. (1)], „numărul pasagerilor *îmbarcați*” [art. 131 lit. i)]; „echipajul minim de siguranță care trebuie să fie *ambarcat* pe navele” [art. 56 alin (2)]; „tuturor persoanelor *ambarcate* pe navă” [art. 72 alin. (1)].

Putem aprecia că potrivit legislației românești în vigoare, nu se regăsesc definiții ale termenului „*ambarcare*” și termenului „*îmbarcare*”, legiuitorul deseori folosește ambii termeni, aceștia fiind sinonimi.

6. Definirea contractului individual de ambarcare

Contractul de ambarcare este reglementat în legislația internațională prin Convenții internaționale ale Organizației Internaționale a Muncii, ratificate în etape succesive de statele interesate. Personalul navigant maritim și fluvial, este caracterizat ca fiind o categorie profesională cu anumite particularități, care își desfășoară activitatea în baza unor contracte tip cu un vădit conținut de norme internaționale. Astfel, era firesc ca drepturile și obligațiile acestora să fie reglementate în mod unitar pe întreg mapamondul.

Numărul mare de convenții ce conțin norme juridice cu aplicabilitate în conținutul contractului de ambarcare, justifică caracterul particular al acestei categorii de personal.

În legislația internațională raporturile de muncă ale navigatorilor sunt expres prevăzute în Convenția nr. 22 din 24 iunie 1926 privind contractul de angajare al navigatorilor²¹ și se aplică tuturor navelor maritime înmatriculate în statul membru care a ratificat această convenție, precum și armatorilor, comandanților²² și navigatorilor²³ acestor nave.

²⁰ Republicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 10/03/2004.

²¹ Publicat în Monitorul Oficial al României nr. 34 din 28 ianuarie 2000.

²² Termenul comandant include orice persoană care deține comanda și responsabilitatea unei nave, cu excepția piloților.

²³ Termenul navigator include fiecare persoană care face parte din echipajul unei nave maritime sau fluviale. Vezi: *Dicționarul enciclopedic de marină*, Coordonator: A. Bejan, Op. cit., p. 529. Totodată, navigator desemnează persoana cu calificare specială și practică în arta navigației și conducerea navei. În limbajul curent, acest termen se acordă și marinarilor de orice

Potrivit art. 3 din Convenție, denumirea cât și condițiile în care se semnează contractul de angajare trebuie prevăzute de legislația națională, astfel încât să se asigure controlul autorității publice competente.

Andrei Popescu apreciază că Normele Organizației Internaționale a Muncii privind marinarii, prezintă *o certă originalitate în raport* cu cele ce privesc lucrătorii, în general, *fiind adoptate în sesiuni speciale – denumite maritime* și intrând în vigoare în condiții specifice²⁴.

Interesul Organizației internaționale a Muncii de a elabora un nou instrument care să regrupeze ansamblul convențiilor în domeniul maritim, s-a concretizat prin adoptarea Convenției nr. 186/2006 asupra muncii maritime. Convenția, calificată de unii analiști o *cartă a drepturilor fundamentale a marinarilor*, conține reglementări clare, dar și suficient de flexibile pentru ca statele membre să stabilească drepturile și obligațiile marinarilor într-un mod unitar.

Convenția privind munca maritimă din 2009 prin Rezoluția Parlamentului European din 14 ianuarie 2009, a invitat toate statele membre să ratifice fără întârziere Convenția privind munca în domeniul maritim, din 2006²⁵, care a intrat în vigoare după îndeplinirea unor condiții²⁶. Aceste condiție au fost întrunite la 20 august 2012, iar Convenția privind munca maritimă din 2006 a intrat în vigoare, prin urmare, la 20 august 2013²⁷.

Noua convenție consolidează și aduce la zi 68 de convenții și recomandări maritime ale Organizației Internaționale a Muncii adoptate, începând cu anul 1920.

Raporturile de muncă ale membrilor de echipaj²⁸ al navelor care arborează pavilionul român, în raport cu angajatorii lor, se stabilesc pe baza prevederilor legislației naționale, ale acordurilor și ale convențiilor internaționale, la care România este parte, precum și pe baza contractelor colective de muncă și a celor individuale de ambarcare.

categorie. Vezi: G. Bibicescu, A. Tudorică, G. Scurtu, M. Chiriță, *Lexicon maritim englez-român*. Op. cit., p. 472.

²⁴ A. Popescu, *Drept Internațional și european al muncii*. Ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 239-250. O dată la patru ani, se desfășoară într-un an două sesiuni ale Conferinței Internaționale a Muncii: una, obișnuită, în iunie, cealaltă, denumită maritimă, fie primăvara, fie toamna.

²⁵ Textul integral (partea I) în: VI. Convenții Maritime internaționale, publicat în: Revista de Drept Maritim, București: Ed. Universul Juridic, nr. 2/2013, pp. 342-354.

²⁶ În conformitate cu articolul VIII, MLC 2006 urmează să intre în vigoare în termen de 12 luni de la data la care au fost înregistrate ratificările din partea a cel puțin 30 de membri OIM reprezentând o parte totală de 33 % din tonajul brut mondial al navelor.

²⁷ Patrick Chaumette, *Convenția muncii maritime – OIM 2006*, publicat în: Revista de Drept Maritim, București: Ed. Universul Juridic, nr. 2/2014, pp. 366-374.

²⁸ Echipajul este format din personal navigant și personal auxiliar, iar componența acestuia este stabilită conform tipului și destinației navei

Art. 10 din Codul muncii (r1)²⁹ definește *Contractul individual de muncă* ca fiind *contractul în temeiul căruia o persoană fizică, denumită salariat, se obligă să presteze munca pentru și sub autoritatea unui angajator³⁰, persoană fizică sau juridică, în schimbul unei remunerații denumite salariu³¹.*

Nicolae Voiculescu, apreciază că termenul tradițional folosit în doctrină este cel de „subordonare”, care, reflectă mult mai bine una din trăsăturile fundamentale ale contractului de muncă care acordă angajatorului posibilitatea de a dispune de trei prerogative importante: normativă, organizatorică și disciplinară³².

7. Natura juridică a Contractului de Ambarcare

În vederea stabilirii concrete a drepturilor și obligațiilor salariaților³³, angajarea se face prin încheierea contractului individual de ambarcare, cu respectarea prevederilor din Contractul Colectiv de Muncă.

Personalului ambarcat pe navele ce depășesc apele naționale ale unui stat, pe perioada voiajului internațional i se va încheia obligatoriu un contractul individual de muncă, în mod tradițional, un contractul de ambarcare.

Potrivit art. 1 din Hotărârea Guvernului nr. 83/2003, societățile comerciale care desfășoară activități de selecție și plasare a personalului navigant (maritim sau fluvial) român pe nave care arborează pavilion român sau străin, au calitatea de *agenții de personal navigant (agenții de Crewing)* vor putea desfășura această activitate numai în baza autorizației de funcționare eliberate de către Autoritatea Navală Română (ANR). Normele legale nu cer un obiect de activitate unic, dar impun ca agențiile de personal navigant să aibă prevăzute expres în actul constitutiv, în cadrul obiectului de activitate - ca societăți comerciale - „*selecția și plasarea forței de muncă*”.

²⁹ C. Anechitoae, *Dreptul muncii și securității sociale*, Op. cit. p. 85.

³⁰ În sensul art. 14. - (1) din Codul Muncii (r1), prin angajator se înțelege persoana fizică sau juridică ce poate, potrivit legii, să angajeze forță de muncă pe bază de contract individual de muncă.

³¹ Potrivit art. I, pct. 3 din Ordinul nr. 2822/2011, prin salariu se înțelege salariul de bază lunar prevăzut în contractul individual de muncă, iar prin sporuri se înțelege sporurile astfel cum sunt prevăzute în contractul individual de muncă în sumă fixă sau procent. Vezi: Ordinul ministrului muncii, familiei și protecției sociale nr. 2822/2011 privind modificarea anexei la Ordinul ministrului muncii, familiei și protecției sociale nr. 1918/2011 pentru aprobarea procedurii și actelor pe care angajatorii sunt obligați să le prezinte la inspectoratul teritorial de muncă pentru obținerea parolei, precum și a procedurii privind transmiterea registrului general de evidență a salariaților în format electronic. Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 920 din data de 23/12/2011

³² N. Voiculescu, *Dreptul muncii. Reglementări interne și comunitare*, Ediția a 2-a, Editura Woters Kluwer, București, 2007, p. 9. Vezi și: R. Gidro, *Opinii asupra unor dispoziții din proiectul Codului Muncii cu privire la încheierea și conținutul contractului individual de muncă*, în Revista Română de Dreptul muncii nr. 1/2002, p. 22.

³³ Prin termenul de „salariați” sau „personalului ambarcat” se înțelege totalitatea persoanelor angajate pe bază de contract individual de muncă sau prin contract individual de ambarcare indiferent de perioada pe care acesta a fost încheiat.

Ion Traina Ștefănescu, apreciază din punct de vedere al selecției și plasării forței de muncă, *agențiile de personal navigant sunt similare agențiilor de muncă temporară*³⁴.

Agențiile de personal navigant prestează servicii de selecție și plasare a acestui personal pe nave care arborează fie pavilion român, fie pavilion străin, pot să angajeze personalul navigant pe o perioadă determinată, prin contract individual de muncă încheiat în baza contractului colectiv de muncă negociat cu sindicatul reprezentativ, în condițiile legii [art. 3 alin. (1) din H.G. nr. 83/2003], în următoarele condiții:

→ Agenția de personal navigant detașează personalul navigant la armatorul solicitant în baza unui contract de furnizare personal, prin care sunt stipulate obligațiile reciproce ale agenției și ale armatorului [art. 3 alin. (2) din H.G. nr. 83/2003];

→ La bordul navei personalul navigant încheie cu armatorul sau cu reprezentantul acestuia un contract de îmbarcare, în care sunt stabilite condițiile specifice de muncă și viață de la bordul navei [art. 3 alin. (3) din H.G. nr. 83/2003].

Contractul individual de ambarcare se va încheia în două exemplare: unul pentru angajator și unul pentru angajat. Angajatul va avea asupra lui în permanență *contractul individual de ambarcare* și va fi obligat să îl prezinte persoanelor care se ocupă cu inspecția muncii din țară și din străinătate, în cazul controalelor efectuate de către acestea la bordul navelor³⁵.

Stagiul de *îmbarcare* reprezintă serviciul la bordul unei nave relevant pentru emiterea sau reconfirmarea unui brevet, certificat de capacitate și este stabilit prin Ordinul nr. 1252/2014 pentru aprobarea criteriilor minime de pregătire și perfecționare a personalului navigant maritim român și a sistemului de recunoaștere a brevetelor și certificatelor de competență³⁶.

7.1. Relația dintre Contractul de ambarcare și Carnetul de marinar

Pe timpul cât este ambarcat personalul navigant și auxiliar român trebuie să posede un carnet de marinar, care reprezintă actul de identitate al acestuia³⁷.

³⁴ I. T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007, pp.442-443.

³⁵ Pentru a fi luate în considerare stagiile efectuate pe funcții și perioadele în care a fost îmbarcat pe nave care arborează pavilion român sau străin, personalul navigant are obligația ca la sosirea din voiaj să depună la ANR o adeverință eliberată de agenția de personal navigant prin care a fost selectat și plasat, din care să reiasă denumirea armatorului, denumirea navei, numărul de înregistrare al navei la Organizația Maritimă Internațională (numărul IMO), tonajul brut al navei, puterea motorului de propulsie al navei, funcția și durata îmbarcării și o caracterizare eliberată de comandantul/șeful mecanic al navei sau de armator.

³⁶ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 620 din 25 septembrie 2014.

³⁷ Carnetul de Marinar se eliberează cetățenilor români care sunt apti să exercite o funcție la bordul unei nave civile cu îndeplinirea următoarelor condiții: 1) vârsta minimă de 18 ani; 2) apt din punct vedere medical; 3) pregătire profesională adecvată.

În Carnetul de Marinar se înscrie stagiului de îmbarcare (perioada de timp în care a fost efectuat un serviciu la bordul navei), operațiunile de îmbarcare/debarcare efectuate în mod expres de către comandantul navei (armatorul sau operatorul navei pentru navele maritim portuare sub pavilion român care nu au ștampilă la bord) semnate și ștampilate cu ștampila navei.

Consemnările în Carneul de Marinar se face de către personalul anume desemnat din cadrul compartimentelor de specialitate (Constanța, Galați) sau la o căpitanie de port nominalizată de ANR, în baza următoarele documente:

1. adeverința de stagiul de îmbarcare în original³⁸ și de

2. *contractul de ambarcare (angajare)*, în original și copie, încheiat între navigator și armatorul, operatorul navei sau altă persoană împuternicită de aceasta, contract ce trebuie să conțină funcția îndeplinită la bordul navei precum și numele acesteia (HG nr. 245 din 04.03.2003).

8. Contractului individual de ambarcare din alte state

Determinarea legislației aplicabile în cazul migrației forței de muncă nu este deloc o sarcină ușoară. În cazul migrației forței de muncă al marinarilor, ocazionată cu desfășurarea activitatea în mai multe state, sau navigă în apele teritoriale a mai multor state, de obicei această problemă este rezolvată prin aplicarea principiului aplicării legislației țării sub al cărei pavilion navighează.

Această regulă este în consens cu noul Regulamentul (CE) nr. 883/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 29 aprilie 2004 privind coordonarea sistemelor de securitate socială care a introdus un nou principiu: recunoașterea reciprocă sau asimilarea faptelor.

Faptul că se mențin diferențe substanțiale între țări demonstrează complexitatea problematicii coordonării sistemelor de muncă și securitate.

Actualele reguli comunitare de coordonare impun Statelor Membre ca, în sistemele naționale de securitate socială, să nu trateze cetățenii altor State Membre diferit față de proprii cetățeni, atunci când aceștia prestează activități într-un Stat Membru.

Forma și conținutul carnetelor de marinar sunt aprobate prin Ordinul nr. 1266/2014 privind aprobarea formei și conținutului carnetelor de marinar, brevetelor, certificatelor de capacitate și atestatelor pentru personalul navigant maritim și maritim portuar, precum și a formei și conținutului documentelor de atestare pentru personalul navigant pe căile navigabile interioare³⁷, iar dimensiunile și elementele de siguranță ale documentelor se stabilesc de către ANR, instituție în drept al elibera, în Constanța (pentru personalul navigant maritim și maritim portuar) și la Galați (pentru personalul navigant fluvial). În situația în care efectuarea unei operațiuni necesită regim de urgență, solicitantul va depune documentele necesare efectuării operațiunii plus copie după biletul de avion sau copie după contractul de ambarcare.

³⁸ În care vor fi înscrise datele privitoare la puterea motorului și tonajul brut al navei, funcția exercitată, numele și tipul navei, perioada în care titularul a fost îmbarcat, semnată și ștampilată de comandantul navei (în cazul navelor maritim portuare sub pavilion român care nu au ștampilă la bord, adeverința de stagiul poate fi vizată de armatorul sau operatorul navei)

9. Concluzii

Gheorghe Piperea³⁹ afirmă că un *contract individual de ambarcare* este, în realitate, un *contract individual de muncă încheiat pe durată determinată*⁴⁰, între un angajator și un salariat care face parte din personalul navigant.

Marinarii cetățeni români se pot angaja pe nave sub pavilion străin numai prin agenții de personal navigant cunoscute sub denumirea de agenții (firme) de crewing⁴¹ (care constituie garanția de securitate financiară).

Dacă personalul navigant român se angajează pe cont propriu pe nave care arborează pavilion străin - opțiune posibilă, potrivit art. 14 din Hotărârea Guvernului nr. 83/2003 - nu poate beneficia de măsurile de securitate financiară în cazuri de abandonare a sa în afara României.

Analiza componentelor legale ale contractului de îmbarcare demonstrează că acest contract constituie, în fond, un contract individual de muncă încheiat pe perioadă determinată, având o suită de elemente particulare, determinate de însuși specificul profesiei de navigator.

Evident, contractului de îmbarcare (contractul individual de muncă) al navigatorilor i se aplică cu titlu de drept comun, normele din Codul muncii, dacă nu contravin normelor specifice enumerate mai sus⁴².

³⁹ Apud. G. Piperea, *Dreptul transporturilor. Ediția 2*, op. cit. p. 153. O trimitere în acest sens, este făcută de O. Căpățînă, Gh. Stanca, op. cit., vol. II, p. 322, care citează pe Ș. Beligrădeanu, *Contractul individual de ambarcare*, în: Ș. Beligrădeanu; I. T. Ștefănescu, *Dicționar de drept al muncii*. București: Ed. Lumina Lex, 1997, p. 42-43. Dicționarul de drept al muncii face referire la art. 39 - 40 din O. G. 42/97 (r) care a fost abrogată de art. I pct. 31 din O.U.G. nr. 74/2006. Vezi și: Ș. Beligrădeanu - "*Natura juridică a contractului individual de ambarcare (îmbarcare)*", în *Revista Dreptul* nr. 5/2003.

⁴⁰ G. D. Bistriceanu; F. Bercea; E. I. Macovei, *lexiconului de protecție socială, asigurări și reasigurări*, op. cit. p. 260. Contractul individual de muncă, se încheie în nume propriu de către persoana care se angajează să lucreze la întreprinderile mici, asociațiile cu scop lucrativ, asociațiile familiale etc. cu persoana care a constituit aceste unități, sau - dacă unitatea a fost constituită de mai multe persoane - de către persoana desemnată de acestea. Contractul individual de muncă se caracterizează prin faptul că una dintre părțile contractuale este întotdeauna o persoană fizică ce se obligă să depună forța sa de muncă în folosul patronului (societate comercială, regie autonomă, unități private, instituții publice și private etc.) sau în folosul întreprinzătorului privat, care, la rândul său, își asumă obligația de a crea condiții corespunzătoare pentru prestarea muncii și de a o retribui.

⁴¹ Firmele de crewing fiind, în speță, agenții de plasare a forței de muncă în străinătate.

⁴² A se vedea, pe larg, M. Popoacă, *Natura juridică a contractului de ambarcare al marinarilor. Drepturile și obligațiile personalului navigant de pe navele comerciale sub pavilion român*, în: *Revista Română de drept maritim*, anul II, nr. 4/2000, pp. 27-35 și *Revista de Drept Comercial* nr. 7-8/2001, p. 149-158.

CARTA DREPTURILOR FUNDAMENTALE – INSTRUMENT DE SIMPLIFICARE NORMATIVĂ A PROTECȚIEI DREPTURILOR OMULUI LA NIVEL EUROPEAN

Dr. Alina GENTIMIR*

Abstract:

Cornerstone of the European Union regulative reform, the Charter of fundamental rights is legally binding from the entry into force of the Lisbon Treaty. International conventions and case law, as the sources that have contributed to the content and scope of the Charter confirm the preference for adopting smart regulation because it was the only viable option for achieving the goals of accessibility, applicability and effectiveness both at national and European level. Moderation of human rights normative diversity is highlighted by the original way of structuring the Charter depending on six fundamental values – dignity, liberties, equality, solidarity, citizenship, justice – and Explanations relating to the interpretation of the Charter of Fundamental Rights. If the European Convention on Human Rights regulates only the first generation of rights, the Charter, taking new approach of enhancing the indivisibility of rights manifested by the European and international case law, comprises the first generation rights – civil and political rights with rights which are subordinated to that of second generation – social, economic and cultural – and rights belonging to the third generation – solidarity rights. Although provides a higher level of protection, the Charter imposed a substantial limitation that limits its application only to those rights which manifest themselves in view of European Union law. Essential is, as well, that all provisions of the Charter and case law related to it has to be applied directly by national courts.

Keywords: *Charter of fundamental rights, European Convention on Human Rights, generations of human rights, equal protection, restrictions of the rights*

Aflate la convergența științelor juridice cu științele sociale și științele politice, drepturile omului au contribuit în mod substanțial la constanta redefinire a identității europene cu respectarea diversității culturale, reprezentând atât motivul de abandonare și reunire a orgoliilor și intereselor politice, dar și „calul troian” folosit pentru obținerea satisfacerii unor obiective politico-economice.

Un anumit fond comun întemeiat pe „principiile proprii unei societăți democratice : pluralismul, toleranța și spiritul de deschidere”¹ și alegerea de

* Lect. univ. – Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași E-mail: agentimир@yahoo.fr

valori variabile potrivit nivelului de civilizație al fiecărui stat au favorizat interdependența crescută a națiunilor europene care a avut rolul de a încuraja conturarea unei noi „ordini publice europene”² centrată pe drepturi fundamentale³.

Sistemului de protecție a drepturilor omului în Europa își demonstrează fiabilitatea prin existența și continua fundamentare a trei piloni esențiali: actele normative care au marcat și continue să influențeze ireversibil nu numai comunitatea europeană, dar și pe cea internațională, constituțiile naționale și cooperarea strânsă în domeniul drepturilor omului dintre principalele organizații regionale – Consiliul Europei și Uniunea Europeană⁴.

În timp ce Convenția europeană a drepturilor omului⁵ rămâne izvorul tradițional al sistemului european de protecție a drepturilor omului, un nou act normativ - Carta drepturilor fundamentale⁶ - este destinată să exercite o influență decisivă asupra evoluției Europei, ea reprezentând echivalentul noilor competențe ale Uniunii Europene privind „spațiul de libertate, securitate și justiție”⁷.

Dificultățile întâmpinate la redactarea Cartei drepturilor fundamentale atât în privința chestiunilor materiale, cât și a celor procedurale sunt un adevăr care trebuie înțeles din perspectiva atât a cadrului normativ general al Uniunii Europene, cât și a argumentelor invocate de diverse curente de opinie promovate de statele membre, cu atât mai mult cu cât acestea persistă și după adoptarea sa⁸.

¹ CEDO, *Handyside c. Marea Britanie*, hotărârea din 7 decembrie 1976, no. 5493/72, Seria A: Judgments and Decisions 24

² CEDO, *Loizidou c. Turcia*, hotărârea din 23 martie 1995, no. 15318/89, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI

³ L. Favoreu și alții, *Droit des libertés fondamentales*, 6ème édition, Dalloz, 2012, pp. 410-412; Bernadette Rainey, Elisabeth Wicks, Clare Ovey (Jacobs, White and Ovey), *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014, pp. 3-7, 85-87

⁴ Polonia și Marea Britanie au semnat un Protocol în privința aplicării Cartei drepturilor fundamentale pe teritoriul lor; A se vedea <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0156:0157:EN:PDF>; există și un proiect de protocol în privința aplicării Cartei pe teritoriul Republicii Cehe; A se vedea <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0174+0+DOC+XML+V0//EN>

⁵ Convenția pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale, semnată la data de 4 noiembrie 1950 și intrată în vigoare la data de 3 septembrie 1953 în cadrul Consiliului Europei

⁶ Carta drepturilor fundamentale este parte componentă a Tratatului de la Lisabona; a fost semnată de statele membre UE la 13 decembrie 2007 și a intrat în vigoare la 1 decembrie 2009; pentru mai multe informații a se vedea <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=RO>

⁷ Ingolf Pernice, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, în *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer Wien New York, 2008, pp. 235-254

⁸ L. F.M. Besselink, *The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions*, A se vedea http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=6

Revizuirea actelor normative ale Comunităților Europene și ale Uniunii Europene în materia drepturilor omului a dobândit un caracter imperativ odată cu recunoașterea superiorității standardului de protecție național⁹, existența unor standarde de protecție diferite creând impedimente atât la nivel național, cât și la nivel european.

Dacă inițial protecția drepturilor omului a fost o chestiune accesorie și marginală, treptat s-a conștientizat incidența importantă a actelor normative ale Comunităților, apoi ale Uniunii asupra domeniului drepturilor omului. Această poziție era întreținută de faptul că instituțiile comunitare nefiind supuse controlului european, opera transferul de competențe către Uniune întrucât acesta conferea imunitate actelor comunitare. În consecință, modificarea perspectivei de abordare a drepturilor omului a fost imediat acceptată de statele membre pentru că era o modalitate de limitare a competențelor Uniunii¹⁰.

Aprobarea Cartei drepturilor fundamentale a reprezentat abandonarea abordării generale compensată de preferința pentru specializarea demersului de garantare a drepturilor fundamentale. Tratatul de la Lisabona a marcat o nouă etapă a expansiunii protecției drepturilor fundamentale la nivelul Uniunii Europene, prin conferirea unei forțe obligatorii Cartei și prin reglementarea aderării Uniunii europene la Convenția europeană a drepturilor omului¹¹.

Sursele care au contribuit la conturarea conținutului și domeniului de aplicare al Cartei atestă preferința pentru adoptarea simplificării normative

⁹ CJCE, *Meloni*, C-94/04, hotărârea din 5 decembrie 2006, "Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance" 2006 I-11421

¹⁰ F. Benoit-Rohmer, *La Charte de droits fondamentaux de l'Union Européenne ou une remis en cause de poncifs en matiere de droits économiques et sociaux*, în *Les Droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, C. Grewe et F. Benoît-Rohmer(dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, 180 p.

¹¹ Negocierile pentru aderarea Uniunii Europene la Convenția Europeană au impus stabilirea reprezentanților de către ambele părți participante la negocieri. Astfel, la 26 mai 2010, Comitetul de Miniștri din cadrul Consiliului Europei a delegat Comitetul său director pentru drepturile omului să elaboreze împreună cu Comisia Europeană, delagată la 10 iunie 2010 de către Miniștri de Justiție din cadrul Consiliului Uniunii Europene, un instrument juridic care să guverneze aderarea Uniunii la Convenția europeană. Negocierile oficiale s-au desfășurat de un grup informal de 14 membri, cu o reprezentativitate egală Consiliu Europei – Uniunea Europeană, între iunie 2010 și iunie 2011, prezentând la final un Proiect de acord de aderare și un raport explicativ. Între octombrie 2011 și ianuarie 2013 s-au desfășurat alte serii de discuții pe marginea acestor documente, atât la nivelul fiecărei organizații în parte – «grupul 47 + 1», cât și în cadrul unor întâlniri bilaterale. La 5 aprilie 2013 a fost finalizat Proiectul acordului de aderare. A se vedea <http://hub.coe.int/what-we-do/human-rights/eu-accession-to-the-convention>. La 5 și 6 mai 2014 au avut loc audieri în ședință publică privind Proiectul acordului de aderare, Curtea de Justiție a Uniunii Europene trebuind să supravezeze acest Proiect ulterior analizei compatibilității sale cu Tratatul Uniunii Europene. La 18 decembrie 2014, prin Avizul 2/13, Curtea de Justiție a respins aderarea Uniunii Europene la Convenția europeană a drepturilor ca inadmisibilă. A se vedea <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-2/13>

Întrucât aceasta era singura variantă viabilă pentru atingerea scopurilor de accesibilitate, aplicabilitate și eficacitate atât la nivel național, cât și european. Pe de o parte, există surse normative care au fie caracter național, precum tradițiile constituționale comune, fie caracter internațional – tratatele la întocmirea cărora statele membre au participat sau pe care acestea le-au semnat, ca de pildă Convenția europeană a drepturilor omului, Carta socială europeană, Pactul internațional referitor la drepturile civile și politice, Pactul internațional referitor la drepturile economice, sociale, culturale, Convenția internațională pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială, Convenția și Protocolul Convenției internaționale pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare contra femeilor, Convenția contra torturii și altor tratamente inumane, de gradante și pedepse, Convenția drepturilor copilului, Convenții ale Organizației Internaționale a Muncii, Carta Comunității privind drepturile fundamentale sociale ale lucrătorilor. Pe de altă parte, s-au remarcat sursele jurisprudențiale, cele mai relevante fiind hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului. Deopotrivă, trimerile făcute la Pactul internațional au impus și preluarea de argumente expuse în cadrul deciziilor Comitetului Drepturilor Omului și ale comitetelor corespunzătoare tuturor instrumentelor internaționale adoptate în cadrul Organizației Națiunilor Unite în materia drepturilor omului¹².

Simplificarea diversității normative¹³ în materia drepturilor omului este evidențiată și de modul original de structurare al Cartei pe șapte titluri și prin existența unor Explicații ale Cartei drepturilor fundamentale¹⁴, care au fost redactate concomitent textului fundamental și, deși nu au valoare juridică în sine, acestea constituie un prețios instrument de interpretare destinat clarificării dispozițiilor Cartei. În prima parte a Cartei - primele șase titluri – este reglementat un catalog al drepturilor organizat prin raportare la șase valori fundamentale: demnitatea, libertățile, egalitatea, solidaritatea, cetățenia și justiția. În cadrul ultimului titlu, sunt menționate chestiuni generale esențiale aplicării efective a drepturilor consacrate, precum scopul general, domeniul personal și material de aplicare, nivelul de protecție și abuzul de drept. Spre deosebire de celelalte instrumente specifice ariei drepturilor omului, Carta nu cuprinde în partea sa finală prevederi cu privire la mecanismul de protecție a drepturilor pe care le reglementează. Includerea Cartei în Tratatul de la Lisabona poate acoperi această lacună de ordin instituțional și procedural,

¹² A se vedea http://www.europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf

¹³ M. Duță, *Smart regulation. Simplificarea legislației și a acțiunii administrative*, Pandectele Romane, nr. 12, 2014. A se vedea <http://blog.wolterskluwer.ro/2015/02/smart-regulation-simplificarea-legislatiei-si-a-actiunii-administrative/>

¹⁴ A se vedea <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:RO:PDF>

organul cu funcție jurisdicțională al Uniunii Europene – Curtea de Justiție – preluând verificarea respectării dispozițiilor sale în mod accesoriu dreptului european.

Conferind drepturilor claritate și vizibilitate, Carta reunește în temeiul valorii fundamentale a demnității drepturi precum demnitate umană, dreptul la viață, dreptul la integritate al persoanei, interzicerea torturii și a pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante, interzicerea sclaviei și a muncii forțate. Libertățile fundamentale reglementate sunt dreptul la libertate și la siguranță, respectarea vieții private și de familie, protecția datelor, dreptul la căsătorie și dreptul de a întemeia o familie, libertatea de gândire, de conștiință și de religie, libertatea de exprimare și de informare, libertatea de întrunire și de asociere, libertatea artelor și științelor, dreptul la educație, libertatea de alegere a ocupației și dreptul la muncă, libertatea de a desfășura o activitate comercială, dreptul de proprietate, dreptul de azil, protecția în caz de strămutare, expulzare sau extradare. Egalitatea este prezentată în multitudinea sa de forme egalitatea în fața legii, nediscriminarea, diversitatea culturală, religioasă și lingvistică, egalitatea între bărbați și femei, drepturile copilului, drepturile persoanelor în vârstă, integrarea persoanelor cu handicap. Solidaritatea este explicată prin reglementarea unor drepturi precum dreptul lucrătorilor la informare și la consultare în cadrul întreprinderii, dreptul de negociere și de acțiune colectivă, dreptul de acces la serviciile de plasament, protecția în cadrul concedierii nejustificate, condiții de muncă echitabile și corecte, interzicerea muncii copiilor și protecția tinerilor la locul de muncă, viața de familie și viața profesională, securitatea socială și asistența socială, protecția sănătății, accesul la serviciile de interes economic general, protecția mediului, protecția consumatorilor. Cetățenia este detaliată prin lămurirea unor drepturi precum dreptul de a alege și de a fi ales în Parlamentul European, dreptul de a alege și de a fi ales în cadrul alegerilor locale, dreptul la bună administrare, dreptul de acces la documente, Ombudsmanul European, dreptul de petiționare, libertatea de circulație și de ședere, protecția diplomatică și consulară. Justiția este analizată prin intermediul unor drepturi precum dreptul la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil, prezumția de nevinovăție și dreptul la apărare, principiile legalității și proporționalității infracțiunilor și pedepselor, dreptul de a nu fi judecat sau condamnat de două ori pentru aceeași infracțiune¹⁵.

Existența unui catalog de drepturi în cadrul Uniunii Europene nu este considerată a fi un privilegiu acordat exclusiv acestei organizații regionale, ci o reglementare actualizată a drepturilor fundamentale cu consecințe în multiple planuri: atât la nivel național, cât și la nivel european și internațional, dată fiind

¹⁵ A se vedea <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=RO>

deschiderea deosebită de aplicare a normelor în domeniul drepturilor omului dincolo de frontiere naționale, regionale¹⁶.

Dincolo de clarificarea statutului drepturilor și libertăților fundamentale în Uniunea Europeană, Carta drepturilor fundamentale oferă o nouă bază normativă explicită¹⁷ care este o prelungire a ceea ce a reprezentat atâtea decenii Convenția europeană a drepturilor omului. Mai precis, Carta drepturilor fundamentale preia întocmai drepturile Convenției, acestea având același sens și conținut în ambele norme. Dacă Carta nu face referire la drepturile indirecte, desprinse din jurisprudența Curții de la Strasbourg, această misiune revine Curții de Justiție a Uniunii Europene, care menționează că drepturile Cartei pot fi interpretate în lumina jurisprudenței celeilalte instanțe europene, specializate în domeniul drepturilor omului¹⁸.

Dacă Convenția europeană reglementează doar drepturi de primă generație, Carta, preluând noua abordare de accentuare a indivizibilității drepturilor manifestată de jurisprudența mecanismelor de garantare de la nivel internațional și regional, cuprinde drepturi de primă generație – drepturile civile și politice, drepturi ce sunt arondate celei de a doua generații – drepturile sociale¹⁹, economice și culturale, drepturi care aparțin celei de a treia generații – drepturile solidaritate – toate fiind reglementate din perspectiva domeniului de aplicare, a conținutului lor material.

Fiind o reminiscență a disputelor aprinse privind includerea în cadrul Cartei a drepturilor economice și sociale, datorită obligațiilor pozitive care revin statelor în garantarea respectării lor, articolul 52 alineatul 5 al Cartei face distincție între drepturi și principii, fără a clarifica temeiurile acestora și, astfel, a facilita departajarea drepturilor de principiile pe care le reglementează. Analiza literală a textului Cartei aduce lămuriri suplimentare în acest sens, care însă sunt foarte vagi. Astfel, este specificat că ne aflăm în cazul unui principiu în cadrul articolului 23, care reglementează egalitatea dintre femei și bărbați, a articolului 37, care prevede dreptul la dezvoltare sustenabilă, a articolului 47, care stipulează proporționalitatea și legalitatea infracțiunilor. Se impune însă să se adauge că articolul 23 - egalitatea dintre femei și bărbați, articolul 33- viața profesională și de familie și articolul 34 – securitatea socială și asistența socială, sunt deopotrivă drepturi și principii.

¹⁶ G. de Búrca, *After the European Union Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Volume 20, 2013, pp. 168-184

¹⁷ I. Pernice, *op.cit.*, pp. 235-254

¹⁸ CJUE, *J.Mc.B c. L.E.*, C-400/10, hotărârea din 5 octombrie 2010, "Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal" 2010 I-08965

¹⁹ S. A. de Vries, *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*, Utrecht Law Review, Volume 9, Issue 1 2013, pp. 169-193

În privința titularii drepturilor, Carta, concretizând preferința specifică instrumentelor de protecție a drepturilor omului pentru utilizarea expresiei „orice persoană”, dezvoltă preceptele naturii universale a drepturilor omului, nefăcând distincție între persoanele care beneficiază de drepturile pe care aceste instrumente le consacră în funcție de naționalitate, rezidență, stare civilă, capacitate de exercițiu, tipuri de raporturi juridice etc.

Sfera titularilor garanțiilor de respectare a drepturilor este extinsă datorită unei abordări originale în domeniul drepturilor omului. Dacă instanța de la Strasbourg atrăgea atenția că dispozițiile Convenției nu îi opozabile – în speță, nu este obligată să soluționeze cauzele într-un termen rezonabil, articolul 51 al Cartei atestă opțiunea fermă a Uniunii de a garanta drepturile omului, prin includerea în categoria titularilor obligațiilor, pe lângă titularii tradiționali reprezentați de state, și instituțiile, organele, oficiile, agențiile Uniunii europene. O „ierarhizare” a acestor titulari este impusă de incidența în acțiunea acestora a principiului subsidiarității.

Titularii care reprezintă Uniunea Europeană respectă drepturile și principiile și promovează aplicarea lor în conformitate cu atribuțiile pe care le au în acest sens și cu respectarea limitelor competențelor conferite Uniunii de tratate. Carta nu extinde domeniul de aplicare a dreptului Uniunii în afara competențelor Uniunii, nu creează nici o competență sau sarcină nouă pentru Uniune și nu modifică competențele și sarcinile stabilite de tratate.

Dispozițiile Cartei sunt obligatorii pentru statele membre doar dacă se acționează sub incidența scopului dreptului Uniunii europene: când implementează *stricto sensu* dreptul Uniunii, când actul afectează în mod autonom libertăți economice și când acționează în mod autonom într-un domeniu care implică dreptul Uniunii europene armonizat²⁰.

De altfel, Carta a reprezentat, încă de la momentul adoptării în 2000, un instrument util de verificare a compatibilității măsurilor și actelor cu standardul drepturilor fundamentale. Dacă anterior dobândirii forței juridice obligatorii exista o predilecție pentru analiza măsurile instanțelor naționale²¹, ulterior, poate fi constată o revizuire frecventă a actelor instituțiilor europene²².

Din perspectiva realizării unei uniformizări și, deopotrivă, a unei simplificări normative la nivel european în materia drepturilor omului, prin Tratatul de la Lisabona s-a conferit același statut de drept primar atât Cartei cât

²⁰ CJCE, *Lindqvist*, C-101/01, hotărârea din 6 November 2003, “Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance” 2003 I-12971 ; *Rundfunk*, C-465/00, hotărârea din 20 mai 2003, “Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance” 2003 I-04989

²¹ CJCE, *Kadi și Al Barakaat*, C-402/05P și C-415/05P, Cauzele reunite din 3 septembrie 2008, “Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance” 2008 I-06351

²² CJCE, *Volker und Marcus Schecke and Eifert*, C-92/09 și C-93/09, Cauzele reunite din 9 noiembrie 2010, “Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal” 2010 I-11063

și Convenției întrucât ambele au fost încorporate în dreptul european. În consecință, s-a ajuns în situația paradoxală în care Convenția europeană să fie aplicată de către instanțele naționale, în temeiul articolului 6, alineat 3 al Tratatului. A fost necesară intervenția instanței de la Luxembourg pentru a opri această practică și a statua că Tratatul de la Lisabona nu guvernează relația dintre sistemele naționale și Convenția europeană²³.

În pofida acestor controverse jurisdicționale, statutul privilegiat al Convenției atât în cadrul Consiliului Europei și a Uniunii Europene, cât și asupra legislațiilor naționale, în general, are efecte directe asupra poziției față de Cartă.

În cazul în care protejarea unui drept nu este realizată în temeiul Cartei și nici altui act normativ din cadrul Uniunii Europene, în temeiul complementarității, trebuie analizată încălcarea aceluși drept din perspectiva Convenției europene sau a jurisprudenței instanței de la Strasbourg²⁴.

Urmând această direcție a evoluției progresive de garantare a drepturilor fundamentale, Carta prevede posibilitatea de a se oferi o protecție mai largă decât Convenția, fie consacrand drepturi fundamentale suplimentare, fie oferind unui anumit drept un nivel superior de protecție – articolul 52 alineatul 3 al Cartei drepturilor fundamentale²⁵.

Însă, maniera de tratare a drepturilor fundamentale în cadrul Cartei este paradoxală: pe de o parte, este aplicat principiul indivizibilității drepturilor, conferindu-se Cartei un caracter original în cadrul actelor normative internaționale din domeniul drepturilor omului care reglementează distinct generațiile de drepturi; pe de altă parte, este impusă o limitare substanțială, care limitează aplicarea drepturilor doar la cele care se manifestă sub scopul dreptului Uniunii Europene.

În privința restricționării drepturilor, spre deosebire de Convenția europeană, care individualizează drepturile care pot fi suferi restricționări, fiind specificat în cadrul fiecărui articol motivele de limitare, Carta reglementează îngădirea tuturor drepturilor pe care le cuprinde prin intermediul unor dispoziții finale generale – articolele 52, 54.

Fie că este vorba de reglementarea nivelului standard de protecție, fie că este vorba de o protecție mai largă, interpretarea drepturilor și principiilor este realizată în funcție de diferite variabile, acestea implicând atât posibilitatea restricționării, cât și extinderii exercitării drepturilor. Deși, la prima vedere, Carta apare ca un instrument care revoluționează protecția drepturilor omului, ea cuprinde dispoziții în temeiul cărora se poate proceda la afectarea exercițiului drepturilor din trei direcții: limitarea tradițională specifică a

²³ CJUE, *Kamberaj*, C-571/10, hotărârea din 24 aprilie 2012, "Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal" General

²⁴ CJCE, *Dereci*, C-256/11, hotărârea din 15 noiembrie 2011, Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal 2011 I-11315

²⁵ L. Favoreu și alții, *op.cit.*, pp. 570-571

domeniului drepturilor omului, limitarea impusă de dreptul european și limitarea întemeiată pe tradițiile constituționale²⁶.

Limitarea tradițională din domeniul drepturilor omului constrânge ca orice restrângere a exercițiului drepturilor și libertăților recunoscute de Cartă trebuie să fie prevăzută de lege și să respecte substanța acestor drepturi și libertăți. Prin respectarea principiului proporționalității, pot fi impuse restrângeri numai în cazul în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți – articolul 52 alineatul 1 al Cartei drepturilor fundamentale²⁷.

Apartenența Cartei la dreptul european și, implicit, aplicarea sa strict sub umbrela Uniunii Europene, condiționează ca drepturile consacrate de Cartă care fac obiectul unor dispoziții prevăzute de tratate să se exercită în condițiile și cu respectarea limitelor stabilite de acestea - articolul 52 alineatul 2 al Cartei drepturilor fundamentale²⁸.

Pentru a se înlătura orice abuz de drept, se revine, în cadrul articolului 53 Cartei drepturilor fundamentale, preluându-se modul de reglementare a abuzului de drept din cadrul Convenției europene, asupra obligativității de a nu poate fi interpretată Carta ca restrângând sau aducând atingere drepturilor omului și libertăților fundamentale recunoscute, în domeniile de aplicare corespunzătoare, de dreptul Uniunii și dreptul internațional, precum și de convențiile internaționale la care Uniunea sau toate statele membre sunt părți, și în special Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și prin constituțiile statelor membre²⁹.

Există state membre ale Uniunii Europene ³⁰ care optează pentru opozabilitatea doar a drepturilor din Cartă consacrate și în legislația națională. În consecință, Carta nu poate fi temei juridic pentru o acțiune în instanță atât la nivel național, cât și în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene. Se refuză astfel, recunoașterea unor drepturi noi față de cele existente în plan național, precum dreptul la acțiune colectivă și dreptul la protejarea sănătății. Din fericire, cadrul normativ al Uniunii Europene oferă un temei juridic pentru invocarea lor și anume articolul 6 alineatul 3 al Tratatului asupra Uniunii Europene.

²⁶ S. Douglas-Scott, *European Union and Human Rights after Lisbon Treaty*, Human Rights Law Review, Volume 11, Issue 4 2011, pp.645-682

²⁷ G. de Búrca, *op.cit.*, pp. 168-184

²⁸ M. Cartabia, *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Court of Strasbourg*, Conference Proceedings the 50th Anniversary of the Decision Van Gend en Loos, 2013, pp. 155-169

²⁹ Aida Torres Perez, *Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter*, în *National Constitutional Identity and European Integration*, Alejandro Saiz Arnaiz, Carina Alcobarro Llivina (ed.), Intersentia, 2013, pp. 141-159

³⁰ Protocolul nr. 30 al Tratatului de la Lisabona referitor la aplicarea Cartei drepturilor fundamentale de către Polonia și Marea Britanie

Avându-se în vedere lărgirea sferei de restricționare a drepturilor, s-a impus specificarea expresă a excluderii oricărei alt tip de restricționare. Astfel, Carta nu trebuie să fie interpretată ca implicând vreun drept de a desfășura orice activitate sau de a îndeplini orice act îndreptat împotriva oricăruia dintre drepturile și libertățile recunoscute de ea sau de a le impune restrângeri mai ample decât cele prevăzute în cadrul săi.

Consecință a îndeplinirii exigențelor simplificării normative, incidența principiului aplicării directe a Cartei drepturilor fundamentale, ca normă aparținând unei organizații cu un pronunțat caracter economic, impune câteva precizări. Dată fiind impunerea unei exigențe de îndeplinire a scopului dreptului Uniunii europene, trebuie stabilit dacă toate dispozițiile Cartei se pot aplica direct sau doar cele care satisfac condiții de precizie, accesibilitate, necondiționare. Se optează pentru varianta generală : toate dispozițiile Cartei și jurisprudența aferentă acestora să fie aplicate direct de instanțele naționale³¹.

În concluzie, protecția la scară europeană a drepturilor omului este realizată cu succes prin stabilirea progresivă a unor noi abordări metodologice simplificate de redactare și aplicare a textelor normative europene atât de mecanismele de protecție europene, cât și de instanțele naționale, Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene reprezentând instrumentul actual cel mai valoros.

³¹ CJUE, *Akerberg Fransson*, C -617/10, Hotărârea din 26 februarie 2013, "Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance"

**SECȚIUNEA
ȘTIINȚE PENALE**

ECONOMIA DE MIJLOACE DE EXPRIMARE ȘI ACCESIBILITATEA – CA PRINCIPII DE TEHNICĂ LEGISLATIVĂ ÎN MATERIE PENALĂ

Anca-Lelia LORINCZ*

Abstract:

It is true that the law can not be absolute certainty, that the legal rules (even the criminal and criminal procedure) have inevitably a degree of uncertainty; given the general and abstract rule, it can not contain specific descriptions of facts. Accepting this reality does not exclude, however, the need for maximum precision in the determination regulation by applying economy of means of expression and accessibility.

Therefore, in the context of addressing the concept of "simplification – the imperative of modernizing and improving the quality of law" must also be discussing the opportunity to simplify certain provisions of the present Code of Criminal Procedure, that it becomes a truly effective legal instrument in regulating the Romanian criminal proceedings.

Keywords: *legislative technique, brevity, accessibility, criminal and procedural legislation, criminal trial, Code of Criminal Procedure*

1. Conceptul de **tehnică legislativă** a primit, în doctrină, două accepțiuni: *lato sensu*, tehnica legislativă reprezintă totalitatea metodelor, mijloacelor, procedeele folosite pe parcursul întregii activități legislative, atât pentru elaborarea soluțiilor de fond ale reglementării, cât și pentru exprimarea acestor soluții în textul actelor normative; *stricto sensu*, tehnica legislativă reprezintă ansamblul procedeeleor, operațiilor, artificiilor folosite pentru exprimarea voinței legiuitorului în textul actelor normative.

Astfel, unii autori, au definit tehnica legislativă fie ca „ansamblul de metode și procedee folosite în activitatea de elaborare a proiectelor de legi și a altor acte normative, care ajută la determinarea unor soluții legislative judicios alese potrivit cerinței sociale și, deopotrivă, la modul de exprimare a acestora în texte corespunzător redactate”¹, fie ca un „complex de metode și procedee menite să asigure o formă corespunzătoare conținutului (substanței) reglementărilor juridice” pe baza unei „sinteze a experiențelor dobândite în trecut de participanții la viața socială, experiențe filtrate din perspectiva judecăților de

* Prof. univ. dr., Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București; email: lelia.lorincz@gmail.com

¹ I. Mrejeru, *Tehnica legislativă*, Ed. Academiei, București, 1979, p. 29.

valoare ale legiuitorului”² sau ca totalitatea „principiilor, metodelor și procedurilor folosite în procesul de elaborare a actelor normative”³.

Restrângând înțelesul conceptului de tehnică legislativă, alți autori folosesc noțiunea de „legistică formală” pentru a desemna totalitatea „regulilor și formulelor care concentrează problemele esențiale pe care le pun conceperea, prezentarea și redactarea textelor legislative, precum și reglementările care privesc intrarea în vigoare, modificarea sau abrogarea acestor texte”⁴ sau ansamblul „mijloacelor tehnice folosite de legiuitor pentru traducerea în forma și limbajul legii a materialului pregătit pentru normativizare”⁵.

Indiferent de accepțiunea (mai largă sau mai restrânsă) pe care am da-o noțiunii de tehnică legislativă, nu putem face abstracție de faptul că procesul de elaborare a dreptului presupune existența atât a unei laturi materiale, substanțiale (de găsim a celor mai potrivite soluții de conținut ale viitoarei reglementări), cât și a unei laturi formale (de construire și exprimare a acestor soluții de fond în haina juridică a actelor normative), ambele aceste laturi reclamând din partea legiuitorului atât o activitate științifică, cât și o activitate tehnică (de aplicare a unor reguli)⁶.

2. Pornind de la faptul că întreaga existență socială a omului este marcată de norme de comportament, că nu există segment social care să nu fie reglementat prin reguli, prin norme cu rol de armonizare a conviețuirii indivizilor, se pot distinge mai multe categorii de **norme sociale**: norme obișnuielnice (norme-obiceiuri), norme religioase, norme morale, norme de politețe, norme protocolare, norme deontologice și, evident, norme juridice⁷.

Norma juridică poate fi definită ca o regulă generală și obligatorie de conduită, al cărei scop este acela de a asigura ordinea socială, regulă ce poate fi adusă la îndeplinire pe cale statală, în caz de nevoie prin constrângere⁸.

Prin raportare la celelalte reguli de conduită, normele juridice se detașează prin forma lor explicită și prin gradul de eficiență⁹:

- spre deosebire de celelalte norme sociale, normele juridice sunt instituite de puterea publică, având, sub aspectul conținutului lor formal, o formulare explicită și precisă.

² N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 221.

³ I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în Teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 83.

⁴ J. Byvoet, *Legistique formelle (Tehnică legislativă)*, S.A.UGA N.V., Heule, 1971, p. 4.

⁵ V.D. Zlătescu, *Introducere în legistica formală*, Ed. Rompit, București, 1995, p. 13.

⁶ A.L. Lorincz, *Aspecte de tehnică legislativă în materie penală*, Ed. Militară, București, 2001, p. 19.

⁷ M. Bădescu, *Filosofia dreptului în România interbelică, teză de doctorat – rezumat*, București, 2014, p. 83-84.

⁸ N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Universitatea București, 1992, p. 100.

⁹ *Ibidem*, p. 10.

- normele juridice constituie cea mai eficientă categorie de reguli de conduită, întrucât, sub aspectul mecanismului lor funcțional, realizarea normelor juridice este asigurată prin intervenția puterii publice.

Încercând să surprindă trăsăturile normelor juridice, unii autori¹⁰ susțin că normele juridice au un caracter general (se aplică unui număr nelimitat de cazuri, indicând un comportament principial) și un caracter volitiv (depind de voința oamenilor). O viziune mai cuprinzătoare¹¹ asupra trăsăturilor normelor juridice este cea potrivit căreia normele juridice au un caracter general și impersonal, un caracter tipic, implică un raport intersubiectiv și sunt obligatorii, la care putem adăuga caracterul prescriptiv și cel efectiv.

Norma juridică are un caracter general și impersonal – pentru a-și atinge scopul, pentru a constitui un etalon de conduită, norma juridică se aplică unui număr nelimitat de cazuri și se adresează într-un mod impersonal destinatarilor săi. Caracterul general și impersonal nu presupune, însă, cuprinderea tuturor cazurilor și situațiilor în care se poate afla un subiect; din acest punct de vedere, norma juridică conține un model abstract pentru un posibil destinatar.

Norma juridică are un caracter tipic – această însușire a normei juridice decurge din caracterul ei general. Pentru ca norma juridică să fie un model de conduită, legiuitorul extrage din grupul de relații sociale ce urmează a fi reglementate, ceea ce este esențial, universal și repetabil, formulând astfel tipul conduitei.

Norma juridică are un caracter prescriptiv – ea prevede, stabilește o anumită comportare, impune o conduită care poate consta într-o acțiune sau într-o inacțiune umană.

Norma juridică implică un raport intersubiectiv (în mod ideal) – ea este fundamentată pe existența unor legături sociale; norma juridică reglementează relațiile sociale stabilite între membrii societății, reglementare datorită căreia indivizii pot coexista și pot participa la viața socială.

Norma juridică este obligatorie – ea are aplicare imediată (din momentul intrării în vigoare), în mod continuu și necondiționat; încălcarea normei nu atrage și desființarea ei.

Caracterul obligatoriu al normei juridice variază între imperativ – în domeniul dreptului public și permisiv – în domeniul dreptului privat¹².

De caracterul său obligatoriu se leagă și *efectivitatea normei juridice*, în sensul că aplicarea ei este certă, fiind asigurată, spre deosebire de celelalte norme sociale, prin garanții statale, eventual prin constrângere.

¹⁰ Gh. Boboș, *Teoria generală a statului și dreptului*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 197-199.

¹¹ N. Popa, *op. cit.*, 1992, p. 95-99.

¹² *Ibidem*, p. 98.

Normele juridice penale sunt o categorie de norme juridice care reglementează un anumit segment al relațiilor sociale și care se particularizează printr-un conținut și o structură proprii.

În privința grupului de relații sociale care fac *obiect de reglementare al normei juridice penale*, există concepții diferite.

- Pe de o parte, s-a conturat concepția acelor autori¹³ care au susținut că normele juridice penale reglementează relațiile sociale care apar ca urmare a săvârșirii infracțiunii, relații de conflict care iau naștere numai în momentul săvârșirii infracțiunii, ceea ce provoacă în ultimă instanță, tragerea la răspundere penală și pedepsirea infractorilor. Prin urmare, potrivit acestei concepții, normele de drept penal reglementează relațiile de constrângere penală care apar numai ca urmare a săvârșirii și numai din momentul săvârșirii infracțiunii, ceea ce înseamnă că până în acest moment nu există un raport de drept penal.

Pe aceeași poziție se situează și alți autori¹⁴ care consideră că raportul penal se naște din momentul săvârșirii faptei prevăzute de legea penală, deoarece din acest moment statul are dreptul și obligația să aplice sancțiuni penale, iar făptuitorul obligația să le suporte, indiferent dacă fapta a fost descoperită și făptuitorul este cunoscut ca persoană fizică sau nu.

Această abordare a problematicii sferei relațiilor sociale reglementate de normele juridice penale ridică, însă, un semn de întrebare chiar asupra autonomiei acestor norme. Prin reducerea obiectului de reglementare al normelor juridice penale numai la relațiile sociale de conflict (relații care privesc răspunderea penală) se neagă, de fapt, caracterul normativ al dreptului penal, faptul că acesta reglementează prin normele sale nu numai relațiile de conflict, ci și relațiile sociale în cadrul cărora se săvârșesc faptele generatoare de relații de conflict (numite relații de conformare)¹⁵. Admiterea acestei concepții ar însemna acceptarea tezei caracterului pur sancționator al dreptului penal, conform căreia dreptul penal nu ar conține norme de conduită proprii și nu ar reglementa relații sociale specifice, ci ar prevedea doar un plus de sancțiune pentru încălcarea normelor cuprinse în alte ramuri de drept, teză respinsă, de altfel, de majoritatea autorilor.

- Pe de altă parte, sunt autori care consideră că norma penală reglementează conduita membrilor societății nu numai după ce aceștia au încălcat legea săvârșind infracțiunea, ci și înainte și independent de săvârșirea

¹³ I. Oancea, *Tratat de drept penal, Partea generală*, Ed. All, București, 1995, p. 8; M. Zolyneak, *Drept penal, Partea generală*, vol. I, Universitatea "Al. I. Cuza", Iași, 1973, p. 6; L. Birö, *Aspecte ale raportului juridic penal*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Series Jurisprudentia*, 1966, p. 85-98.

¹⁴ M. Basarab, *Drept penal, Partea generală*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 16-17.

¹⁵ C. Bulai, *Drept penal român, Partea generală*, vol. I, Casa de Editură și Presă "Șansa" SRL, București, 1992, p. 9.

infracțiunii, tocmai pentru a se evita apariția unor relații de conflict. Normele penale, din chiar momentul intrării lor în vigoare, dau naștere unui raport juridic între societate, care pretinde o anumită conduită (abținerea de la o anumită acțiune sau efectuarea unei acțiuni) și membrii societății, care au obligația corelativă de a se conforma conduitei prescrise. Când această obligație este respectată, raportul juridic dintre societate și membrii săi este un raport de conformare. Când norma penală este încălcată prin săvârșirea faptei incriminate, se naște un raport juridic de contradicție (de conflict) între societate și infractor, raport juridic al cărui conținut este alcătuit din dreptul statului (ca reprezentant al societății) de a-l trage la răspundere pe infractor și din obligația corelativă a infractorului de a răspunde penal pentru infracțiunea săvârșită și de a suporta sancțiunea¹⁶.

Și unii autori¹⁷ din domeniul Teoriei generale a dreptului se plasează pe această poziție, criticând concepția conform căreia norma juridică penală reglementează conduita oamenilor numai în cazul încălcării ei, în cadrul unui raport concret apărut ca urmare a săvârșirii infracțiunii.

În concluzie, acest ultim punct de vedere ar trebui acceptat, întrucât, mai ales în condițiile actuale ale statului de drept, trebuie să-i recunoaștem dreptului penal (atât celui material, cât și celui procesual) caracterul său normativ, faptul că normele juridice penale au, în primul rând, un rol preventiv (așa numita prevenție generală¹⁸ – prin incriminarea unor fapte periculoase pentru societate) și apoi un rol represiv (prin reglementarea activității de tragere la răspundere penală a celor vinovați de săvârșirea unor asemenea fapte).

Pe lângă obiectul de reglementare specific, norma juridică penală are și un *conținut* propriu, conținut care constă în dispoziția sau preceptul pe care-l prescrie. Din punctul de vedere al conținutului lor, trebuie să facem distincție între normele penale generale și cele speciale.

Normele penale generale cuprind precepte cu valoare de principii; ele prevăd condițiile în care se nasc, se modifică și se sting raporturile juridice penale. Se observă că, în cadrul acestor norme, regula de conduită nu apare atât de evidentă sub forma prescrierii unui anumit comportament, ci se manifestă sub forma stabilirii unor principii, conturării unor instituții de drept penal sau a

¹⁶ V. Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, p. 28.

¹⁷ I. Ceterchi, *Despre structura internă a normei juridice*, în RRD nr. 7/1969, p. 61.

¹⁸ Funcția preventivă generală este asigurată prin simpla incriminare, sub sancțiunea pedepsei, a faptei periculoase pentru societate; funcția preventivă specială se realizează în măsura în care s-au aplicat sancțiuni în cauze penale concrete, prevenindu-se astfel săvârșirea de noi infracțiuni, atât de către cei cărora li s-au aplicat sancțiuni, cât și de către alte persoane – C. Bulai, *op. cit.*, p. 42; Gh. Nistoreanu și colectiv, *Drept penal, Partea generală*, Ed. Europa Nova, București, 1997, p. 25.

definirii unor concepte (spre exemplu, normele prin care se lămurește înțelesul unor termeni sau expresii – art. 172-187 C. pen.).

În schimb, normele penale speciale (norme de incriminare) prevăd condițiile în care o anumită faptă constituie infracțiune și conduita ce trebuie urmată de destinatarul normei, adică abținerea de la săvârșirea unei asemenea fapte.

Cu ajutorul normei de incriminare, legiuitorul realizează obiectivele sale de politică penală; norma penală specială cuprinde exigențele pe care societatea le formulează cu privire la modul de comportare al destinatarilor normei¹⁹.

În situația încălcării unei norme juridice penale se naște un conflict între societate (stat) și făptuitor, conflict a cărui soluționare presupune tragerea la răspundere penală a făptuitorului. Această tragere la răspundere penală (prin aplicarea sancțiunii prevăzute în norma penală încălcată) se realizează de către organele judiciare prevăzute de lege (ca reprezentante ale statului), numai pe calea justiției, în urma desfășurării unui proces penal.

Activitățile care alcătuiesc procesul penal trebuie să se desfășoare conform prevederilor legale, fiind strict reglementate de **normele de procedură penală**. De altfel, în chiar art. 1 alin. (1) C. pr. pen. se prevede că „normele de procedură penală reglementează desfășurarea procesului penal și a altor proceduri judiciare în legătură cu o cauză penală”.

De asemenea, conform principiului legalității procesului penal, acest proces „se desfășoară potrivit dispozițiilor prevăzute de lege”, în sensul că organizarea și competența organelor judiciare, modul de desfășurare a activității procesuale, conținutul diferitelor acte procesuale și procedurale, drepturile și obligațiile subiecților procesuali sunt prevăzute de lege.

Stricta legalitate a procesului penal se impune datorită implicațiilor pe care le are desfășurarea activității procesuale asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor. Pronunțarea unei hotărâri judecătorești prin care se dispune sau nu aplicarea sancțiunii corespunzătoare normei penale încălcate, în urma parcurgerii unui proces penal ale cărui coordonate nu sunt precis determinate de lege, ar putea afecta drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei, după cum și folosirea unor instituții procesuale cu caracter de constrângere (cum ar fi măsurile preventive sau măsurile asigurătorii) în afara limitelor legii, ar putea leza aceste drepturi și obligații.

Reglementarea desfășurării procesului penal prin norme de procedură penală are un anumit scop; astfel, potrivit alin. (2) al art. 1 C. pr. pen., „normele de procedură penală urmăresc asigurarea exercitării eficiente a atribuțiilor organelor judiciare cu garantarea drepturilor părților și ale celorlalți participanți în procesul penal astfel încât să fie respectate prevederile

¹⁹ G. Antoniu, *Reflecții asupra structurii normei de incriminare*, în *Revista de Drept Penal* nr. 3/1998, p. 9.

Constituției, ale tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, ale celorlalte reglementări ale Uniunii Europene în materie procesual penală, precum și ale pactelor și tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte”.

3. Procesul de elaborare a normelor juridice penale și de procedură penală trebuie să respecte anumite cerințe impuse de necesitatea asigurării unor reglementări juridice eficiente, cerințe ce pot fi ridicate la rangul de **principii ale tehnicii legislative**. Două dintre aceste principii pot asigura imperativul simplificării, și anume principiul economiei de mijloace de exprimare și principiul accesibilității.

Astfel, pentru ca reglementarea juridică să-și atingă scopul, trebuie să fie cuprinsă într-un text corespunzător redactat, care să exprime într-o formă concisă și precisă concepția legiuitorului. O asemenea cerință va fi satisfăcută prin respectarea **principiului economiei de mijloace de exprimare**.

Acest principiu ridică atât probleme de stil, cât și de logică²⁰. Stilul legislativ diferă de cel literar, în sensul că trebuie să evite metaforele și alte figuri de stil literar, să fie precis, concis și direct. Concizia și precizia sunt asigurate prin eliminarea repetărilor și prin folosirea aceluiași sens al unui termen sau expresii (în cazul în care un termen este susceptibil de mai multe sensuri) în tot cuprinsul actului normativ.

Economia de mijloace se realizează și prin tehnica trimiterilor, care presupune ca, pentru evitarea repetării unei anumite prevederi, într-un articol sau act normativ să se facă o simplă trimitere la un alt articol sau act normativ care cuprinde aceeași prevedere.

Respectarea principiului economiei de mijloace nu trebuie să conducă, însă, la tehnicism, în detrimentul accesibilității stilului legislativ. Dimpotrivă, economia de mijloace trebuie asociată cu accesibilitatea actelor normative. **Principiul accesibilității** presupune ca norma de drept să fie înțeleasă de către toți destinatarii săi, luând în considerare faptul că aceștia sunt indivizi cu nivele culturale diferite, cu posibilități diferite de receptare a mesajului normativ.

Accesibilitatea impune evitarea utilizării excesive a termenilor tehnici sau a unor procedee tehnice greu de explicat, preferându-se folosirea, când este posibil, a unui limbaj comun, pe înțelesul tuturor. Totodată, trebuie evitată utilizarea neologismelor și a regionalismelor, iar termenii de specialitate pot fi folosiți numai dacă sunt consacrați în domeniul supus reglementării.

Prin urmare, principiul accesibilității presupune ca textul actului normativ să fie clar, concis și precis. Claritatea textului înseamnă ca exprimarea să fie ușor de înțeles, de deslușit, concizia impune exprimarea în cuvinte puține și evitarea repetărilor, iar precizia este acea calitate a exprimării de a crea posibilitatea

²⁰ V. D. Zlătescu, *op. cit.*, p. 20.

unei singure interpretări, înlăturându-se echivocul și caracterul ambiguu care ar duce la dubii în aplicarea normei.

Între fondul legii și forma sa de exprimare în text există o incontestabilă legătură; pe de o parte, forma apare ca expresie a fondului, a gândirii legiuitorului și pe de altă parte, fondul, substanța legii, nu poate exista fără o exprimare corespunzătoare, textul legii fiind tocmai mijlocul de comunicare a voinței legiuitorului, modul de transmitere a mesajului acestuia.

Mesajul legiuitorului trebuie să fie cât mai inteligibil și ușor de receptat de către destinarii săi. Întrucât textul actului normativ conține mesajul legiuitorului, redactarea acestui text trebuie subordonată ideii de înțelegere²¹. Numai printr-o formulare clară, accesibilă, legea va putea să-și exercite pe deplin funcția sa de act de comandament social²², creându-se astfel, premisele înțelegerii, cunoașterii și respectării sale.

Dat fiind specificul legii penale, mai ales al legii penale care conține norme incriminatoare, se impune cu atât mai mult ca textul legii să fie astfel redactat, încât să fie descifrată cu ușurință conduita periculoasă pe care o interzice și, pe cale de consecință, comportamentul pe care îl impune. De asemenea, legea penală trebuie să facă o distincție clară între faptele ilicite penale și cele nepenale, ori între acestea și faptele licite, înlăturându-se posibilitatea ca norma penală să se extindă dincolo de ceea ce legiuitorul a prevăzut în mod explicit²³. Totodată, legea procesuală penală, reglementând modul de desfășurare a procesului penal, trebuie redactată într-o manieră cât mai simplă, clară și accesibilă.

În mod ideal, normele penale și de procedură penală ar trebui să fie astfel redactate încât, de la prima lor parcurgere, să se desprindă cu evidență voința legii; acesta rămâne însă, un ideal, deoarece pe de o parte, cuvintele nu au totdeauna suficientă precizie pentru a reda complet și clar intenția legiuitorului, iar pe de altă parte, însăși viața, condițiile economice, sociale, istorice care au stat la baza reglementării sunt în continuă schimbare, încât cu greu ar putea fi exprimate, în toată complexitatea și nuanțele lor, în textul de lege. De aceea, efortul legiuitorului se dovedește a fi cu atât mai mare, iar preocuparea sa cu atât mai accentuată, pentru a găsi cele mai potrivite metode de apropiere a realității de acest ideal, de transmitere cât mai exactă a mesajului legislativ.

Pentru ca textul legii să fie o expresie fidelă a intenției legiuitorului, limbajul folosit trebuie să răspundă unor **cerințe**²⁴, atât sub aspectul vocabularului, cât și al construcției gramaticale.

²¹ I. Mrejeru, *op. cit.*, p. 100.

²² *Idem.*

²³ V. Dongoroz și colectiv, *Explicații teoretice ale Codului penal român, Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei, București, 1969, p. 44.

²⁴ Aceste cerințe sunt prevăzute în Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, publicată în M. Of. nr. 139 din 31 martie 2000, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, din punct de vedere *terminologic*, redactarea textului actului normativ trebuie să se facă prin folosirea cuvintelor în înțelesul lor curent, din limba română modernă, evitându-se regionalismele.

Terminologia legii trebuie să fie unitară, în sensul că în limbajul normativ, aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceiași termeni (art. 34 din Legea nr. 24/2000). Este contraindicată folosirea sinonimelor, întrucât s-ar putea interpreta că prin utilizarea unor denumiri diferite, s-a urmărit exprimarea unor noțiuni diferite.

Dacă o noțiune sau un termen nu sunt consacrate sau pot avea înțelesuri diferite (sunt polisemantice), semnificația acestora în context se stabilește prin actul normativ ce le instituie, în cadrul dispozițiilor generale (spre exemplu, în Codul penal, art. 172-187 – „Înțelesul unor termeni sau expresii”) sau într-o anexă destinată lexicului respectiv și devin obligatorii pentru actele normative din aceeași materie. De aici se desprinde și concluzia că unitatea terminologică trebuie respectată nu numai în cuprinsul aceleiași legi, ci și în raport de celelalte acte normative care reglementează același domeniu de activitate și, pe cât posibil, la nivelul ansamblului legislativ.

Sub aspectul modului de exprimare a conținutului normativ, textul trebuie să aibă caracter dispozitiv, să prezinte norma instituită fără explicații sau justificări (art. 35 din Legea nr. 24/2000).

În domeniul dreptului, propozițiile normative (cele care exprimă norme) au un caracter imperativ care nu se regăsește, în aceeași măsură, în cazul propozițiilor normative care dau expresie principiilor morale. Prin acest caracter imperativ, propozițiile normative folosite în limbajul legal sunt analoge unor ordine, deoarece prin conținutul lor juridic nu admit nici un fel de derogare de la obligațiile sau interdicțiile pe care le stipulează. Acest caracter imperativ iese mai clar în evidență la nivelul legilor penale, prin intermediul sancțiunii prezente în alcătuirea fiecărei norme penale de incriminare.

Din punctul de vedere al *construcției gramaticale*, la redactarea legii trebuie să se urmărească folosirea corectă a regulilor gramaticale, de sintaxă și topică, precum și a semnelor de ortografie.

Formularea propozițiilor și a frazelor, precum și succesiunea acestora trebuie să asigure o continuitate firească a gândirii; pentru aceasta, este de dorit să se evite frazele lungi și complicate, cu multe propoziții și idei distincte. Se recomandă, pentru ușurința înțelegerii textului, ca o frază să conțină o singură idee, care să fie exprimată prin propoziții directe, principale, și numai în caz de nevoie prin propoziții secundare²⁵.

²⁵ I. Mrejeru, *op. cit.*, p. 104.

4. Actualul Cod penal²⁶ și actualul Cod de procedură penală²⁷, intrate în vigoare la 1 februarie 2014, au adus mult așteptata reformă a **legislației penale și procesual-penale române**.

Față de codurile anterioare (de la 1968), noile coduri (penal și de procedură penală) se înscriu într-o concepție modernă, urmărind atât armonizarea cu legislațiile europene și jurisprudența CEDO, cât și crearea unui cadru legislativ care să asigure protecția unitară a drepturilor omului și a libertăților garantate de Constituție și de instrumentele juridice internaționale, precum și celeritatea procesului penal.

Se observă, însă, că există unele dispoziții din aceste coduri, și în special din Codul de procedură penală, care nu corespund întrutotul cerințelor de tehnică legislativă exprimate de principiul economiei de mijloace de exprimare, respectiv de principiul accesibilității.

Astfel, pe parcursul a 603 de articole (față de 524, câte conținea codul anterior), în actualul Cod de procedură penală legiuitorul a reglementat mult mai detaliat unele instituții juridice, existând chiar un exces de reglementare. Se remarcă o dezvoltare mai ales a Părții generale a codului actual, care conține 284 de articole (comparativ cu 199 de articole, câte număra Partea generală a codului anterior).

Spre exemplu, Titlul IV din Partea generală a Codului de procedură penală actual („Probele, mijloacele de probă și procedeele probatorii”) include și anumite activități de natură criminalistică (identificarea persoanelor și a obiectelor), activități care anterior nu făceau obiectul unei reglementări procesual-penale. Tot în ceea ce privește Titlul IV din Partea generală a codului, observăm că există unele prevederi, în special în materia metodelor speciale de supraveghere sau cercetare, care depășesc exigențele principiului economiei de mijloace de exprimare.

Pe de altă parte, deși se face distincție, în prezent, prin lege, între noțiunile de probă, mijloc de probă și procedeu probatoriu (procedeu probatoriu fiind definit în actualul Cod de procedură penală ca fiind modalitatea legală de obținere a mijlocului de probă), același Titlul IV din Partea generală a codului nu este foarte bine sistematizat, sub aspectul unei succesiuni logice a reglementărilor, care să asigure accesibilitatea acestora.

Totodată, în materia măsurilor preventive (urmare și a substanțialelor modificări operate prin Legea pentru punerea în aplicare a codului²⁸) s-a ajuns la o „suprareglementare”, existând chiar și dispoziții care se repetă; de pildă,

²⁶ Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr. 510/24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare.

²⁷ Legea nr. 135/2010, publicată în M. Of. nr. 486/15 iulie 2010, cu modificările și completările ulterioare.

²⁸ Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 515/14 august 2013

conținutul art. 288 alin. (1) C. pr. pen. este identic cu cel al art. 226 alin. (3) C. pr. pen.

De asemenea, lipsa de claritate a unor texte din Partea generală a actualului Cod de procedură penală a condus la apariția unor neconcordanțe între unele dispoziții; astfel, în art. 72 alin. (1) teza a II-a C. pr. pen. se prevede că în cursul procedurii de cameră preliminară nu se poate face cerere de strămutare. Considerăm că, prin această dispoziție, legiuitorul a intenționat să prevadă că nu se poate solicita strămutarea verificării legalității sesizării instanței și a legalității efectuării urmăririi penale (a obiectului procedurii în camera preliminară), adică strămutarea de la un judecător de cameră preliminară la un judecător de cameră preliminară de la o altă instanță. Se poate cere, însă, în cursul procedurii de cameră preliminară, strămutarea judecării cauzei, așa cum reiese și din conținutul art. 75 alin. (2) și (3) C. pr. pen.²⁹ Prin urmare, pentru a se înlătura neconcordanța dintre textul art. 72 alin. (1) și cel al art. 75 C. pr. pen., se impune *de lege ferenda* o modificare a modului în care este formulată teza a II-a din art. 72 alin. (1).

Și în Partea specială a Codului de procedură penală observăm că există unele dispoziții care nu răspund cerințelor de concizie, fie prin repetarea unor prevederi întâlnite și în Partea generală a codului [de pildă, în art. 324 alin. (4), referitor la efectuarea urmăririi penale de către procuror, se reiau dispoziții din art. 200 alin. (2) privind comisia rogatorie], fie prin formularea unor fraze lungi, greu accesibile (spre exemplu, art. 475 în care este reglementat obiectul sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept).

5. Este adevărat că certitudinea legii nu poate fi absolută, că normele juridice (chiar și cele penale sau de procedură penală) au, în mod inevitabil, un anumit grad de incertitudine; dat fiind caracterul general și abstract al normei, aceasta nu poate conține descrieri concrete de fapte. Acceptarea acestei realități nu exclude, însă, necesitatea unui maxim de precizie în determinarea conținutului reglementării, prin aplicarea, ca principii de tehnică legislativă, a economiei de mijloace de exprimare și a accesibilității.

În **concluzie**, în contextul abordării conceptului de „simplificare – ca imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului”, se impune și punerea în discuție a oportunității simplificării unor prevederi ale actualului Cod de procedură penală, pentru ca acesta să devină un instrument juridic cu adevărat eficient în reglementarea desfășurării procesului penal român.

²⁹ Potrivit art. 75 alin. (2), prevederile art. 71-74 se aplică în mod corespunzător și în procedura de cameră preliminară, iar în art. 75 alin. (3) se prevede că în cazul în care se dispune strămutarea în cursul procedurii de cameră preliminară, judecarea cauzei se efectuează de instanța la care s-a strămutat cauza.

SIMPLIFICAREA ÎN DREPTUL PENAL SPECIAL ROMÂN

Dr. *Constantin DUVAC**

Abstract:

The author examines the presumption that upon drafting the new criminal legislation, a simplification of the rules of incrimination was managed, in order to avoid duplication as well as difficulties of interpretation and enforcing of the criminal law. This also reveals the consequences these changes have in the interpretation and application of the law by judicial bodies.

Keywords: criminal law, criminal code, rules of indictment, crime, punishment

1. Noul Cod penal (denumit în continuare și Codul penal din 2009), adoptat prin Legea nr. 286/2009 privind Codul penal¹, operă legislativă unitară și de mare însemnătate istorică pentru România, potrivit art. 246 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal², a intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014, dată la care a fost abrogată Legea nr. 15/1968 privind Codul penal al României, republicată³ (denumită în continuare Codul penal din 1969 sau Codul penal anterior ori legea penală anterioară).

Legea nr. 286/2009 a fost adoptată la data de 25 iunie 2009, în temeiul prevederilor art. 114 alin. (3) din Constituția României, republicată, în urma angajării răspunderii Guvernului României (decizie luată la data de 10 iunie 2009⁴) în fața Camerei Deputaților și a Senatului.

2. Rațiunile care au stat la baza elaborării noului Cod penal, așa cum se desprind din expunerea de motive a proiectului de Cod penal⁵ (denumit în continuare Proiectul), realizat în perioada 2006-2008 de către o comisie

* Cercetător asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: ctinduvac@yahoo.com.

¹ Publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare.

² Publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

³ Republicată în M. Of. nr. 65 din 16 aprilie 1997, cu modificările și completările ulterioare.

⁴ A se vedea, în acest sens, comunicatul de presă dat de Ministerul Justiției la data de 10 iunie 2009, disponibil la adresa <http://www.just.ro/Sections/Comunicate/Comunicateiunie2009/10iunie2009/tabid/1073/Default.aspx>

⁵ Proiectul noului Cod penal este disponibil la adresa <http://www.just.ro/MeniuStanga/Normativepapers/Proiectedeactenormativeafate%C3%AEndezbatere/tabid/93/Default.aspx>, postat pe site-ul Ministerului Justiției la 24 ianuarie 2008 (ultima accesare la data de 10 martie 2012).

formată din reputeți penaliști (teoreticieni și practicieni)⁶ și din tezele prealabile ale acestuia, adoptate prin Hotărârea Guvernului nr. 1183/2008 pentru aprobarea tezelor prealabile ale proiectului Codului penal⁷, au fost, între altele:

a) simplificarea pe cât posibil a normelor de incriminare, evitarea suprapunerilor între diferitele incriminări sau cu textele părții generale; în cazul în care o împrejurare este prevăzută în partea generală drept circumstanță agravantă generală, ea nu mai trebuie reluată în conținutul incriminărilor din partea specială, urmând a se aplica textul general;

b) pentru asigurarea unității în reglementarea infracțiunilor, includerea în conținutul Codului penal a unor infracțiuni prevăzute în legi penale speciale sau în legi speciale cu dispoziții penale și care au o mai mare frecvență în practica judiciară (infracțiuni la regimul circulației rutiere, infracțiuni informatice, infracțiuni de corupție etc.). Astfel, s-a considerat că trebuie introduse toate acele fapte incriminate în legi speciale, care merită în mod real o sancțiune penală, iar în aceste cazuri textul incriminator trebuie conceput astfel încât să se integreze organic în structura codului.

De asemenea, în elaborarea noii legi penale comisia a urmărit pe de o parte, valorificarea tradiției legislației penale române, iar pe de altă parte punerea de acord a acesteia cu unele sisteme juridice de referință în dreptul penal european. Aceste două direcții, avute în vedere la elaborarea codului, au putut fi conciliate prin analiza atentă a evoluției legislației penale române.

3. Prin elaborarea noului Cod penal, comisia de redactare a acestuia (denumită în continuare comisia) a urmărit, și în cea mai mare parte a și reușit, să îndeplinească unele obiective precum:

⁶ Comisia pentru elaborarea proiectului Codului penal, constituită la Ministerul Justiției, potrivit dispozițiilor art. 26 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, cu modificările și completările ulterioare, a avut următoarea componență: procuror Katalin-Barbara Kibedi, consilier al ministrului Justiției, președinte al Comisiei; prof. univ. dr. Valerian Cioclei, Facultatea de Drept, Universitatea din București; prof. univ. dr. Ilie Pascu, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Andrei Șaguna” din Constanța; conf. univ. dr. Florin Streteanu, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca; judecător Gabriel Ionescu, Înalta Curte de Casație și Justiție; judecător Ana Cristina Lăbuș, membru al Consiliului Superior al Magistraturii; judecător Andreea Stoica, Curtea de Apel București; judecător Mihail Udroi, Tribunalul București, detașat la Ministerul Justiției; consilier Elena Cismaru, șef sector – Sectorul de legislație penală și contravențională, Consiliul Legislativ și avocat Marian Nazat.

Pe parcursul procesului de elaborare a proiectului comisia a colaborat și a fost sprijinită de renumiți specialiști în materie precum: prof. univ. dr. Jean Pradel, profesor emerit al Universității din Poitiers, prof. univ. dr. George Antoniu – directorul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, prof. univ. dr. Costică Bulai și prof. univ. dr. Valerian Cioclei, ambii din cadrul Facultății de Drept a Universității București.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 686 din 8 octombrie 2008.

a) crearea unui *cadru legislativ coerent* în materie penală, cu evitarea suprapunerilor inutile de norme în vigoare existente în Codul penal și în legile speciale penale sau în legile speciale cu dispoziții penale; acest exces de incriminare predominant în dreptul pozitiv român, după anul 1989, a fost deseori criticat pe bună dreptate în doctrină⁸ deoarece nu a fost cea mai bună soluție în prevenirea și combaterea criminalității, de vreme ce aceasta a continuat să crească în mod constant;

b) *simplificarea* reglementărilor de drept penal substanțial, menită să faciliteze aplicarea lor unitară și cu celeritate de către organele judiciare penale;

4. Conținutul părții speciale a fost redactat în concordanță cu cel al părții generale astfel încât s-a evitat înscrierea unor dispoziții derogatorii (de strictă interpretare) de la normele părții generale.

Partea specială a noului Cod penal cuprinde dispozițiile privitoare la infracțiunile așa-zise de drept comun și constituie principala fracție a *părții speciale a legislației penale* (a dreptului penal), cealaltă fracție (complementară) cuprinzând normele de incriminare prevăzute în diferite legi penale speciale sau în legi speciale extrapenale.

În esență, în partea specială sunt înscrise: faptele prevăzute în legea penală care prin coroborare cu dispoziția din art. 16 alin. (6) pot constitui infracțiuni, în absența unor cauze justificative ori de neimputabilitate; felul și limitele speciale ale pedepsei; faptele la care sunt sancționate actele de executare întrerupte sau rămase fără efect și unele dispoziții procesuale referitoare la condiționarea punerii în mișcare a acțiunii penale în cazul anumitor infracțiuni de introducerea plângerii prealabile ori la efectele retragerii acesteia sau ale împăcării.

5. De asemenea, comisia a încercat și, în cea mai mare parte a și reușit [o excepție, în această privință o constituie, spre exemplu, conținutul juridic al infracțiunii de furt calificat (art. 229) care are nu mai puțin de 16 elemente circumstanțiale de agravare], **să simplifice textele de incriminare**, evitând suprapunerile între diferitele incriminări ori să reducă numărul împrejurărilor

⁸ A se vedea: Gheorghe Diaconescu, *Infracțiunile în legi speciale și legi extrapenale*, Ed. Sirius, București, 1994, p. 134; Idem, *Infracțiunile în legi speciale și legi extrapenale*, Ed. All, București, 1996, p. 76, 180. Regretatul penalist exprima chiar ideea că acest meganormativism, mai ales prin incriminarea unor fapte ne semnificative din punct de vedere al pericolului social, reprezintă un abuz legislativ, iar în unele situații dublează inutil normele de incriminare existente în Codul penal. În același sens: Constantin Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracțiuni*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 56; Andreea-Alexandra Popa, *Contrafacerea obiectului unui brevet de invenție*, în „Revista română de dreptul proprietății intelectuale”, nr. 3/2008, p. 133; Valerian Cioclei, *Critica rațiunii penale. Studii de criminologie juridică și de drept penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 6-10, 13.

circumstanțiale de agravare care aveau corespondent în rândul circumstanțelor agravante, prevăzute în partea generală a codului.

Astfel, în cazul în care o împrejurare este prevăzută de partea generală drept circumstanță agravantă generală, ea nu a mai fost reluată în conținutul incriminărilor din partea specială, urmând a se aplica textul general. De pildă, în condițiile prevederii în partea generală a agravantei comiterii faptei de trei sau mai multe persoane împreună [art. 77 lit. a)], s-a renunțat, cu unele excepții (posibile scăpări ale comisiei), la elementul circumstanțial de agravare constând în *săvârșirea infracțiunii de două sau mai multe persoane împreună*, diferențierea între unul și doi făptuitori putând fi făcută corespunzător în planul individualizării judiciare.

Din acest punct de vedere, *de lege ferenda* s-ar impune înlăturarea din conținutul agravat al infracțiunilor prevăzute în art. 218 (violul), art. 219 (agresiunea sexuală) a împrejurării săvârșirii acestor fapte penale de două sau mai multe persoane împreună. La fel ar trebui să se renunțe la împrejurarea comiterii faptei de doi sau mai mulți militari împreună din conținutul art. 414 (dezertarea), art. 418 (constrângerea superiorului) și art. 433 alin. (2) teza II (agresiunea împotriva santinelei).

6. Totodată, în unele cazuri, au fost **abrogate** anumite elemente circumstanțiale speciale de agravare ori variante asimilate ale unor incriminări tipice sau chiar incriminări de sine-stătătoare, **fără ca prin aceasta să se realizeze o dezincriminare** a acestora.

Astfel, *înșelăciunea*⁹ este incriminată în art. 244, fiind inclusă în categoria acelor infracțiuni contra patrimoniului care se caracterizează prin nesocotirea încrederii, prevăzute în capitolul III al titlului II din partea specială. Textul nu mai reproduce alin. (3)-(5) ale art. 215 C. pen. anterior, dând prin aceasta aparența dezincriminării înșelăciunii în convenții, cu file cec sau care a produs consecințe deosebit de grave. Dar abrogarea normelor de incriminare prevăzute în art. 215 alin. (3)-(5) C. pen. (1969) nu înseamnă că acest tip de fapte antisociale au fost dezincriminate¹⁰. Acestea vor constitui, în raport cu prevederile art. 244, modalități faptice de săvârșire ale infracțiunii de înșelăciune simplă sau calificată, după caz.

⁹ Pentru detalii, a se vedea Constantin Duvac, *Înșelăciunea în noul Cod penal*, în: „Dreptul” nr. 1/2012, p. 104-134; lucrarea colectivă „Justiție, stat de drept și cultură juridică”, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 800-814; Idem, *Asemănări și deosebiri între înșelăciune și alte incriminări din noul Cod penal*, în „Dreptul” nr. 2/2012, p. 74-103.

¹⁰ În sens contrar, a se vedea: Gheorghe Ivan, *Drept penal. Partea specială*, ed. a II-a, Ed. C. H. Beck, București, 2010, p. 314. Cu privire la înșelăciunea în convenții și cea cu file cec, autorul afirmă că nu mai sunt incriminate, „deși realitatea faptică nu reclama o asemenea dezincriminare (*abolitio criminis*)”; Gheorghe Ivan, Mari-Claudia Ivan, *Unele inovații discutabile ale noului Cod penal român*, în „Dreptul” nr. 11/2012, p. 100-102.

Același raționament se impune și în ceea ce privește *faptele asimilate infracțiunii de înșelăciune*, prevăzute în Codul penal anterior. Noua lege penală nu mai prevede unele fapte asimilate infracțiunii de înșelăciune, prevăzute în art. 296 (înșelăciunea la măsurătoare) sau în art. 297 (înșelăciunea cu privire la calitatea mărfurilor) din Codul penal din 1969, dar aceste fapte, în măsura în care s-ar mai comite¹¹, vor fi încadrate în dispozițiile din art. 244, tot ca modalități faptice ale înșelăciunii.

Totodată, noua lege penală nu mai prevede fapta de *primire de foloase necuvenite* (art. 256 C. pen. anterior) ceea ce nu înseamnă că aceasta a fost dezincriminată în totalitate. Prin înlocuirea în conținutul juridic al luării de mită (art. 289) a expresiei „în scopul” cu mențiunea „în legătură cu”, primirea de foloase necuvenite a devenit o modalitate de fapt în cadrul luării de mită tipice [art. 289 alin. (1)], fiind dezincriminată numai în ceea ce privește luarea de mită asimilată [art. 289 alin. (2)].

Abrogarea nu este o noțiune sinonimă cu dezincriminarea deoarece fapta abrogată poate să continue a fi incriminată într-un alt text de lege, cu același *nomen iuris* (cum este cazul infracțiunii de înșelăciune) sau sub o altă denumire [de pildă, infracțiunea de denunțare calomnioasă, prevăzută în art. 259 C. pen. (1969) va fi incriminată prin art. 268 care are denumirea marginală „Inducerea în eroare a organelor judiciare”]. O faptă este dezincriminată numai atunci când aceasta nu se mai regăsește sub nicio formă în legea nouă (de pildă, abuzul în serviciu care produce o tulburare însemnată a activității unei persoane juridice de drept public nu mai este incriminat în noua lege penală).

În ceea ce privește *infracțiunile contra vieții* (art. 188-192), remarcăm *simplificarea* reglementării *omorului* prin contopirea celor două variante agravate distincte (omorul calificat și omorul deosebit de grav), prevăzute în art. 175 și 176, ambele din Codul penal anterior, concomitent cu reducerea la jumătate a elementelor circumstanțiale de agravare (de la 16 la 8), fiind reținute în conținutul art. 189 numai acele împrejurări care conferă faptei o pericolozitate ce excede în mod vădit posibilităților de individualizare pe baza limitelor de pedeapsă ale variantei tip sau de bază.

De asemenea, noua reglementare simplifică modul de aplicare a dispozițiilor legale în materie și în alte cazuri întrucât, de pildă, infracțiunile de abuz în serviciu contra intereselor persoanelor, contra intereselor publice și prin îngrădirea unor drepturi, prevăzute în art. 246-248 C. pen. (1969) ca infracțiuni de sine stătătoare au fost unificate într-un singur text, respectiv art. 297, incriminării aducându-i-se și unele îmbunătățiri. Spre deosebire de reglementarea anterioară, în cazul normei de incriminare prevăzute în art. 297

¹¹ A se vedea, în acest sens: Curtea Supremă de Justiție, S. pen., dec. nr. 4012/2001, în „Revista de drept penal” nr. 2/2003, p. 158; Înalta Curte de Casație și Justiție, S. pen., dec. nr. 5524/2003, în „Revista de drept penal” nr. 1/2005, p. 165.

alin. (1) urmarea imediată constă numai în cauzarea unei pagube ori în vătămarea drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice, nemaifiind prevăzută, tulburarea înseamnă a bunului mers al unui organ sau al unei instituții de stat ori al unei alte unități publice.

Totodată, în materia *infracțiunilor contra ordinii și liniștii publice* una dintre cele mai importante modificări se referă la fapta prevăzută în art. 367. Astfel, noul Cod penal a preluat din Legea nr. 39/2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate¹² infracțiunea de *constituire a unui grup infracțional organizat*¹³ pe care a introdus-o în grupul infracțiunilor contra liniștii și ordinii publice, ocazie cu care i-a adus și unele modificări. Prin această soluție redactorii noii legi penale au renunțat la paralelismul existent cu prilejul adoptării acesteia între textele care incriminează acest gen de fapte (grup infracțional organizat, asociere în vederea săvârșirii de infracțiuni, complot, grupare teroristă) în favoarea instituirii unei incriminări cadru – constituirea unui grup infracțional organizat – cu menținerea ca incriminare distinctă doar a asociației teroriste, prevăzută în art. 35 din Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului¹⁴, dat fiind specificul acesteia. Acest text se va aplica în temeiul principiului specialității, ca mod principal de rezolvare a concursului de norme penale, înlăturând incidența art. 367, dar numai în cazurile în care infracțiunea scop este una dintre cele prevăzute în art. 32 (actele de terorism) din Legea nr. 535/2004 deoarece legea penală este de strictă interpretare. În celelalte cazuri (când infracțiunea scop va fi o altă faptă din cele prevăzute în Legea nr. 535/2004, se va aplica art. 367, legea generală).

7. Mai mult, prin Legea nr. 187/2012 toate dispozițiile penale prevăzute în alte acte normative decât noul Cod penal, în măsura în care nu au fost abrogate, au fost puse în acord cu prevederile acestuia.

Concluzii

Noul Cod penal român este o operă legislativă unitară, superioară celei anterioare și reflectă stadiul de dezvoltare a doctrinei penale și a practicii judiciare penale în consonanță cu exigențele actuale ale societății românești.

Operă de mare însemnătate istorică, noul Cod penal român asigură satisfacerea exigențelor decurgând din principiile fundamentale ale dreptului penal consacrate de Constituția României, republicată și din pactele și tratatele privind drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte.

¹² Publicată în M. Of. nr. 50 din 29 ianuarie 2003, cu modificările ulterioare.

¹³ Pentru detalii, a se vedea Constantin Duvac, *Constituirea unui grup infracțional organizat în concepția noului Cod penal*, în „Dreptul” nr. 1/2013, p. 69-85.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 1.161 din 8 decembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

În același timp, Codul penal din 2009 transpune în mod corect mai multe reglementări adoptate la nivelul Uniunii Europene și armonizează în mod corespunzător dreptul penal material român cu sistemele celorlalte state membre.

Toate aceste progrese, alături de altele, ne îndreptățesc să afirmăm că România are din anul 2014 unul dintre cele mai moderne sisteme de drept penal din Uniunea Europeană.

SIMPLITATEA ADEVĂRULUI ȘTIINȚIFIC ÎN EXPERTIZA TEHNICĂ JUDICIARĂ

Ana Maria GRĂMESCU*

Mihaela AGHENIȚEI**

Rezumat:

Expertiza reprezintă un important mijloc legal de probă, constând în efectuarea de investigații, lucrări, analize, calcule, aprecieri și concluzii cu caracter tehnic. În elaborarea acestor proceduri, expertul tehnic dezvoltă tematica prin argumente tehnice fundamentate pe calcule și interpretări care pun în evidență adevărul științific. Autorii, fără a adopta o viziune filozofică, pun în evidență prin argumente tehnice faptul că adevărul științific este simplu și frumos, motivat de faptul că aria de investigare a inginerului se deosebește de a celorlalți specialiști care concurează la aflarea adevărului. Aria de investigare a expertului este cea a fenomenului tehnic în care acesta elaborează un model matematic. În actuala etapă, prioritar este ca prin expertiza tehnică să se adopte un model matematic simplu și care să coincidă și să elucideze fenomenul produs. La sfârșit, expertul tehnic simte aceeași bucurie cu a lucrului bine făcut precum cei investiți în apărarea principiilor dreptului.

Cuvinte-cheie: adevărul științific, expertiza tehnică judiciară, fenomenul tehnic, modelul matematic, principiile dreptului

Abstract:

Expertise is an important legal means of evidence, consisting of conducting investigations, papers, analyzes, calculations, technical assessments and conclusions. In developing these procedures, technical experts develop the theme by technical arguments based on calculations and interpretations that highlight the scientific truth. The authors without taking a philosophical view, highlight the technical arguments that scientific truth is simple and beautiful, motivated by the fact that the area of investigating engineer differs from the other specialists who compete in truth. The area of investigation is the expert technical phenomenon in which it develops a mathematical model. In the current phase, priority is that the technical expertise to adopt a simple mathematical model and to coincide and to elucidate the phenomenon produced. Finally, technical experts feel the same joy of a job well done as those invested in defense of law principles.

* Prof. univ. dr. ing., profesor asociat, Universitatea „Ovidius” din Constanța.

** Cercetător asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; lect. univ. dr. ing., Universitatea „Dunărea de Jos” din Galați.

Keywords: *scientific truth, judicial technical expertise, technical phenomenon, mathematical model, principles of law*

În toate țările europene proba cu expertiza tehnică este indispensabilă organelor cu atribuții jurisdicționale. Expertiza descoperă adevărul juridic în cadrul procesului civil sau penal.

Expertul judiciar este un organ adiacent al instanței, autonom și obligat la obiectivitate, care furnizează instanței – în calitate de asistent – cunoștințe de specialitate din domenii străine instanței, iar expertiza – în calitate de probă doveditoare – determină obținerea de cunoștințe asupra faptelor. La colectarea probelor, datoria expertului este ca pe baza cunoștințelor sale de specialitate să opteze pentru o metodă care se dovedește optimă pentru îndeplinirea comenzii atribuite. În caz contrar, instanța ar împiedica exploatarea cunoștințelor specifice ale expertului, deoarece acestuia îi lipsește competența de specialitate necesară. Expertul nu are o funcție de decizie, el rămâne întotdeauna o sursă de informații și de recunoaștere. Prin autoritatea de specialitate a expertizei, hotărârea judecătorească este cu atât mai convingătoare (funcția de legitimare a expertului judiciar). Nu în ultimul rând, pe baza încrederii necesare a judecătorului în competența de specialitate și în integritatea personală a expertului judiciar, acestuia îi revine obligația de elaborare personală a expertizei.

În cadru judiciar, adevărul juridic pentru expertul tehnic este reiterat din adevărul științific, element fundamental în definirea competenței expertului, a nivelului profesional, a reputației.

De ce adevărul științific este simplu și frumos?

Astfel formulată problema, pare să aparțină domeniului filosofiei, dar, urmând sfatul pe care filosoful roman Seneca l-a dat lui Lucilius într-una dintre epistolele sale: „*Lungum iter est per praecepta, breve et efficax per exempla*” (Lung este drumul urmat prin învățătură, scurt și eficient prin exemple), vom încerca să explicăm frumusețea adevărului științific, analizând succint câteva exemple din domeniul tehnic. Dar mai întâi de toate, se impune să ne întrebăm: care este aria de investigare a expertului tehnic, spre deosebire de aceea a altor specialiști?

Pornind de la ideea marelui filosof german Emmanuel Kant care a considerat că orice entitate din univers poate fi studiată din două puncte de vedere diferite: *al numenului* (al lucrului în sine) și *al fenomenului* (al modului de manifestare), ne dăm seama că aria de investigare a expertului tehnic este aceea a fenomenelor, în timp ce numenul este obiectul filosofilor, al teologilor și al altor specialiști.

În continuare se pune problema cum cercetează fenomenele și cum interpretează expertii tehnici? Răspunsul, după părerea noastră este că sunt necesare modele teoretice, de preferință *modele matematice care se coroborează*

cu cercetarea și investigarea documentelor și a realului din teren. Așa după cum se cunoaște, matematica este unealta intelectuală cea mai perfecționată a omului de știință, care-i permite să enunțe într-o formă precisă, concisă, clară, accesibilă, legile materiale descoperite de știință. Fără matematică, cercetarea științifică este dificilă, dacă nu imposibilă. În tehnică, alături de matematică pe același podium este fizica, chimia, biologia, statistica și în ansamblu legile și principiile: legile naturii, legile umane, legile statului.

Expertul tehnic este modest. El se limitează să elaboreze modele matematice ale unor fenomene tehnice pe care apoi să le interpreteze într-o suită de cazuistici care în final vor elucida actul juridic. Dacă rezultatele obținute prin calcul, folosind modelul matematic elaborat coincid cu cele experimentale, el este mulțumit. El nu pretinde că ar cunoaște absolut *totul*. Modelul matematic îi permite în schimb să stăpânească fenomenele și să explice cazurile studiate.

Această coincidență între modelul matematic și experiment a fost considerată de Einstein ca *unica minune din univers*, faptul că natura are aceleași legi de evoluție ca și cele ale rațiunii umane.

Ideea aceasta de a modela matematic un fenomen tehnic și de a-l studia, apoi pe acest model de a analiza circumstanțele favorizante sau defavorizante care au determinat efectele și starea de fapt, a întâmpinat multe dificultăți în cursul istoriei. Ne amintim că, potrivit concepției filosofului grec Aristotel, era imposibil de a pătrunde în esența lucrurilor cu ajutorul matematicii, deoarece exista o mare deosebire între noțiunile matematice și realitate, de exemplu între noțiunea matematică de plan și suprafața unei mese, oricât de bine ar fi ea lustruită. În asemenea situații sunt marea parte a evenimentelor care generează expertiza tehnică și la care trebuie făcută expertiza tehnică. În explicația fenomenelor tehnice în multe situații constatăm ca fenomenele s-au produs sub efect sinergic. Și ne referim la un caz frecvent întâlnit în procese, și anume degradarea unei construcții existente, invocat fiind edificarea unei construcții noi în imediata vecinătate este un eveniment la care concura foarte mulți factori cum ar fi vechimea construcției existente, structura de rezistență mai mult sau mai puțin precară atât din punct de vedere conceptual dar și din punct de vedere al lipsei de mentenanță, lipsa unui sistem de fundare adecvat, prezenta exfiltrațiilor din conductele purtătoare de apă proprii, care în decursul timpului au generat crearea golurilor sub pardoseală și sub sistemul de fundare al pereților structurali, degradarea zonelor inferioare structurii de rezistență. În multe situații aceste aspecte sunt neglijate și umbrite prin atribuirea cauzalității noii construcții edificate la o distanță care permite aceasta interpretare pe seama influențării zonelor active celor două fundații. În această etapă expertul tehnic trebuie să verifice breviarul de calcul al proiectantului sau să-și facă model matematic propriu și să interpreteze rezultatele obținute. Și aceasta etapa din urmă trebuie investigată în conformitate cu prevederile legale în domeniu, respectiv dacă, prin eliberarea avizelor și acordurilor legale prin care

s-a certificat amplasamentul noii construcții s-a prevăzut obligativitatea măsurilor de punere în siguranță a imobilului învecinat printr-o expertiză tehnică care să stabilească starea tehnică a clădirii învecinate dar și protejarea acesteia. Cercetarea expertului tehnic continua prin investigații asupra proiectului tehnic, asupra documentației întocmite pentru obținerea avizelor și acordurilor, analiza acestora din urmă, analiza studiului geotehnic atât din punct de vedere al competenței întocmitorului, cât și din punct de vedere al componenței structurale a acestuia, dacă a prevăzut soluții de intervenție, dacă acestea au fost considerate în proiectul tehnic și dacă da, cum s-au aplicat. Un element deosebit de important îl reprezintă tehnologiile folosite. În asemenea cazuri expertul tehnic își extinde cercetarea asupra tehnologiilor de execuție a construcției noi cu precădere a fundațiilor acesteia.

O altă întrebare pe care ne-o putem pune este: *experții tehnici oare să poată descoperii un adevăr absolut?* La această întrebare se pot da mai multe răspunsuri. Ne vom limita la câteva exemple:

1. În primul rând, *printr-un dezvoltat spirit de observație*. Un om obișnuit, parcurgând un drum cunoscut, sau chiar necunoscut, are impresia că ceea ce vede este banal, este firesc să fie așa și trece mai departe. Expertul tehnic, dimpotrivă, datorită spiritului său de observație, dezvoltat remarcă lucruri interesante și, pe această cale ajunge la adevărul științific. Misiunea expertului în administrarea probei cu expertiza tehnică începe cu studiul dosarului în cauza etapa în cadrul căreia sunt analizate și interpretate din punct de vedere legislativ și tehnic documente care se refera la proprietatea imobiliară, construcții și terenuri. În mod similar analiza se continuă cu investigarea și inspecția proprietății. Inspecția proprietății reprezintă o acțiune cu un grad de complexitate foarte ridicat. Inspecția unei construcții se face de către personal calificat cu pregătire în acest domeniu, capabil a face investigații și referiri privind starea tehnică a structurii de rezistență, starea tehnică a componentelor nestructurale, starea tehnică a componentelor de finisaj. În multe situații efectuarea investigațiilor de către expertul tehnic sau de către societăți atestate într-un domeniu reprezintă în multe situații o platformă de cercetare pentru expertul tehnic în care rezultatele cercetărilor împreună cu interpretarea contextului efectelor vin în sprijinul relatării adevărului științific.

2. În al doilea rând se poate ajunge la un adevăr științific printr-o *analogie* între două fenomene, unul cunoscut și altul necunoscut, dar având unele asemănări, mai puțin vizibile de către un om obișnuit.

În interpretarea acestui aspect ne gândim la oamenii de știință. Se știe că pe Newton îl preocupa foarte mult mișcarea Lunii în jurul Pământului. Odată a observat atent cum a căzut din pom, un măr copt. (povestea, dacă este să o credem, afirmă că mărul i-a căzut în cap, ceea ce a făcut-o pe domnișoara

Gabriela Țițeica, profesoară de mecanică teoretică să spună: „*Mărul l-a nenorocit și pe Adam și pe Newton*”!). Atunci Newton și-a pus întrebarea dacă mișcarea Lunii și mișcarea mărului nu au ceva comun, dacă nu au cumva cauze similare și reflectând, a ajuns pe această cale la o formulare foarte generală a *legii atracției universale*, care l-a făcut celebru.

3. Se poate pune întrebarea dacă *șansa* nu joacă și ea un rol important în descoperirea adevărului științific.

Bineînțeles că da. Un exemplu elocvent în expertiza tehnică îl constituie analiza calității metalului în cazul unei construcții metalice, analiza compoziției betonului în cazul construcțiilor din beton, analiza materialelor compozite în cadrul zidăriei portante.

Să adăugăm la acest exemplu, un altul, acela al celebrului doctor Sir Alexander Fleming, laureat al premiului Nobel, descoperitorul penicilinei. Colegii „binevoitori” s-au grăbit să aprecieze că această descoperire a fost o simplă „întâmplare”. Fleming, cu cunoscutul său umor scoțian, le-a răspuns: „Este adevărat, dar pentru întâmplarea aceasta am cercetat o viață întreagă!”.

Fără a nega importanța șansei în cercetarea și aflarea adevărului științific, voi menționa și butada: „*Toți avem noroc; puțini își dau seama că-l au*”.

4. Se spune că *observația* este modul prin care expertul tehnic *întreabă* fenomenul constatat. Există însă o adevărată artă în a întreba. Cea mai grea întrebare pe care și-o poate pune expertul tehnic este „*DE CE?*”. Elaborarea unei întregi teorii pe baza căutării unui răspuns la întrebarea „de ce?” poate fi exemplificată.

5. Expertul tehnic cercetează fenomenele reale ale cazurilor, folosind *inventarul de cunoștințe*, pe care le posedă și caută să-și explice un fenomen nou, utilizând mai întâi aceste cunoștințe, în care are mare încredere, acestea fiind verificate și experimental. Tot așa în studiul fenomenelor de cedare ale elementelor structurale, expertul tehnic interpretează atât prin prisma structurii geometrice a acestora dar și prin prisma calității materialelor a aptitudinilor de conformitate față de procedeele de fabricație, transport manipulare, îmbinare pentru punerea în opera. Aceste aspecte vizează toate materialele de construcții dar cu precădere metalul și betonul – acestea fiind utilizate pe scara largă la construcții importante.

Un adevăr nou, cel puțin în momentul în care a fost pus în evidență de expertul tehnic prin probe materiale sau calcule pare un *paradox*, pentru că nu se potrivește cu inventarul de cunoștințe existent în acel moment. Se afirmă pe bună dreptate că atunci când o teorie, acceptată de cvasiunanimitatea oamenilor de știință, este contrazisă de un banal experiment, teoria trebuie dată la o parte și trebuie acceptat experimentul. Cu timpul, adevărul științific,

considerat la început un paradox, devine o *banalitate* și este incorporat în inventarul de idei al expertului tehnic pentru a deveni ulterior, când se face o nouă descoperire, o *prejudecată*. Și cercetătorii-experti cu o bogată experiență cunosc faptul că uneori este mult mai grea lupta cu vechiul, cu cunoștințe deja asimilate, decât cu noul care, la început, aparent sau nu, contrazice cunoștințele existente.

Revenind la întrebarea inițială pe care ne-am pus-o și anume: „De ce adevărul științific este simplu și frumos?” ne amintim de câteva adevăruri și să le comentăm.

a) *Legea fundamentală a mecanicii* descoperită de Newton;

b) *Legea atracției universale*;

c) *Legea Gaz Lussac – Boyle Mariotte pentru gazul perfect*;

d) *Formula lui Boltzmann* $S=k \cdot \ln W$, unde S este entropia, k este constanta lui Boltzman iar W este probabilitatea termodinamică;

e) *Formula lui Einstein pentru energie* $E=mc^2$, unde E este energia, m este masa corpului și c este viteza luminii în vid;

f) *Cuanta de energie (energia unui foton)* $E = h \nu$ unde E este energia, h este constanta lui Planck, iar ν este frecvența;

g) *Principiul incertitudinii (complementarității)* al lui Heisenberg.

Examinând aceste câteva rezultate, observăm că ele au fost exprimate prin *expresii matematice simple*, elementare. *Simplitatea* este, dintr-un anumit punct de vedere o caracteristică a frumosului. Acest fapt a fost remarcat de mai mulți oameni de știință, printre care și Johannes Kepler, care scria într-o carte a lui mai puțin cunoscută, *Prodromus* că „lumea ar fi opera unui spirit, căruia îi plac relațiile matematice simple” și conchide că această idee l-a dus întotdeauna pe drumul bun.

Fiind simple, ele sunt și *ușor accesibile*. Se spune, firește, exagerându-se puțin, că adevăratul om de știință este acela care este în stare, după ce a făcut o mare descoperire, să o explice, în câteva minute, pe înțelesul primului trecător pe care-l întâlnește pe stradă.

Frumusețea adevărilor de mai sus rezidă și în faptul că fiecare dintre ele aduce și ceva nou, ceva interesant, o surpriză plăcută la care nu ne așteptam.

Reținem un citat din capitolul „Permanența frumosului” din volumul „Filozofie și poezie” (Editura Enciclopedică, 1941 al lui Tudor Vianu):

„Frumusețea adevărului științific rezultă din forma sub care ni se prezintă și tocmai această formă ne cucerește și ne îndeamnă să-i pătrundem conținutul.

În cel mai neînsemnat adevăr științific, obținut cu multă trudă, strălucește parcă ceva din întregul univers, ceva nespus de frumos.

Și încheie Tudor Vianu: *Adevărul, științific, frumosul și binele cresc dintr-o tulpină comună*”.

Bibliografie:

1. Codul de Procedura Civila; www.cjo.ro/coduri-de-drept/noul-cod-de-procedura-civila/
2. Codul de Procedura Penală; www.mpublic.ro/ncpp.pdf
3. Ordonanța nr. 2/2000 actualizată și completată la zi; legeaz.net/og-2-2000-expertiza-tehnica/
4. Ghid informativ privind expertiza tehnica judiciara – publicat în cadrul proiectului „Creșterea eficienței sistemului de expertiza tehnică” – Programul twinning RO 2007/IB/JH – 11 TL prof Jurgen Schiller, s.a.;
5. Seneca, Opere filozofice alese, Ed. Minerva, București, 1981;
6. Immanuel Kant, Tratat de logica generală – epistematic.blogspot.com/2012/03/immanuel-kant-logica-general.html
7. Permanența frumosului, în volumul „Filozofie și poezie”, al lui Tudor Vianu, Editura Enciclopedică, București, 1941;
8. Barbu Daniela, Gramescu Ana Maria – 21st Congress of the European Real Estate Society June 7-10, 2014 Bucharest „Aspects regarding the valuation of historical properties”;
9. Barbu Daniela, Gramescu Ana Maria – „Statistical analysis in real estate valuation” ERES, Milano Conference SDA Bocconi – School of Management; Asian Real Estate Society (AsRES) and the American Real Estate and Urban Economics Association (AREUEA) International Conference will take place held July 7-10, 2012 in Singapore at Marina Bay Sands.
10. Gramescu Ana Maria, Mitroi Amedeo, Dragoi Mihaela, Pericleanu Dan – „Influence of environmental factors on mechanical rezistence on natural stone buildings and cuantification in tehcnical expertise” publicat în Journal of Enviromental Protection and Ecological ISSN 1311-50-65-2010 Grecia – rev cotata ISI – în curs de apariție;
11. Gramescu Ana Maria, *Tendințe actuale în administrarea probei cu expertiza tehnică*, Conferința Națională, noiembrie 2010, Sibiu, articol publicat în Buletinul Corpului Experților Tehnici din România, dec. 2010;
12. Gramescu Ana Maria, *Impactul reglementărilor tehnice în construcții asupra calității și performanței activităților de proiectare, verificare, expertiză, control și execuție*, Conferința cu participare internațională CONTEL 2010 – 1-3 iunie Sibiu – lucrare susținută în plenul Conferinței;
13. Barbu Ana Maria Daniela, Gramescu Ana Maria, *Application of modern methods in land*, Joind International Real Estate Conference of the Asian Real Estate Society and the American Real Estate – Urban Economics Association – 11 – 14 July 2009 Los Angeles California;

14. Barbu Ana Maria Daniela, Gramescu Ana Maria, Amedeo Mitroi, *Considerations regarding the Valuation of the Specialized Properties*, publicat în Buletinul Institutului Politehnic din Iași – Secția hidrotehnică, tomul LIV, fasc. nr. 3/2008;

15. Gramescu Ana Maria, Barbu Ana Maria Daniela, *Aspects regarding the evaluation of historical properties*, Dauphine Universite Paris – Real Estate Workshop – 19 oct 2007.

CONSIDERAȚII PRIVIND FRAUDA INFORMATICĂ

Doinel DINUICĂ*
Mioara-Ketty GUIU**

Abstract:

The paper analyzes the offense known as computer fraud. It aims at pinpointing some shortcomings of the definition given to this type of criminal offense in the new Romanian Criminal Code, such as the impossibility of delineating its juridical object and the erroneous opinion according to which it is a complex criminal offense that contains in itself the offense of altering computer data (art. 363 of Criminal Code), or, in given situations, the offense of causing damage to a computer system (art. 363 of Criminal Code).

Keywords: *fraud, abuse, computer system*

Introducere

Printre schimbările aduse de noul Cod penal se numără și apariția a două grupuri de infracțiuni inexistente în codul anterior.

Primul grup, intitulat „Fraude comise prin sisteme informatice și mijloace de plată electronice”, este inclus printre infracțiunile contra patrimoniului (Titlul II, Capitolul IV din Partea specială) și cuprinde trei infracțiuni, anume „Frauda informatică” (art. 249 C. pen.), „Efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos” (art. 250 C. pen.) și „Acceptarea operațiunilor financiare efectuate în mod fraudulos” (art. 251 C. pen.).

Al doilea grup, intitulat „Infracțiuni contra siguranței și integrității sistemelor informatice”, este inclus printre infracțiunile contra siguranței publice (Titlul VII, Capitolul VI din Partea specială) și cuprinde șase infracțiuni, anume „Accesul ilegal la un sistem informatic” (art. 360 C. pen.), „Interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice” (art. 361 C. pen.), „Alterarea integrității datelor informatice” (art. 362 C. pen.), „Perturbarea funcționării sistemelor informatice” (art. 363 C. pen.), „Transferul neautorizat de date informatice” (art. 364 C. pen.), „Operațiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice” (art. 365 C. pen.).

Apariția acestor infracțiuni fost precedată și determinată de adoptarea Convenției Consiliului Europei asupra criminalității informatice (semnată la Budapesta, în anul 2001), prin care statele părți, între care și România, și-au

* Prof. univ. dr., prorector al Universității „Spiru Haret”.

** Conferențiar universitar doctor, Universitatea *Spiru Haret*, cercetător științific asociat al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

asumat obligația să adopte măsurile legislative și alte măsuri considerate necesare pentru a incrimina asemenea fapte.

În legislația română, aceste infracțiuni au fost prevăzute, inițial, în două legi speciale, anume în Legea nr. 365/2002 privind comerțului electronic și în Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției¹. De aici, ele au fost preluate în noul Cod penal (unele chiar fără modificări), iar, mai târziu, prin Legea nr. 187/2012, dispozițiile de incriminare cuprinse în cele două legi speciale au fost abrogate.

Din păcate, la fel ca și în alte cazuri, legiuitorul român a preluat *ad litteram* definițiile din convenție, fără a ține seama că textele internaționale nu cuprind niciodată incriminări, ci indică, în termeni foarte generali, anumite fapte, revenind statelor părți obligația de a se asigura că, potrivit dreptului intern, acele fapte constituie infracțiuni și pot fi pedepsite.

De unde se înțelege că prima obligație care revenea statelor părți, inclusiv României, era aceea de a verifica dacă faptele descrise în convenție sunt sau nu incriminate în legislația internă, chiar sub o altă denumire.

Numai în caz că faptele descrise în convenție nu erau deja incriminate, se pune problema introducerii unor noi incriminări. Însă, chiar în acest caz, era exclusă o preluare automată, *tale quale*, a definițiilor din convenție, deoarece, tot în plan internațional, România și-a asumat obligația de a respecta principiul legalității. Or, acest principiu impunea să se verifice, în prealabil, dacă definițiile noilor infracțiuni cuprind suficiente cerințe specifice, care să permită individualizarea lor în raport cu alte infracțiuni având un conținut asemănător – ceea ce legiuitorul român nu a făcut.

Un asemenea reproș se poate face, după părerea noastră, și cu privire la infracțiunea de fraudă informatică, care este definită, în art. 249 C. pen., ca *introducerea, modificarea sau ștergerea de date informatice, restricționarea accesului la aceste date ori împiedicarea în orice mod a funcționării unui sistem informatic, în scopul de a obține un beneficiu material pentru sine sau pentru altul, dacă s-a cauzat o pagubă unei persoane*.

Așa cum vom arăta în cele ce urmează, o atare definiție prezintă multe și grave neajunsuri.

1. Obiectul juridic

Așa cum apare ea în legislația noastră, definiția infracțiunii de fraudă informatică lasă nelămurită o chestiune esențială, aceea de a ști care este obiectul juridic specific al acestei infracțiuni, respectiv care este obligația

¹ Ultimele modificări ale Legii nr. 161/2003 au fost aduse prin Legea nr. 255/2013.

impusă cetățenilor, aceea care devine "valoare socială lezată", în caz că este violată².

Desigur, dacă ținem seama de obiectul juridic generic (de grup), de faptul că legiuitorul român a inclus fraudă informatică printre infracțiunile contra patrimoniului, putem deduce că e vorba de obligația generală de a respecta patrimoniului altei persoane.

Totuși, vedem că definiția înscrisă în art. 249 C. pen. pune accent pe diversele modalități de folosire a unui sistem informatic, lăsând să se înțeleagă că ceea ce se pretinde cetățenilor este să păstreze integritatea datelor și sistemelor informatice. Or, este evident că o asemenea obligație specifică (de a păstra integritatea datelor și sistemelor informatice) nu are nicio legătură cu obligația generală, comună tuturor infracțiunilor contra patrimoniului, aceea de a proteja patrimoniul altei persoane. De unde ar urma fie că această infracțiune a fost greșit clasată printre infracțiunile contra patrimoniului (doctrina dominantă consideră că infracțiunea fraudă informatică are un singur obiect juridic, patrimoniul; dar, chiar pornind de la premisa că ea ar avea un obiect juridic complex, tot nu s-ar justifica înscrierea ei printre infracțiunile contra patrimoniului, din moment ce, ținând seama de definiția care i s-a dat, am fi nevoiți să pretindem că ea asigură protecție, în principal, integrității datelor și sistemelor informatice și, abia în secundar, patrimoniului).

Această stare de incertitudine se reflectă și în doctrină. În acest sens, observăm că, în opinia unor autori, obiectul juridic al infracțiunii de fraudă informatică nu se rezumă la relațiile sociale de ordin patrimonial, ci cuprinde „și întregul fascicol de relații referitoare la încrederea în siguranța ... tranzacțiilor informatice”³. De unde s-ar deduce, cum am arătat, că fraudă informatică este o infracțiune cu obiect juridic complex, fără a fi totuși limpede care obiectul ei juridic principal.

În consecință, trebuie să subliniem că, departe de a avea un obiect juridic complex, infracțiunea de fraudă informatică are un singur obiect juridic. Ea nu reprezintă altceva decât o variantă de specie a infracțiunii de înșelăciune, în care inducerea în eroare a victimei are loc prin folosirea unui sistem informatic. Acest fapt rezultă atât din denumirea atribuită infracțiunii, aceea de „Fraudă informatică”, cât și din faptul că textul pretinde ca fapta să fi cauzat o pagubă unei persoane. De altfel, în alte doctrine se arată, în mod explicit, că *frauda*

² Așa cum arată profesorul I. Tanoviceanu, obiectul juridic al infracțiunii constă în norma penală violată (a se vedea *Tratat de drept și procedură penală*, vol. I, ed. a II-a, Tip. „Curierul Judiciar”, București, 1924, p. 391).

³ A se vedea I. Vasiu, *Frauda informatică*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal” de G. Antoniu ș.a., vol. III, Partea specială, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 602.

*informatică reprezintă varianta informatică a escrocheriei*⁴. Înșelăciunea (escrocheria) clasică constă în inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos patrimonial injust și dacă s-a pricinuit o pagubă. Aceeași infracțiune există și atunci când, pentru amăgirea victimei și atingerea scopului menționat, făptuitorul se folosește de un sistem informatic (Internet, rețea de telefonie etc.)

Cât privește nevoia incriminării distincte a fraudei informatice, după cât se pare, aceasta a fost determinată, pe de o parte, de dificultățile pe care le comportă proba unor asemenea acte și care reclamă formarea unui personal judiciar specializat, iar, pe de altă parte, de apariția unor controverse privind existența infracțiunii de înșelăciune în asemenea cazuri, în care lipsește o legătură directă între agent și victimă, aceasta din urmă fiind indusă în eroare de la distanță, prin manipularea unor date sau sisteme informatice (unii autori sunt de părere că textul care incriminează înșelăciunea nu se poate aplica unor asemenea fapte, decât nesocotind interdicția interpretării extensive a legii penale)⁵.

Însă, indiferent de rațiunile care au impus incriminarea distinctă a acestei forme de înșelăciune, trebuie să subliniem că obiectul ei juridic coincide cu obiectul juridic al înșelăciunii. În ambele cazuri, legea stabilește o identică obligație (normă de comportament), aceea de a nu aduce atingere patrimoniului altei persoane, prin acte de viclenie.

2. Obiectul material

Doctrina română majoritară pretinde că obiectul material al infracțiunii de fraudă informatică ar consta în entitatea materială (hard-disk, CD, stick etc.) pe care sunt stocate datele informatice⁶ sau, după caz, în „sistemele informatice care conțin datele informatice alterate sau care sunt împiedicate să funcționeze ca urmare a activității făptuitorului”⁷.

Aceeași doctrină observă că sintagmele „date informatice” și „sistem informatic” sunt explicate în art. 181 C. pen.: potrivit art. 181 alin. (1) C. pen., prin *sistem informatic* se înțelege „orice dispozitiv sau ansamblu de dispozitive interconectate sau aflate în relație funcțională, dintre care unul sau mai multe

⁴ A se vedea site-ul http://www.belgium.be/fr/justice/securite/criminalite/criminalite_informatique/fraude_informatique/

⁵ A se vedea site-ul: http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/legislation/cmt/law_be_2000-11-28_cmt_fr.pdf

⁶ *Ibidem*, p. 602; în același sens, a se vedea M. Dobrinou, *Frauda informatică*, în „Noul Cod penal comentat” de V. Dobrinou ș.a., vol. II, Partea specială, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 330.

⁷ Gh. Alecu, A. Barbăneagră, *Reglementarea penală și investigarea criminalistică a infracțiunilor din domeniul informatic*, Ed. Pinguin Book, București, 2006, p. 82.

asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic”; iar, potrivit art. 181 alin. (2) C. pen., prin *date informatice* se înțelege „orice reprezentare a unor fapte, informații sau concepte într-o formă care poate fi prelucrată printr-un sistem informatic”.

În ce ne privește, am remarca totuși că, din asemenea explicații, este imposibil să se desprindă vreo legătură între obiectul juridic și obiectul material al infracțiunii de fraudă informatică. De fapt, între cele două categorii de explicații există o vădită ruptură, care este însă lesne de înțeles, din moment ce, cum am arătat deja, definiția pe care legiuitorul român a dat-o infracțiunii de fraudă informatică nu justifică clasarea acesteia printre infracțiunile contra patrimoniului. Textul incriminează introducerea, modificarea sau ștergerea de date informatice, restricționarea accesului sau împiedicarea funcționării unui sistem informatic – de unde se deduce, repetăm, că fraudă informatică aduce atingere integrității datelor și sistemelor informatice și, așadar, că obiectul ei material constă în chiar aceste date și sisteme.

Însă, dacă ținem seama de faptul deja menționat, anume că fraudă informatică nu este altceva decât varianta informatică a infracțiunii de înșelăciune, atunci putem lesne înțelege că obiectul ei material coincide cu obiectul material al înșelăciunii și deci constă în bunul, mobil sau imobil, pe care victima îl remite voluntar agentului, ca o consecință a inducerii sale în eroare.

Deși această formă de înșelăciune presupune cu necesitate folosirea unui sistem informatic, totuși, sistemul informatic nu poate fi considerat obiect material al infracțiunii. Sistemul informatic este și rămâne un lucru care servește la săvârșirea infracțiunii de fraudă informatică [art. 112 lit. b) C. pen.]. Tot astfel, nici datele informatice și nici suportul lor material nu pot constitui obiectul material al fraudei informatice, căci, la fel ca și sistemul informatic în ansamblu, acestea nu reprezintă decât lucruri care servesc la săvârșirea infracțiunii.

3. Subiecții

Subiectul activ nemijlocit nu este calificat. Autor al infracțiunii de fraudă poate fi orice persoană care îndeplinește condițiile generale, cerute pentru a răspunde penal.

Fapta se poate săvârși și în participație, sub oricare dintre formele acesteia (coautorat, instigare sau complicitate).

Subiect pasiv este persoana, fizică sau juridică, care a fost păgubită de către făptuitor.

4. Conținutul constitutiv

Sub aspectul elementului material, fraudă informatică se realizează în cinci modalități alternative, și anume: *introducerea, modificarea sau ștergerea de date*

informatică, *restricționarea accesului* la date informatice ori *împiedicarea în orice mod a funcționării unui sistem informatic*.

Introducerea de date informatice înseamnă inserarea de noi date într-un sistem informatic.

Modificarea de date informatice se poate realiza atât prin adăugarea, cât și prin ștergerea unor date informatice (de unde se înțelege că prevederea distinctă a ștergerii, ca modalitate de săvârșire a faptei, este superfluă).

Restricționarea accesului înseamnă blocarea accesului la anumite date informatice. Blocarea accesului la date informatice se poate realiza prin procedee diverse, inclusiv prin infectarea cu viruși.

Împiedicarea funcționării unui sistem informatic înseamnă perturbarea unui sistem informatic, cu consecința că acesta devine inutilizabil, total sau parțial, temporar sau definitiv. Împiedicarea funcționării unui sistem informatic se poate realiza atât prin introducerea sau modificarea de date informatice, cât și prin restricționarea accesului la asemenea date (această modalitate le acoperă pe toate celelalte, ceea ce înseamnă că prevederea celorlalte modalități nu se justifică).

Prin aceste modalități de săvârșire, infracțiunea de fraudă informatică se confundă cu infracțiunea de alterarea integrității datelor informatice (art. 362 C. pen.), ca și cu infracțiunea de perturbarea funcționării sistemelor informatice (art. 363 C. pen.) – fapt ce creează o gravă confuzie, lăsând impresia că fraudă informatică ar fi o infracțiune complexă, care absoarbe infracțiunile informatice menționate. Or, în realitate, fraudă informatică este o infracțiune simplă, distinctă de cele două infracțiuni informatice, cu care poate intra în concurs. Ceea ce înseamnă că identitatea celor trei infracțiuni, sub aspectul elementului lor obiectiv (material), se analizează ca o încălcare a principiului legalității (*nullum crimen sine lege certa*).

Pentru existența infracțiunii, se cer îndeplinite două condiții (cerințe esențiale): prima este aceea ca făptuitorul să fi acționat în scopul de a obține un beneficiu material pentru sine sau pentru altul; a doua este aceea ca fapta să fi cauzat o pagubă unei persoane. De exemplu, în așa-numita „Fraudă nigeriană”, făptuitorul transmite mesaje unor victime necunoscute, cărora le solicită ajutor bănesc, invocând diverse împrejurări nereale (blocarea sa într-o țară aflată în război, incapacitatea de a plăti un tratament medical de maximă urgență etc.)

Sub aspectul urmării imediate, fraudă informatică, la fel ca și înșelăciunea, se prezintă ca o infracțiune de rezultat, condiționată de apariția unei pagube în patrimoniul victimei. În caz că infracțiunea s-a consumat (ceea ce înseamnă că fapta a cauzat o pagubă), legătura de cauzalitate trebuie dovedită. În jurisprudența franceză s-a decis că răspunde pentru fraudă informatică, în formă consumată, persoana care, prin manopere frauduloase, introduce coduri de acces confidentiale, care nu îi aparțin și trece astfel drept titularul legitim al

codurilor, determinând o societate comercială să-i furnizeze un serviciu, prin rețeaua de Internet⁸.

Sub aspect subiectiv, infracțiunea de fraudă informatică se comite cu intenție directă, calificată prin scopul de a obține un beneficiu material, pentru sine sau pentru altul.

5. Forme. Modalități

Tentativa de fraudă informatică se pedepsește, în conformitate cu dispoziția înscrisă în art. 252 C. pen.

În jurisprudența franceză s-a decis că răspund pentru tentativă de fraudă informatică persoanele care introduc în sistemul informatic al unei bănci o bandă magnetică confecționată sub denumirea de împrumut al unei societăți industriale, din moment ce datele apocrife tind la viramente bancare⁹.

Pentru forma consumată, pedeapsa este închisoarea de la 2 la 7 ani.

6. Concluzii

Din considerațiile anterior expuse, putem desprinde câteva concluzii, după cum urmează:

- Frauda informatică nu este o infracțiune nouă, ci doar o variantă modernă a înșelăciunii, care se săvârșește prin utilizarea unui sistem informatic (Internet, rețea de telefonie etc.);

- Definiția dată fraudei informatice în noul Cod penal român nesocotește principiul legalității și creează impresia că fraudă informatică ar fi o infracțiune complexă, care absoarbe unele infracțiuni informatice, ceea ce este nereal (frauda informatică este o infracțiune simplă, patrimonială, care, eventual, poate intra în concurs cu o infracțiune informatică);

- Definiția dată fraudei informatice în noul Cod penal român este, de asemenea, deficitară, întrucât nu clarifică când și în ce mod faptele pe care le descrie pot să cauzeze o pagubă unei persoane și, implicit, să procure un beneficiu material, fie făptuitorului fie unui terț.

În sfârșit, pentru a încheia aceste considerații, mai arătăm că, după părerea noastră, fraudă informatică trebuia definită, pur și simplu, ca o înșelăciune săvârșită cu ajutorul unui sistem informatic, cu precizarea că, în caz de utilizare ilegală a sistemului informatic, se aplică regulile de la concursul de infracțiuni (fapta intră în concurs cu o infracțiune informatică).

⁸ Tribunalul de mare instanță din Paris, decizia din 16 decembrie 1997, publicată în *Code pénal. Nouveau Code pénal. Ancien Code pénal. (Texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations)*, Dalloz, Edition 2002, p. 577.

⁹ Tribunalul de mare instanță din Paris, decizia din 13 ianuarie 1982, publicată în *op. cit.*, p. 576-577.

TENDINȚE ȘI EVOLUȚII ÎN UTILIZAREA ȘI IMPLEMENTAREA CONVENȚIEI PRIVIND CRIMINALITATEA INFORMATICĂ*

Gheorghe-Iulian IONIȚĂ**

Abstract:

The Convention on cybercrime is the first international instrument in the preventing and combating cyber crime. In time, were expressed some concerns according to which the provisions of this convention would be overcome by the development (unprecedented) of the technology, given the date of opening for signature (23 November 2011). In this context, the Cybercrime Convention Committee (T-CY) decided, at its 8th Plenary (December 2012), to issue Guidance Notes, which represents the common understanding of the Parties regarding the use of the convention and are aimed at facilitating the effective use and implementation of this Convention, also in the light of legal, policy and technological developments.

Keywords: *cybercrime, legal, policy and technological developments, use and implementation of the Convention on cybercrime, Cybercrime Convention Committee (T-CY), Guidance Notes*

1. Introducere

Comitetul European pentru Probleme Penale (CDPC), în anul 1996, prin Decizia nr. CDPC/103/211196, a înființat un Comitet de experți pentru a se ocupa de criminalitatea informatică, plecând de la unele considerații pragmatice, sugerate și de profesorul H.W.K. Kaspersn (în raportul pregătit la solicitarea Comitetului) „... ar trebui gândim un alt instrument juridic, care ar angaja mai mult ca o recomandare, cum ar fi o convenție. O astfel de convenție nu ar trebui să se ocupe doar de problemele de drept penal substanțial, dar și cu probleme de procedură penală și acordurile internaționale”¹.

Astfel, Comitetul de Miniștrii, prin Decizia nr. CM/Del/Dec (97) 583 (04.02.1997) a instituit un nou Comitet, „Comitetul de Experți în Spațiul Cibernetic” (PC-CY), care și-a început activitatea în aprilie 1997. Proiectul de

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

** Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, cercetător asociat; Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, cercetător post-doctoral; Universitatea Româno-Americană București, lector; e-mail ionita.gheorghe.iulian@profesor.rau.ro.

¹ G.-I. Ioniță, *Infraacțiunile din sfera criminalității informatice. incriminare, investigare, prevenire și combatere*, ed. a II-a rev. și adăug., Ed. ProUniversitaria, București, 2013, p. 97-98.

convenție, revizuit și finalizat, și expunerea de motive, au fost înaintate spre aprobare CDPC, la a 50-a sesiune plenară din iunie 2001, după care textul Proiectului de convenție a fost prezentat Comitetului de Miniștri pentru adoptare și deschiderea spre semnare.

La Budapesta (23 noiembrie 2001) 29 de state au semnat Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică² (inclusiv patru non-membre ale Consiliului Europei, respectiv: Canada, Statele Unite ale Americii, Japonia și Africa de Sud, care au participat la negocieri). În prezent³ 45 de țări au aderat la/ratificat această convenție

La scurt timp, această Convenție a fost urmată de Protocolul adițional referitor la incriminarea actelor de natură rasistă și xenofobă săvârșite prin intermediul sistemelor informatice⁴, adoptat la Strasbourg (28 ianuarie 2003).

S-a precizat (în *Preamble*) „ Statele ... Convinse de nevoia de promovare, cu prioritate, a unei politici anti-infracționale comune orientate spre protejarea societății contra criminalității informatice, printre altele, pe calea adoptării unei legislații corespunzătoare și a promovării cooperării internaționale; ... Îngrijorate de riscul ca rețele de computere și informațiile în format electronic să fie folosite la comiterea de infracțiuni, și ca probele în legătură cu aceste infracțiuni să fie păstrate și transferate de aceste rețele; Constatând că o combatere eficientă a criminalității informatice necesită o cooperare internațională sporită, rapidă și funcțională în probleme de drept penal ...”

În timp, având în vedere data deschiderii spre semnare (23 noiembrie 2011) și dezvoltarea (fără precedent) a tehnologiei, s-au exprimat unele îngrijorări conform cărora prevederile Convenției privind criminalitatea informatică ar fi depășite de această dezvoltare a tehnologiei

În acest context, Comitetul Convenției privind criminalitatea informatică (T-CY) a hotărât, la cea de-a opta întrunire (decembrie 2012), să emită note orientative, care reprezintă înțelegerea comună a părților la aceasta în ce privește utilizarea convenției și sunt menite să faciliteze utilizarea și implementarea acestei convenții în lumina progreselor tehnologice, dar și celor juridice și politice⁵.

² Council of Europe, *Convention on Cybercrime* (CETS no. 185), disponibil on-line la <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>.

³ Council of Europe, *Convention on Cybercrime* (CETS no. 185). Status as of: 8/3/2015, disponibil on-line la <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=1&DF=08/03/2015&CL=ENG>.

⁴ Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems* (ETS no. 189), disponibil la <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>.

⁵ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes* T-CY (2013)29rev, adopted by the 8th, 9th and 12th Plenaries of T-CY, Strasbourg, 8 December 2014, p. 2, disponibil on-line la [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/TCY\(2013\)29rev_GN%20compilation_v3.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/TCY(2013)29rev_GN%20compilation_v3.pdf).

S-a subliniat⁶ faptul că, potrivit precizărilor din Raportul explicativ⁷, Convenția de la Budapesta privind criminalitatea informatică folosește un limbaj neutru din punct de vedere tehnologic astfel încât dispozițiile de drept penal substanțial privitoare la infracțiuni pot fi aplicate atât dezvoltărilor tehnologice curente, cât și celor viitoare și că, în acest fel, noile forme de programe malițioase sau infracțiuni vor fi întotdeauna acoperite de prevederile convenției.

2. Note orientative privind noțiunea „sistem informatic” (art. 1.a. din convenție)

Plecând de la realitatea că, ulterior momentului redactării acestei convenții, au fost dezvoltate dispozitive noi (telefoane „inteligente”, PDA-uri, tablete etc.) care produc, procesează sau transmit date informatice, a apărut nevoia unor discuții cu privire la faptul dacă aceste dispozitive noi sunt incluse în conceptul „sistem informatic” din convenție⁸.

Analizând dispozițiile art. 1.a din convenție și ale pct. 23 și 24 din raportul explicativ, comitetul (T-CY) a fost de acord⁹ că definiția „sistemului informatic” (așa cum este formulată în art. 1.a din convenție) include (spre exemplu):

- telefoanele mobile moderne, care sunt multifuncționale și au, printre funcțiile lor, și capacitatea de a produce, procesa și transmite date informatice (ca accesarea Internet-ului, transmiterea mesajelor electronice, transmiterea atașamentelor, încărcarea conținutului și descărcarea documentelor);

- PDA-urile, cu sau fără funcția de acces fără fir, de asemenea, produc, procesează și transmit date informatice.

Astfel, comitetul (T-CY) a subliniat că, atunci când aceste dispozitive desfășoară astfel de funcții, procesează „date informatice” (așa cum sunt definite de art. 1.b din convenție) și creează „trafic de date informatice” (așa cum este definit de art. 1.d din convenție)¹⁰.

În final¹¹, comitetul (T-CY) a concluzionat că definiția „sistemului informatic”, așa cum este formulată în art. 1.a din convenție, acoperă noile

⁶ Idem.

⁷ Council of Europe (CoE), *Convention on Cybercrime (ETS no. 185). Explanatory Report*, pct. 36, disponibil on-line la <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>.

⁸ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes # 1 on the notion of „computer system” article 1.a Budapest Convention on Cybercrime* T-CY (2012) 21, adopted by the T-CY at its 8th Plenary, Strasbourg, 5 December 2012, p. 3, disponibil on-line la [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY2012/T-CY\(2012\)21E_guidanceNote1_article1_final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY2012/T-CY(2012)21E_guidanceNote1_article1_final.pdf).

⁹ idem.

¹⁰ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes # 1 on the notion of „computer system” article 1.a Budapest Convention on Cybercrime* T-CY (2012) 21, *op. cit.*, p. 4.

¹¹ idem.

forme de tehnologie în curs de dezvoltare, ca telefoanele mobile moderne, telefoanele „inteligente”, PDA-urile, tabletele sau altele similare, care trec dincolo de tradiționalele sisteme informatice (tip „mainframe” sau „desktop”).

3. Note orientative privind dispozițiile convenției care acoperă „rețelele (ro)bot” (botnet)

Având în vedere termenul „rețele (ro)bot” (botnet) așa cum era prezentat în propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de înlocuire a Deciziei-cadru 2005/222/JAI a Consiliului¹², comitetul (T-CY) a precizat că nu este relevant faptul că rețelele (ro)bot sunt formate din sisteme informatice interconectate, atâta vreme cât acestea (sistemele informatice) pot fi interconectate în scopuri infracționale sau legitime, ci faptul că sistemele informatice din rețelele (ro)bot sunt utilizate fără consimțământ, în scop infracțional și pentru a cauza un impact major¹³.

Comitetul (T-CY) a considerat¹⁴ că rețelele (ro)bot (botnet) sunt acoperite de mai multe secțiuni ale convenției, în funcție de ce face în realitate rețeaua (ro)bot (botnet), întrucât fiecare dispoziție conține un standard de intenție („fără drept”, „cu intenția de a fraudă” etc.) care trebuie să fie ușor demonstrabilă atunci când sunt implicate rețelele (ro)bot (botnet).

Mai mult, comitetul (T-CY) a prezentat¹⁵ și o listă (tabel) cu articolele relevante din convenție (art. 2-11 și 13) și exemple, concluzionând¹⁶ că ea [lista cu articolele referitoare la rețelele (ro)bot (botnet)] ilustrează utilizarea infracțională multiplă a acestora [rețelilor (ro)bot (botnet)] și dispozițiile de incriminare care ar trebui aplicate și că, astfel, diferitele aspecte ale rețelilor (ro)bot (botnet) sunt acoperite de convenție.

¹² În Directiva 2013/40/UE a Parlamentului European și a Consiliului (din 12 august 2013) privind atacurile împotriva sistemelor informatice și de înlocuire a Deciziei-cadru 2005/222/JAI a Consiliului, se precizează (5) că „... crearea și utilizarea așa-numitelor rețele (ro)bot ... presupune etape succesive ale unei fapte penale ... etapa de creare de rețele (ro)bot ... etapa în care se stabilește controlul la distanță asupra unui număr semnificativ de calculatoare prin instalarea unor programe malițioase, prin atacuri informatice dirijate. O dată creată, rețeaua de calculatoare infectate care alcătuiește rețeaua (ro)bot poate fi activată fără știința utilizatorilor calculatoarelor, pentru a lansa un atac informatic la scară largă, care în mod obișnuit are capacitatea să producă prejudicii grave ...” – a se vedea Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA, disponibil on-line la <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0040&from=EN>.

¹³ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes # 2 Provisions of Budapest Convention covering Botnets* T-CY (2013) 6E Rev, adopted by the 9th Plenary of the T-CY, Strasbourg, 5 June 2013, p. 3, disponibil on-line la http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/TCY_2013_6REV_GN2_botnets_V7adopted.pdf.

¹⁴ *idem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 4-5.

¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

4. Note orientative privind atacurile refuz al serviciului distribuit (DDOS)

Potrivit explicațiilor furnizate¹⁷ de comitet (T-CY):

- atacurile refuz al serviciului (DOS) sunt încercări de a face un sistem informatic indisponibil pentru utilizatorii legitimi prin diverse mijloace;
- atacurile refuz al serviciului distribuit (DDOS) sunt atacuri de refuz al serviciului executate simultan de mai multe sisteme informatice;
- atacurile refuz al serviciului (DOS) și refuz al serviciului distribuit (DDOS) pot fi efectuate prin mai multe modalități comune ca (de exemplu) saturarea sistemelor informatice sau rețelelor țintă cu cereri externe de comunicare, depășirea limitei de utilizatori, trimiterea către un sistem informatic tip server a unui număr de mesaje de poștă electronică mai mare decât acesta poate primi și manipula etc.

Comitetul (T-CY) a considerat¹⁸, ca și în cazul rețelelor (ro)bot (botnets), că atacurile refuz al serviciului (DOS) și refuz al serviciului distribuit (DDOS) sunt acoperite de mai multe secțiuni ale convenției, în funcție de ce face în realitate fiecare atac, întrucât fiecare dispoziție conține un standard de intenție („fără drept”, „cu intenția de a fraudă” etc.) care trebuie să fie ușor demonstrabilă atunci când sunt implicate astfel de cazuri (DOS sau DDOS).

În aceeași ordine de idei, comitetul (T-CY) a prezentat¹⁹ și o listă (tabel) cu articolele relevante din convenție (art. 2, 4, 5, 11 și 13) și exemple, concluzionând²⁰ că ea [lista cu atacurile refuz al serviciului (DOS) și refuz al serviciului distribuit (DDOS)] ilustrează utilizarea infracțională multiplă a acestora [atacurilor refuz al serviciului (DOS) și refuz al serviciului distribuit (DDOS)] și dispozițiile de incriminare care ar trebui aplicate și că, astfel, diferitele aspecte ale atacurilor refuz al serviciului (DOS) și refuz al serviciului distribuit (DDOS)] sunt acoperite de convenție.

5. Note orientative privind furtul de identitate (identity theft) și „pescuitul” (phishing) în relație cu fraudă

În explicarea noțiunii de furt de identitate, comitetul (T-CY) a plecat²¹ de la constatarea că:

¹⁷ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes # 5 DDOS attacks* T-CY (2013) 10E Rev, adopted by the 9th Plenary of the T-CY, Strasbourg, 5 June 2013, p. 3, disponibil on-line la [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY\(2013\)10REV_GN5_DDOSAttacks_V7adopted.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY(2013)10REV_GN5_DDOSAttacks_V7adopted.pdf).

¹⁸ *idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 4.

²⁰ *Idem*.

²¹ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes # 4 Identity theft and phishing in relation to fraud* T-CY (2013) 8E Rev, adopted by the 9th Plenary of the T-CY, Strasbourg, 5 June 2013, p. 3, disponibil on-line la <http://www.coe.int/t/dghl/coope>

- nu există o definiție general acceptată sau o utilizare consecventă a termenului „furt de identitate”, acesta implicând acte infracționale de fraudare, în obținerea și folosirea informațiilor de identificare ale unei alte persoane, fără cunoștința sau acordul ei;

- termenul „fraudă privind identitatea” este folosit (uneori) ca sinonim, întrucât presupune (de asemenea) utilizarea unei identități false, nu a uneia neapărat reale.

Comitetul (T-CY) face precizarea²² că, chiar dacă informațiile de identificare a unei persoane (reale sau fictive) pot fi utilizate abuziv în mai multe activități ilegale, nota de orientare se concentrează doar pe furtul de identitate în relație cu fraudă; aceasta poate implica deturnarea identității unei alte persoane (numele, data nașterii, adresa curentă sau cea anterioară etc.), fără știrea sau acordul acesteia, pentru ca (ulterior) aceste informații de identificare să fie folosite pentru obținerea de bunuri și servicii în numele acelei persoane; actele înrudite pot include „pishing-ul”, „pharming-ul”, „phishing lance-ul”, „spoofing-ul” sau alt comportament similar (obținerea parolei sau altor acreditări de acces prin e-mail sau locații web false).

Potrivit comitetului (T-CY)²³, conceptual, furtul de identitate poate fi separat în trei faze distincte:

a) obținerea de informații de identificare prin (exemplu) furt, motoare de căutare, atacuri din interior, atacuri din exterior (acces ilegal la sisteme informatice, troieni, jurnale de taste, programe de spionare sau alte programe malițioase) sau prin „pescuit” (phishing) sau alte tehnici de inginerie socială;

b) posesia și dispoziția informații lor de identificare, care include vânzarea unor astfel de informații terților;

c) folosirea informațiilor de identificare pentru a comite o fraudă sau alte infracțiuni ca (exemplu) asumarea identității unei alte persoane pentru a profita de conturile bancare sau card-urile de credit, a crea conturi noi, a obține împrumuturi sau credite, a comanda bunuri sau servicii, a distribui programe malițioase.

Și de această dată, comitetul (T-CY) a prezentat²⁴ și o listă (tabel) cu articolele relevante din convenție, dar detaliat, pentru fiecare fază (art. 2-5 și 7, pentru prima fază; art. 6, pentru a doua fază; art. 8, pentru a treia fază; art. 11 și 13, pentru toate fazele) și exemple, concluzionând²⁵ că ea (lista cu articolele relevante problematice) ilustrează numeroase scopuri și elemente de furt de

ration/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY(2013)8REV_GN4_id_theft_V10adopted.pdf.

²² *idem*.

²³ *Ibidem*, p. 4.

²⁴ *Ibidem*, p. 4-6

²⁵ *Ibidem*, p. 6.

identitate și „pescuit” și dispozițiile de incriminare care pot fi aplicate și că diferite aspecte ale unor astfel de infracțiuni sunt acoperite de convenție.

6. Note orientative privind atacurile asupra infrastructurilor informaționale critice

Comitetul (T-CY)²⁶

- acceptă ideea că țările pot defini infrastructurile critice diferit, dar că acestea ar include energia, mâncarea, apa, combustibilul, transportul, comunicațiile, finanțele, industria, apărarea, guvernarea și serviciile publice;

- consideră infrastructurile critice ca fiind sisteme și bunuri, fizice sau virtuale, atât de vitale pentru o țară încât funcționarea necorespunzătoare sau distrugerea lor ar avea un impact negativ semnificativ asupra securității naționale și apărării, securității economice, sănătății și siguranței publice sau oricărei combinații a celor de mai sus;

- recunoaște faptul că infrastructurile critice sunt exploatate cu ajutorul sistemelor informatice și că acestea sunt cunoscute ca infrastructuri informaționale critice.

Luând în considerare informațiile furnizate de unele surse (guvernamentale și private), potrivit cărora, la nivel global, anual au loc un număr mare dar necunoscut de atacuri aspra structurilor informaționale critice, comitetul (T-CY) apreciază²⁷ că aceste atacuri folosesc aceleași tehnici ca și alte infracțiuni din sfera criminalității informatice și că diferența ar consta în efectul produs de astfel de atacuri asupra societății (fură bani din trezorerii, închid sistemele de alimentare cu apă, perturbă controlul traficului aerian etc.).

În acest context, comitetul (T-CY) apreciază²⁸ că, din moment ce dispozițiile din convenție prezentate²⁹ în lista (tabel) cu articolele relevante (art. 2-5, 7-8, 11 și 13) și exemple, conțin un standard de intenție („fără drept”, „cu intenția de a fraudă” etc.), diferite aspecte ale unor astfel de atacuri sunt acoperite de convenție.

7. Note orientative privind noile forme de programe malițioase (malware)

Plecând de la definiția programului malițios (malware) dată de Organizația pentru Cooperarea și Dezvoltare Economică, respectiv „un termen general

²⁶ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes # 5 Critical information infrastructure attacks* T-CY (2013)11E Rev, adopted by the 9th Plenary of the T-CY, Strasbourg, 5 June 2013, p. 3, disponibil on-line la [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY\(2013\)11Rev_GN6_CCIP_V7adopt ed.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY(2013)11Rev_GN6_CCIP_V7adopt ed.pdf).

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 3, 5.

²⁹ *Ibidem*, p. 4.

pentru o parte de program introdus într-un sistem informatic pentru a cauza un prejudiciu celui sistem ori altor sisteme sau pentru a le submina pentru alte utilizări decât cele dorite de utilizatorii lor”³⁰, comitetul (T-CY) precizează³¹:

- cele mai des întâlnite programe malițioase (malware) sunt: viermii, viruși și troienii;

- un număr mare de astfel de programe malițioase, care sunt diferite în ce privește obiectivele, sunt dezvoltate și descoperite în fiecare an;

- în prezent, programele malițioase (malware), pot fura datele informatice (copiindu-le și transmițându-le la o altă adresă), pot manipula datele informatice, pot împiedica funcționarea sistemelor informatice (inclusiv a celor care controlează infrastructurile critice), pot șterge sau împiedica accesul la datele informatice etc.

Conform comitetului³² (T-CY) numărul și diversitatea programelor malițioase (malware) sunt atât de mari încât nu este posibilă nici descrierea celor cunoscute într-o formă incriminată și, astfel, în convenție, în mod deliberat, sunt evitați termeni ca viermi, viruși sau troieni întrucât „moda”, în cazul acestor programe malițioase (malware), se schimbă iar utilizarea unor astfel de termeni ar face caduce și contraproductive dispozițiile convenției.

În aceste condiții, comitetul susține³³ că, întrucât nu este posibilă descrierea, într-o formă incriminată, a programelor malițioase (malware) cunoscute și (cu atât mai mult) a celor viitoare, este importantă concentrarea pe obiectivele și efectele unor astfel de programe.

Și de această dată, comitetul (T-CY) a prezentat³⁴ și o listă (tabel) cu articolele relevante din convenție (art. 2-8, 11 și 13) și exemple, concluzionând³⁵ că fiecare dispoziție (a articolelor din listă) conține un standard de intenție („fără drept”, „cu intenția de a fraudă” etc.) și că diferite aspecte ale unor astfel de programe malițioase (malware) sunt acoperite de aceste dispoziții din convenției în funcție și de ce fac astfel de programe.

³⁰ Organisation for Economic Co-operation and development (OECD), Directorate for Science, technology and Industry, *Malicious Software (Malware): A Security Threat to the Internet Economy* Ministerial Backfound Report DSTI/, adopted by the 9th Plenary of the T-CY, Strasbourg, 5 June 2013, p. 3, disponibil on-line la [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY\(2013\)11Rev_GN6_CCIP_V7adopted.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY(2013)11Rev_GN6_CCIP_V7adopted.pdf).

³¹ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes # 7 New forms of Malware* T-CY (2013)12E Rev, adopted by the 9th Plenary of the T-CY, Strasbourg, 5 June 2013, p. 3, disponibil on-line la [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY\(2013\)12rev_GN7_Malware_V4adopted.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/Guidance_Notes/T-CY(2013)12rev_GN7_Malware_V4adopted.pdf).

³² *idem*.

³³ *idem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 4-5.

³⁵ *idem*.

8. Note orientative privind mesajele nesolicitate (spam)

Așa cum precizează³⁶ comitetul (T-CY):

- mesajele nesolicitate (spam) sunt (adesea) definite ca mesaje nesolicitate, atunci când mesajul este transmis la un număr semnificativ de adrese de poștă electronică și atunci când identitatea destinatarului nu este relevantă deoarece mesajul este direcționat către câți mai mulți destinatari, fără a face distincție;

- există aspecte distincte referitoare la conținutul mesajelor nesolicitate, acțiunea de a transmite astfel de mesaje și mecanismul utilizat pentru transmiterea lor.

De asemenea, potrivit comitetul (T-CY)³⁷:

- conținutul mesajelor nesolicitate (spam) poate sau nu să fie ilegal iar în cazul în care este ilegal (exemplu: oferirea medicamentelor contrafăcute) acea infracțiune poate intra sub incidența legislației naționale relevante;

- transmiterea mesajelor nesolicitate (spam) poate constitui un delict civil sau o infracțiune în unele jurisdicții.

Astfel, așa cum constată comitetul (T-CY)³⁸:

- conținutul mesajelor nesolicitate (spam) care nu este ilegal și nu provoacă interferențe cu sistemul informatic (chiar dacă pot provoca neplăceri utilizatorilor) nu sunt acoperite de dispozițiile convenției;

- transmiterea mesajelor nesolicitate (spam) poate fi realizată prin instrumente care sunt considerate ilegale de dispozițiile convenției și poate fi asociat cu infracțiuni care nu sunt cuprinse în lista prezentată (exemplu: art. 7)

În acest context, comitetul (T-CY) apreciază³⁹ că, din moment ce dispozițiile din convenție prezentate⁴⁰ în lista (tabel) cu articolele relevante (art. 2-6, 8, 10-11 și 13) și exemple, conțin un standard de intenție („fără drept”, „cu intenția de a fraudă” etc.), chiar dacă în unele cazuri acesta poate fi dificil de dovedit, diferite aspecte ale mesajelor nesolicitate sunt acoperite de convenție.

9. Concluzii

Cu toate că unele dintre îngrijorările exprimate, privitoare la actualitatea și aplicabilitatea prevederile Convenției privind criminalitatea informatică, în contextul progreselor tehnologice, dar și celor juridice și politice, pot fi justificate la prima vedere, notele orientative elaborate de Comitetul Convenției privind criminalitatea informatică (T-CY) conving.

³⁶ Council of Europe (CoE), Cybercrime Convention Committee (T-CY), *T-CY Guidance Notes # 8 Spam* T-CY (2014)20, adopted by the 12th Plenary of the T-CY, Strasbourg, 3 December 2014, p. 3, disponibil on-line la [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/2014/T-CY\(2014\)20_Guidance_Note_Spam_v9adopted.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/2014/T-CY(2014)20_Guidance_Note_Spam_v9adopted.pdf).

³⁷ *idem*.

³⁸ *idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 3, 5.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

Așa cum s-a subliniat, este foarte important că la redactarea convenției s-a folosit un limbaj neutru din punct de vedere tehnologic și, în acest fel, dispozițiile de drept penal substanțial privitoare la infracțiuni pot fi aplicate atât dezvoltărilor tehnologice curente, cât și celor viitoare.

În acest context, sunt justificate aprecierile comitetului (T-CY) că noile forme de programe malițioase sau infracțiuni vor fi întotdeauna acoperite de prevederile convenției.

REGULILE PENITENCIARE EUROPENE, DETENȚIE, RECUNOAȘTEREA RECIPROCĂ ȘI ARESTUL PREVENTIV

Dr. Bogdan BUNECI*

Abstract:

Programul de la Stockholm încurajează Comisia să reflecteze cu privire la problemele de detenție și conexe: "Consiliul European consideră că ar trebui depuse eforturi pentru a consolida încrederea reciprocă și a face mai eficient principiul recunoașterii reciproce în domeniul detenției. Eforturile de promovare a schimbului a celor mai bune practici în domeniu, ar trebui să fie urmărit, inclusiv punerea în aplicare a Regulamentului Penitenciarelor Europene, aprobat de Consiliul Europei și susținut în totalitate. Probleme cum ar fi: alternativa la pedeapsa cu închisoarea, proiecte-pilot privind detenția și cele mai bune practici în gestionarea închisorii, ar putea fi, de asemenea, abordate cu succes. Comisia Europeană este invitată să reflecte pe această temă în continuare, cu privire la posibilitățile oferite de Tratatul de la Lisabona. "

Cuvinte-cheie: *reguli penitenciare, recunoaștere reciprocă, detenție, arestarea preventivă, responsabilitate*

Parlamentul European a îndemnat Comisia Europeană, de mai mult timp, să ia măsuri cu privire la diversele probleme cu care se confruntă Statele Membre, în arealul detenției. În rezoluția sa privind Programul de la Stockholm [1], Parlamentul European a solicitat permisiunea pentru a construi unui spațiu european de justiție penală care să se dezvolte prin intermediul său și să cuprindă standarde internaționale minime pentru condițiile din închisori cu privire la detenție și un set comun de drepturi ale condamnaților în UE. Acest lucru a fost reiterat în Declarația scrisă a Parlamentului European din februarie 2011, referitoare la încălcarea drepturilor fundamentale ale deținuților în Uniunea Europeană [2].

Comisia Europeană dorește să exploreze măsura în care se desfășoară detenția în cauză [3] pe baza impactului bazat pe încredere reciprocă, și, prin urmare, recunoașterea reciprocă și cooperarea judiciară în general în cadrul Uniunii Europene. În timp ce condițiile de detenție și conducerea închisorii cad în responsabilitatea statelor membre, Comisia este interesată în această problemă, deoarece importanța principiului recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești în spațiul de libertate, securitate și justiție implică măsuri majore din parte UE.

* Avocat în Baroul București, Lector univ. Dr. – Universitatea Ecologică București

Pentru ca recunoașterea reciprocă să opereze eficient, trebuie să existe o bază comună, de încredere între autoritățile judiciare. Statele membre trebuie să aibă o mai bună cunoaștere a sistemelor de reciproce de justiție penală.

În rezoluția sa privind foaia de parcurs pentru consolidarea drepturilor procedurale ale persoanelor suspectate în cadrul procedurilor penale [3], Consiliul precizează că "perioada în care o persoană poate sta în detenție înainte de a fi judecat în instanță, în cursul procedurilor judiciare, variază foarte mult între state, de la perioade excesiv de lungi de arest preventiv, care sunt dăunătoare pentru individ, până la perioade foarte scurte, fapt ce poate aduce atingere cooperării judiciare între statele membre, și nu reprezintă valorile pentru care Uniunea Europeană a fost constituită. "Prin detenție, aici se înțelege arestul, în conformitate cu articolul 5 (1) litera (a), (b) și (c) din CEDO ca urmare a săvârșirii unei infracțiuni și nu pentru alte scopuri (de exemplu detenția imigranților).

Consiliul Europei a invitat Comisia Europeană să prezinte o carte verde privind arestul preventiv. Această carte - care este parte a pachetului drepturilor procedurale - este răspunsul Comisiei la solicitarea Consiliului.

Cartea verde acoperă interacțiunea dintre condițiile de detenție și instrumentele de recunoaștere reciprocă, cum ar fi mandatul european de arestare, precum și arestarea preventivă, și deschide o amplă consultare publică pe baza a zece întrebări stabilite în Carte.

Detenția poate fi dispusă numai atunci când este în conformitate cu obligația de a respecta dreptul la libertate (articolul 5 alineatul (1) din CEDO), care este strâns legată de prezumția de nevinovăție. [4] Carta UE, în articolul 48 alineatul (1), prevede că "orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi dovedită, în conformitate cu prevederile legale". Articolul 6 alineatul (2) din CEDO și ICCPR17 are, de asemenea, dispoziții privind prezumția de nevinovăție [5]. Arestarea preventivă în cadrul acestei cărți verde acoperă perioada până când sentința rămâne definitivă [6]. Arestarea preventivă este o măsură cu caracter excepțional în sistemele judiciare din toate statele membre. Acesta trebuie să fie aplicat numai atunci când toate celelalte măsuri sunt considerate a fi insuficiente. În unele sisteme europene, arestul preventiv este chiar stabilit de o normă constituțională și dezvăluie o prejudecată în favoarea libertății, în conformitate cu prezumția de nevinovăție. Aceasta limitează circumstanțele în care arestarea preventivă este autorizată și stabilește criterii și proceduri specifice de utilizare a acesteia. De exemplu, aceasta ar trebui să se aplice numai după ce instanța de judecată stabilește că inculpații prezintă un risc substanțial de sustragere, o amenințare pentru siguranța comunității, victime sau martori, sau un risc de a împiedica investigațiile. Statutul de inculpați arestați, ar trebui, totuși, să fie monitorizat în toate cazurile și posibilitatea lor de eliberare recenzată de-a lungul întregii perioade de instrumentare a cauzei. Cazurile cu inculpați arestați

ar trebui să aibă prioritate în programarea pentru proces. Principiul proporționalității în materie penală prevede că măsurile coercitive, cum ar fi arestarea preventivă sau alternative la o astfel de detenție, sunt utilizate numai atunci când acest lucru este absolut necesar și numai atâta timp cât este necesar. Revine autorităților judiciare naționale să se asigure că, într-un anumit caz, arestarea preventivă a unei persoane acuzate nu depășește un termen rezonabil și în conformitate cu principiul prezumției de nevinovăție și a dreptului la libertate, îndeplinind în același timp și necesitățile de cercetare a infracțiunilor.

Timpul în care o persoană poate fi în arest preventiv variază mult de la un stat membru la altul. Jurisprudența CEDO stabilește că detenția preventivă trebuie considerată ca fiind o măsură excepțională și să fie utilizate la maximum măsurile de supraveghere judiciară neprivative de libertate, cum este controlul judiciar. În practică, însă, non-cetățenii sunt de cele mai multe ori în dezavantaj în obținerea cauțiunii sau controlului judiciar, deoarece acestea sunt privite ca un risc mai mare de sustragere a inculpaților în spațiile naționale. Rezultatul este că acestor inculpați li se refuză în mod regulat eliberarea, și, prin urmare dreptul lor la libertate, pur și simplu, pentru că ei au mai puține legături cu jurisdicția națională. Unele țări nu au nici o perioadă maximă legală de arest preventiv. În unele situații, o persoană poate fi ținută în arest preventiv timp de până la 4 ani [7]. Excesiv de lungi perioade de detenție preventivă sunt în detrimentul individului, și un model de detenție preventivă excesiv de mare într-un anumit stat membru poate submina încrederea reciprocă. [8]

O autoritate judiciară trebuie să aplice măsura coercitivă cel mai indulgent și în mod corespunzător, și anume, să aleagă o măsură alternativă la detenția preventivă, în cazul în care acest lucru este suficient pentru a elimina riscurile de sustragere sau recidivă. Aceste autorități pot emite un mandat european de arestare pentru a se asigura de returnarea unei persoane căutate pentru proces, care a fost lăsată în libertate să se întoarcă în țara sa de origine în loc de introducerea lui în arest preventiv. Această posibilitate ar putea permite judecătorilor să facă o utilizare mai echilibrată a arestului preventiv, pentru a elibera persoanele acuzate de comiterea infracțiunilor, care nu au reședința permanentă în jurisdicția lor și, astfel, să reducă perioadele de arest preventiv.

În cele din urmă, articolul 47 din Carta UE și CEDO [9] prevede că orice persoană are dreptul la un proces într-un termen rezonabil, și să fie eliberată din arest preventiv în cursul procedurii, și că eliberarea poate fi supusă la o serie de garanții pentru prezența la proces.

Se pune întrebarea dacă standardele minime, în ceea ce privește dispozițiile privind controlul judiciar, motivele de arest preventiv și / sau limitele statutare de timp maxime ale arestării preventive ar crește încrederea reciprocă între statele membre.

Dreptul la un proces rapid și eliberarea din arest înainte de proces (cu excepția cazului în care există motive pentru menținerea imperativă a individului în arest preventiv) este un drept important. Unele state membre au limitele statutare de timp maxime pentru arestul preventiv. Există o cerință pentru revizuire judiciară a arestului preventiv în conformitate cu articolul 5 din CEDO, iar acest lucru trebuie să fie interpretată ca o obligație recurentă pentru autoritățile responsabile de anchetă și urmărire, în a justifica extinderea arestului preventiv în mod regulat a suspectului.

Recomandarea Consiliului Europei 2006-1322 cu privire la retrimiteri în custodie, stabilește condițiile de retrimiteri în stare de arest și garanțiile împotriva abuzurilor. Se recomandă măsuri de revizuire periodică, de către o autoritate judiciară, de justificare a încarcerării cuiva, în custodie.

Comisia dorește să evalueze dacă din punct de vedere a regulilor obligatorii, ca de exemplu normele minime ale UE privind revizuirea periodică a motivelor detenției, ar îmbunătăți încrederea reciprocă.

Problemele de detenție, indiferent dacă acestea se referă la arestații preventiv sau la persoane condamnate, sunt responsabilitatea statelor membre. Există, totuși, motive pentru Uniunea Europeană să analizeze aceste aspecte, în pofida principiului subsidiarității.

Problemele de detenție intră în sfera de activitate a Uniunii Europene, și în primul rând sunt un aspect relevant al drepturilor care trebuie să fie protejate, în scopul de a promova încrederea reciprocă și pentru a asigura buna funcționare a instrumentelor de recunoaștere reciprocă, iar în al doilea rând, Uniunea Europeană are anumite valori pe care le promovează.

Pentru a promova încrederea reciprocă, prioritățile Comisiei Europene în domeniul justiției penale sunt de a consolida drepturile procedurale prin intermediul unor norme minime pentru persoanele suspectate sau acuzate în cadrul procedurilor penale. De un standard minim de protecție a drepturilor individuale nu vor beneficia numai persoanele fizice pe teritoriul Uniunii, ci promovează, de asemenea încrederea reciprocă, care este o contrapondere necesară la măsurile judiciare de cooperare care îmbunătățesc competențele procurorilor, instanțelor și ofițerilor de cercetare penală.

În acest scop, Comisia a proiectat un pachet de măsuri privind drepturile procedurale ale persoanelor suspectate și acuzate, ce vor ajuta în realizarea încrederii reciproce necesare între practicienii judiciariști, ținând seama de diferențele dintre tradițiile juridice și sistemele din statele membre .

Comisia a subliniat deja că respectarea drepturilor fundamentale în cadrul UE este vitală pentru a ajuta la construirea încrederii reciproce între statele membre. Lipsa de încredere în eficacitatea drepturilor fundamentale în statele membre atunci când acestea pun în aplicare dreptul Uniunii ar împiedica funcționarea și consolidarea instrumentelor de cooperare în domeniul libertății, securității și justiției[7].

Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (Carta UE) stabilește un standard pe care toate statele membre ale UE trebuie să le respecte, atunci când pun în aplicare legislația UE. Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO) a hotărât că condițiile de detenție inacceptabile pot constitui o încălcare a articolului 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (CEDO). Articolul 4 din Carta UE este formulat identic cu articolul 3 din CEDO, aceste două dispoziții având același domeniu de aplicare și același sens. Articolul 19 alineatul (2) din Carta UE prevede, de asemenea, că nimeni nu poate fi predat într-un stat în care există un risc serios ca persoana în cauză să fie supus, în mod special, la un tratament inuman sau degradant.

În ciuda faptului că procedurile de drept și judiciare ale tuturor statelor membre sunt supuse unor standarde CEDO și trebuie să respecte Carta UE, în aplicarea [7] legislației UE, există încă îndoieli cu privire la modul în care sunt respectate standardele pe teritoriul UE.

Propunerile vor acoperi dreptul la interpretare și traducere în cadrul procedurilor penale (Directiva 2010/64 / UE adoptată în octombrie 2010), dreptul la informare în cadrul procedurilor penale, accesul la un avocat, dreptul de a comunica în timp ce se află în detenție, protecția pentru suspectii vulnerabili și persoanele acuzate, precum și accesul la asistență juridică. [10]

"Strategia pentru punerea în aplicare efectivă a Cartei drepturilor fundamentale de către Uniunea Europeană" – se regăsește în COM (2010) 573.

Condițiile de detenție pot avea un impact direct asupra bunei funcționări a principiului recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești. Arestări preventive și a deținuților condamnați au dreptul la un standard rezonabil condițiilor de detenție. Supraaglomerarea închisorilor și acuzațiile de rele tratamente a deținuților poate submina încrederea care este necesară pentru a sprijini cooperarea judiciară în cadrul Uniunii Europene.

Principiul recunoașterii reciproce se bazează pe ideea de încredere reciprocă între statele membre. Hotărârile judecătorești trebuie să fie recunoscute ca fiind echivalente și executate în întreaga Uniune, indiferent de locul în care a fost luată decizia. Aceasta se bazează pe prezumția că sistemele de justiție penală în cadrul Uniunii Europene, chiar dacă nu sunt la fel, sunt cel puțin echivalente.

Hotărârile judecătorești sunt de obicei executate de judecători în statul de executare. Aceste judecătorii trebuie să se asigure că decizia inițială a fost luată în temeiul legii (de exemplu, că drepturile persoanei nu au fost încălcate atunci când sa luat decizia), și că drepturile persoanei vor fi respectate pe deplin atunci decizia pusă în executare provine de la un alt stat membru.

Fără încredere reciprocă în domeniul detenției, instrumentele de recunoaștere reciprocă ale Uniunii Europene, care au un impact asupra detenției nu vor funcționa corect, dacă un stat membru ar putea fi reticent în a recunoaște și a executa decizia luată de autoritățile unui alt stat membru. Ar

putea fi dificil să se dezvolte o cooperare judiciară mai strânsă între statele membre, dacă nu se fac eforturi suplimentare pentru a îmbunătăți condițiile de detenție și de a promova alternative la detenție.

O serie de instrumente de recunoaștere reciprocă pot fi afectate de problema condițiilor de detenție. Instrumentele în cauză sunt deciziile cadru ale Consiliului Europei privind mandatul european de arestare, transferul de prizonieri, recunoașterea reciprocă a sancțiunilor alternative și de probațiune și supravegherea respectării dispoziției europene.

Referințe

[1] Rezoluția Parlamentului European din 25 noiembrie 2009 referitoare la Comunicarea Comisiei din zona -O de libertate, securitate și justiție în serviciul cetățenilor - Programul de la Stockholm, P7_TA (2009)0090.

[2] Declarația scrisă privind încălcarea drepturilor fundamentale ale deținuților, de la MEPs - 06/2011, 14.02.2011.

[3] Rezoluția pe foaia de parcurs pentru consolidarea drepturilor procedurale ale persoanelor suspectate sau acuzate în cadrul procedurilor penale (OJ C 295, 4.12.2010, p. 1). 3 OJ C 115, 4.4.2010, p. 1.

[4] Vezi Comisia cu privire la Cartea Verde referitor la prezumpția de nevinovăție- COM (2006) 174, 26.4.2006.

[5] Convenția Internațională cu privire la Drepturile Politice și Civile.

[6] Articolul 48(1)din Cartă, Article 14(2) din ICCPR. 19 În aproape toate Statele Membre ale UE, noțiunea de arest preventiv din Cartea Verde este folosită în sens extins și include toate persoanele arestate care nu au fost judecate definitiv.

[7] Propunerile vor acoperi dreptul la interpretare și traducere a procedurilor penale (Directiva 2010/64/EU adoptată în Octombrie 2010), dreptul la informație cu privire la procedurile penale urmate, accesul la un apărător, dreptul la comunicare chiar și în detenție, protecția suspectilor vulnerabili și a persoanelor acuzate, accesul la ajutor judiciar.

DESPRE CONFIDENȚIALITATEA INFORMAȚIILOR ȘI VIAȚA PRIVATĂ A PACIENȚILOR

George COCA*

Oana LAZĂR**

Abstract:

The patient has a right to confidentiality of information and to a private life.

All information regarding the patient's condition is confidential even after his death, and can only be supplied if the patient gives his explicit consent or unless the law requires it expressly.

If confidential information is necessary to other accredited healthcare providers involved in patient treatment, granting consent is no longer mandatory.

Keywords: *The right to private life, patient, healthcare providers, confidentiality, health*

În demersul nostru, o serie de termeni prezintă o importanță deosebită așa că trebuie stabilit sensul lor clar, așa cum acesta este înțeles în limba română, dar și cum este stabilit de lege.

Cuvântul *confidențial*¹ dă caracterul secret al informației, aceasta putându-se comunica doar în taină. Protecția datelor cu caracter confidențial este un drept fundamental consacrat prin Tratatul de la Lisabona, Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene, în art. 8, care prevede că orice persoană are dreptul la protecția datelor cu caracter personal care o privesc. Aceste date trebuie tratate în mod corect, în scopurile precizate și pe baza consimțământului persoanei interesate sau în temeiul unui alt motiv legitim prevăzut de lege. Orice persoană are dreptul de acces la datele colectate care o privesc, precum și dreptul de a obține rectificarea acestora.

*Viața privată*² este caracterizată prin intimitate, particularitate și individualitate. Convenția europeană a drepturilor omului prevede, în art. 8, dreptul la respectarea vieții private și de familie al oricărei persoane și interzice amestecul autorităților publice în exercitarea acestui drept, în afara cazurilor în

* Conferențiar universitar doctor la Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea Spiru Haret, București;

** Jurist, absolventă a Facultății de Drept, Universitatea București;

¹ Dicționarul explicativ al limbii române (ediția a II-a revăzută și adăugită), Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Editura Univers Enciclopedic Gold, București, 2012, pag. 210

² Dicționarul explicativ al limbii române (ediția a II-a revăzută și adăugită), Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Editura Univers Enciclopedic Gold, București, 2012, pag. 851

care acest amestec ar fi prevăzut de lege și ar constitui, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora³. Viața privată a devenit, dacă nu o valoare, cel puțin o caracteristică a civilizației contemporane. Într-o societate democratică, fiecare persoană are două vieți: viața sa publică și viața sa privată. Dreptul la respectarea vieții private aparține patrimoniului moral al persoanei fizice și constituie o prelungire a personalității acesteia.⁴

*Sănătatea*⁵ este starea bună a unui organism la care funcționarea tuturor organelor se face în mod normal și regulat. Dreptul la ocrotirea sănătății este consacrat în Capitolul II - Drepturile și libertățile fundamentale din Constituția României, în art. 34 care prevede că dreptul la ocrotirea sănătății este garantat, statul fiind obligat să ia măsuri pentru asigurarea igienei și a sănătății publice.

*Pacientul*⁶ este persoana bolnavă care se găsește în tratamentul unui medic, considerat în raport cu acesta. Acest termen este definit și în Legea 46/2003 privind drepturile pacientului⁷, unde prin pacient se înțelege persoana sănătoasă sau bolnavă care utilizează serviciile de sănătate. Așadar, sensul juridic al termenului de pacient este unul mai amplu, fiind considerate pacienți și persoanele sănătoase care se află în raport cu furnizorii de servicii de sănătate.

În Codul civil, art. 70-77 reglementează respectul vieții private și al demnității persoanei umane. Așa cum am arătat anterior, dreptul la viață privată se bucură de protecție din partea reglementărilor constituționale și a Convenției europene a drepturilor omului. Potrivit art. 71 al Codului civil, noțiunea de viață privată înglobează viața familială și conjugală, viața cotidiană dusă în domiciliu, domiciliul însuși, viața intimă și amoroasă sau sentimentală, relațiile de prietenie, aspectul privat al muncii profesionale, starea sănătății, precum și modul și locul înmormântării. În opinia profesorului Eugen Chelaru, acestui drept îi corespunde o obligație, care le incumbă autorităților, dar și particularilor, de a se abține de la orice imixtiune în viața intimă, personală sau

³ C. Bîrsan, Convenția europeană a drepturilor omului - Comentariu pe articole, ediția 2, Editura C.H.Beck, București, 2010, p. 604;

⁴ C. Munteanu, O. Ungureanu, Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil, Editura Hamangiu, București, 2011, p.71;

⁵ Dicționarul explicativ al limbii române (ediția a II-a revăzută și adăugită), Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Editura Univers Enciclopedic Gold, București, 2012;

⁶ Dicționarul explicativ al limbii române (ediția a II-a revăzută și adăugită), Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Editura Univers Enciclopedic Gold, București, 2012, pag. 738

⁷ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 70 din 03 februarie 2003;

de familie.⁸ Art. 74 enumeră o serie de fapte care pot fi considerate delikte civile prin care se încalcă drepturile reglementate de art. 71. Între acestea se regăsește difuzarea de materiale conținând imagini privind o persoană aflată la tratament în unitățile de asistență medicală, precum și a datelor cu caracter personal privind starea de sănătate, problemele de diagnostic, prognostic, tratament, circumstanțe în legătură cu boala și cu alte diverse fapte, inclusiv rezultatul autopsiei, fără acordul persoanei în cauză, iar în cazul în care aceasta este decedată, fără acordul familiei sau al persoanelor îndreptățite.

Dat fiind faptul că respectul vieții private și demnității persoanei nu este un drept nelimitat, legiuitorul a reglementat o serie de limite ale acestuia în art. 75 al Codului civil. Profesorul Chelaru apreciază că limitările sunt restrângeri ale câmpului de aplicare al dreptului, în anumite situații titularul fiind obligat să suporte fapte care, în condiții normale ar constitui atingeri ale acestor drepturi.⁹ În primul rând, este stabilit regimul juridic al limitărilor care pot fi stabilite de autorități, care pot fi impuse numai în condițiile permise de lege, pactele și convențiile internaționale privitoare la drepturile omului la care România este parte. În al doilea rând, limitele pot decurge din exercitarea drepturilor similare ale celorlalți membri ai societății, deoarece prin exercitarea propriilor drepturi, o persoană ar putea aduce atingere drepturilor altuia. Pe de altă parte, importante sunt limitările pe care persoana însăși le stabilește prin consimțământ, care poate fi exprimat în scris sau prezumat.

În completarea dispozițiilor din pactele și convențiile internaționale, din Constituție și din Codul civil, dispozițiile din legile speciale conturează un cadru tot mai clar al dreptului la viață privată și confidențialitatea informațiilor. Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public¹⁰ dispune în sensul că unul dintre principiile fundamentale ale relațiilor dintre persoane și autoritățile publice este accesul liber și neîngrădit al persoanei la orice informații de interes public, care privesc activitățile sau rezultă din activitățile unei autorități publice sau instituții publice. Legea prezintă o enumerare a informațiilor de interes public de a căror comunicare sunt ținute autoritățile publice și modul în care se realizează accesul la aceste informații, însă a fost necesară realizarea unei distincții, pentru a fi stabilită clar întinderea cadrului informațiilor de interes public, printr-o serie de excepții. Anumite categorii de informații sunt protejate de persoanele și autoritățile publice care le dețin, precum și de instituții publice abilitate prin lege să asigure securitatea informațiilor. Un astfel de regim îl au informațiile cu privire la datele personale, cu sensul de orice informație privind o persoană fizică identificată sau identificabilă. Informațiile cu privire la datele personale ale cetățeanului pot

⁸ F. Baias, E. Chelaru și alții, *Noul Cod civil - Comentariu pe articole*, Editura C.H.Beck, București, 2012, p. 77;

⁹ Idem, p. 86

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 663 din 23 octombrie 2001;

deveni informații de interes public numai în măsura în care afectează capacitatea de exercitare a unei funcții publice. Autoritățile publice pot transfera informațiile publice de interes personal între ele, doar în temeiul unei obligații legale ori cu acordul prealabil, în scris, al persoanei care are acces la acele informații.

În domeniul sănătății, prin Legea 95 din 2006 privind reforma în domeniul sănătății¹¹ a fost înființat Centrul național pentru organizarea și asigurarea sistemului informațional și informatic în domeniul sănătății, instituție publică de specialitate, cu personalitate juridică, în subordinea Ministerului Sănătății Publice, care are o gamă largă de atribuții, între care cea de a elabora, pentru activitatea de sănătate, sistemul de evidență primară, evidență tehnică ajutătoare și dările de seamă statistice departamentale și cea de a stabili metodologia culegerii, înregistrării, centralizării și perfecționării datelor.

Potrivit Legii 46 din 2003 privind drepturile pacientului¹², toate informațiile privind starea pacientului, rezultatele investigațiilor, diagnosticul, pronosticul, tratamentul, datele personale sunt confidențiale, chiar și după decesul acestuia. Pacientul este singurul care are dreptul la acces nelimitat la datele sale personale. Ordinul 386 din 2004 privind aprobarea Normelor de aplicare a Legii drepturilor pacienților nr. 46 din 2003¹³, al Ministerului Sănătății dispune, în completarea legii, că *unitățile trebuie să asigure accesul neîngrădit al pacienților la datele medicale personale*. Aceste informații cu caracter confidențial, protejate de persoanele și instituțiile publice care le dețin, pot fi furnizate altor persoane interesate numai în cazul în care pacientul își dă consimțământul explicit sau dacă legea o cere în mod expres. Potrivit Normelor de aplicare, în situațiile în care sunt solicitate date cu caracter confidențial, unităților le revine obligația de a asigura respectarea cadrului legal în materie privind furnizarea acestora. Excepție de la regula acordării consimțământului apare în cazul în care informațiile sunt necesare altor furnizori de servicii medicale acreditați, implicați în tratamentul pacientului, când existența consimțământului explicit nu este obligatorie, conform legii. Este reglementată existența unor parteneriate între unitățile medicale publice și nepublice, spitalești și ambulatorii în scopul asigurării continuității îngrijirilor acordate pacienților și a serviciilor comunitare necesare după externare.

În plus, legea interzice orice amestec în viața privată, familială a pacientului în lipsa consimțământului acestuia și când această imixtiune nu este realizată pentru a se stabili diagnosticul, pentru tratamentul pacientului sau pentru o mai bună îngrijire acordată acestuia. Cazurile pacienților care reprezintă pericol pentru sine sau pentru sănătatea publică sunt exceptate de la această regulă.

¹¹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 372 din 28 aprilie 2006

¹² Publicată în Monitorul Oficial nr. 70 din 03 februarie 2003

¹³ Publicat în Monitorul Oficial nr. 356 din 22 aprilie 2004

Este permisă în mod expres de lege, de exemplu, fotografierea sau filmarea pacienților în unitățile medicale, fără consimțământul acestora, în cazurile în care imaginile sunt necesare pentru stabilirea diagnosticului, tratamentului sau pentru evitarea suspectării unei culpe medicale.

Pacientul are dreptul de a fi respectat ca persoană umană, fără nicio discriminare. Sediul materiei în ceea ce privește drepturile pacientului îl reprezintă Legea 46 din 21 ianuarie 2003, conform căreia pacientul are o serie de drepturi complexe, între care dreptul la informația medicală, dreptul de a-și da consimțământul cu privire la intervenția medicală, dreptul la confidențialitatea informațiilor și viața privată, drepturi în domeniul reproducerii, drepturi la tratament și îngrijiri medicale. Facem cuvenita precizare că problema respectării drepturilor pacientului se bucură de o protecție legală importantă, în sensul că legiuitorul a simțit nevoia să sancționeze disciplinar, contravențional sau penal nerespectarea de către personalul medico-sanitar a confidențialității datelor despre pacient și a confidențialității actului medical, precum și a celorlalte drepturi ale pacientului. Totodată, este reglementată obligația unităților sanitare de a da publicității, anual, rapoarte asupra respectării drepturilor pacientului, în care sunt comparate situațiile din diferite regiuni ale țării, sau situația existentă cu una optimă.

Din perspectiva demersului nostru științific, interesează analiza asupra drepturilor pacientului la confidențialitatea informațiilor și viața sa privată.

Din experiența acumulată în perioada acordării consultanței și reprezentării juridice într-o unitate spitalicească, a reieșit că factorii de decizie din conducere s-au confruntat cu o serie de probleme interpretabile în ceea ce privește punerea în practică și respectarea acestui drept al pacientului, mai ales în situația în care informațiile respective erau solicitate de aparținători. Termenul de *aparținător* este des întâlnit în domeniul sănătății, astfel încât apare în Legea 95 din 2006 privind reforma în domeniul sănătății sau în Ordinul 50 din 2003 cu privire la metodologia de trimitere a unor categorii de bolnavi pentru tratament în străinătate¹⁴, noțiunii dându-i-se sensul de aparținător - soț/soție, rudă de gradul IV sau reprezentant legal. Acest termen este diferit de cel de *tutore legal*, prevăzut de Codul civil, ca fiind persoana desemnată prin decizia autorității tutelare să reprezinte interesele superioare ale unui minor sau ale unei persoane puse sub interdicție, dar și de cel de *reprezentant legal* ca persoană care prin lege are dreptul și îndatorirea de a reprezenta persoane fizice lipsite de capacitate de exercițiu (minorul până la vârsta de 14 ani și interzisul judecătoresc), atunci când încheie acte civile sau în procesul penal. Tutorele legal poate fi desemnat de părinții minorului prin act unilateral, contract de mandat sau prin testament, respectiv numit de către instanța de

¹⁴ Publicat în Monitorul Oficial nr. 76 din 29 ianuarie 2004

tutelă, în lipsa unui tutore desemnat de părinți.¹⁵ Prin reprezentant legal persoanele fizice lipsite de capacitate de exercițiu pot sta în judecată.¹⁶ Reprezentanții legali ai persoanelor fizice pot fi părinții și tutorele. Deși art. 80 alin. (2) din Codul de procedură civilă face referire exclusiv la persoanele fizice, în opinia profesorului Gabriel Boroș, reprezentarea legală intervine și în cazul persoanelor juridice.¹⁷ Cei trei termeni sunt, undeva înrudiți, însă aparținătorul nu poate fi asimilat tutorelui sau reprezentantului legal și nu se poate considera că include cele două categorii, așa cum nu se poate stabili cu certitudine care este întinderea drepturilor aparținătorilor, aceștia fiind, practic, însoțitorii pacienților în unitățile spitalicești, pentru perioada când aceștia au nevoie de tratament medical.

Din practica avocațială și analiza aspectelor privind respectarea dreptului pacientului la confidențialitatea informațiilor și viața sa privată, au rezultat următoarele situații:

I. Regula este că toate informațiile privind starea pacientului, rezultatele investigațiilor, diagnosticul, prognosticul, tratamentul și datele personale sunt confidențiale, chiar și după decesul acestuia.

II. Excepțiile de la regula mai sus menționată apar:

1. În cazul în care pacientul își dă consimțământul explicit ca datele sale personale, informații confidențiale, să fie furnizate către alte persoane interesate, însă numai în limitele care reies din consimțământul exprimat de pacient;

2. Dacă legea o cere în mod expres, chiar dacă pacientul nu consimte;

3. Dacă informațiile sunt necesare altor furnizori de servicii medicale, acreditați, implicați în tratamentul pacientului, când acordarea consimțământului nu mai este o obligație;

4. Dacă imixtiunea în viața privată, familială a pacientului influențează pozitiv diagnosticul, tratamentul ori îngrijirile acordate și există consimțământul pacientului în acest sens. În cazurile în care pacientul reprezintă pericol pentru sine sau pentru sănătatea publică este înlăturată cerința existenței consimțământului.

Aceste excepții de la regulă au o deosebită importanță în practica unităților medicale, așa că se impune analiza individuală a fiecăreia.

În ceea ce privește consimțământul explicit al pacientului, o chestiune care poate crea discuții este cea legată de caracterul explicit al exprimării consimțământului. În opinia noastră, noțiunea de explicit are un înțeles general, dar și unul juridic, specific. Sub aspectul înțelesului general, domestic, termenul

¹⁵ F. Baiaș, E. Chelaru și alții, op. cit., p. 120;

¹⁶ V. Ciobanu și alții, *Drept procesual civil. Drept execuțional civil. Arbitraj. Drept notarial*, Editura Național, București, 2013, p.164;

¹⁷ G. Boroș și alții, *Noul Cod de procedură civilă - Comentariu pe articole*, Vol. I, Editura Hamangiu, București, 2013, p.234;

explicit este definit ca limpede, deslușit, lămurit, clar, fără dubiu sau echivoc.¹⁸ Apreciem că sub aspect juridic, termenul de *explicit* ar trebui înțeles, pentru ca esența sa (fără dubiu sau echivoc) și dorința legiuitorului să fie respectate, sub forma unor declarații autentice date în fața unor persoane cu autoritate, precum notarul, sau cel puțin atestate de un avocat. Totuși, acordarea consimțământului *explicit* pentru furnizarea informațiilor cu caracter confidențial ar putea avea loc și prin intermediul unui formular tipizat, însă acesta ar trebui să conțină o serie de caracteristici în lipsa cărora s-ar putea ridica eventuale probleme în ceea ce privește condițiile în care a fost exprimată voința pacientului și limitele acordării consimțământului.

Din practica avocațială și din studiul amănunțit al cazurilor în care legea dispune, în mod expres, ca informațiile confidențiale să fie furnizate, am reușit să restrângem aceste cazuri la următoarele:

a) Conform Codului de procedură penală, în respectarea principiilor aflării adevărului (art. 5 din Cod pr. pen.) și al obligativității punerii în mișcare și a exercitării acțiunii penale (art. 7 din Cod pr. pen.), în cazul în care există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni și sunt temeiuri de a se crede că înscrisurile conținând informațiile cu caracter confidențial privind starea pacientului, rezultatele investigațiilor, diagnosticul, prognosticul, tratamentul sau datele personale ale acestuia, chiar și după decesul pacientului, pot servi ca mijloace de probă într-un proces penal, organul de urmărire penală sau instanța de judecată poate dispune persoanei fizice sau juridice în posesia căreia se află aceste înscrisuri să le prezinte și să le predea, sub luare de dovadă. Așa cum este definită de Codul de procedură penală în art. 97, proba este orice element de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni, la identificarea persoanei care a săvârșit-o și la cunoașterea împrejurărilor necesare pentru justa soluționare a unei cauze penale și care contribuie la aflarea adevărului în procesul penal. Este foarte posibil ca din datele personale ale pacienților să rezulte probe care să influențeze cauzele penale în care pacientul, medicul curant sau unitatea spitalicească în calitate de parte responsabilă civilmente să fie participanți. Art. 65 alin. (2) din Codul de procedură penală din 1968 prevedea expres obligația oricărei persoane care deține vreun mijloc de probă, să le înfățișeze, la cererea organului de urmărire penală sau a instanței de judecată. În noua reglementare, deși nu e preluată expresia, aceeași obligație reiese din formularea art. 169 și art. 170, cu titlu marginal „Ridicarea de obiecte și înscrisuri”, respectiv „Predarea obiectelor, înscrisurilor sau datelor informatice”. O altă modalitate prin care se pot ridica aceste înscrisuri medicale în situația în care ele nu sunt

¹⁸ Academia Română, Institutul de lingvistică „Iorgu Iordan”, Dicționarul explicativ al limbii române, ediția a II-a revăzută și adăugită, Editura Univers Enciclopedic Gold, București, 2012

predate de bună voie este cea percheziției asupra căreia nu înțelegem să ne oprim.

Codul de procedură penală prevede posibilitatea organului de urmărire penală sau instanței de judecată, în aceleași condiții de bănuială rezonabilă, să dispună și comunicarea datelor informatice, stocate într-un sistem informatic ori pe un suport de stocare a datelor informatice, de către persoana fizică sau juridică de pe teritoriul României care le are în posesie sau sub controlul său.

Potrivit Legii 95 din 2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare, unitățile care asigură asistență medicală profilactică și curativă au obligația asigurării condițiilor de mobilitate a informației medicale în format electronic, prin utilizarea sistemului dosarului electronic de sănătate al pacientului. Modalitatea de utilizare și completare a dosarului electronic de sănătate al pacientului este stabilită prin Hotărârea 34 din 2015 pentru aprobarea Normelor metodologice privind modalitatea de utilizare și completare a dosarului electronic de sănătate a pacientului¹⁹. Potrivit acestei hotărâri, datele și informațiile din dosarul electronic de sănătate sunt structurate în două module, unul de urgență, accesibil tuturor medicilor numai în vederea realizării actului medical, fără a fi necesar acordul pacientului și module privind istoricul pacientului, antecedentele declarate ale acestuia, documentele medicale și datele personale ale pacientului, care sunt accesibile medicilor numai cu acordul pacientului. Legea permite în mod expres utilizarea datelor și informațiilor depersonalizate cuprinse în dosarul electronic de sănătate, de către Casa națională de asigurări de sănătate și Ministerul Sănătății, în vederea realizării de analize și evaluări statistice proprii, cu respectarea garanțiilor prevăzute în Legea 677 din 2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date²⁰, actualizată. Decesul pacientului presupune respectarea confidențialității în continuare, iar dosarul electronic de sănătate se arhivează pentru o perioadă de timp în care datele pot fi folosite în formă depersonalizată, cu excepția situațiilor în care în lege sunt dispoziții contrare.

b) În cazul accidentelor de muncă, Legea 346 din 2002 privind asigurarea pentru accidente de muncă și boli profesionale²¹, republicată, prevede în art. 65 obligația personalului de prevenire a accidentelor de muncă și a bolilor profesionale de a păstra confidențialitatea datelor medicale ale angajaților. Cu toate acestea, art. 51 prevede că, dacă în urma controalelor medicale periodice personalul din structurile de medicina muncii, care asigură servicii medicale angajatorului, constată că există riscul unei îmbolnăviri profesionale, acesta are obligația de a semna de îndată cazul angajatorului, pentru ca acesta să adopte

¹⁹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 65 din 26 ianuarie 2015

²⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 790 din 12 decembrie 2001

²¹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 722 din 12 noiembrie 2009

măsurile în vederea prevenirii îmbolnăvirii angajaților. Codul deontologic al medicilor din România²² prevede obligația medicilor de a păstra secretul profesional, însă, ca și în cazul de față, interesul societății întotdeauna primează față de interesul personal și, în consecință, medicii sunt obligați, dimpotrivă, să depună diligențele necesare pentru a înlătura orice risc care apare în societate, chiar dacă aceasta ar presupune destăinuirea secretului.

c) În cazul societăților de asigurare și reasigurare, Legea 136 din 1995 privind asigurările și reasigurările²³ prevede, în art. 69, dreptul acestora de a cere actele și datele cu privire la cauzele și împrejurările producerii riscurilor asigurate, prin intermediul unei cereri, organelor de poliție, unităților de pompieri și celorlalte autorități publice competente să constate și să cerceteze accidente de autovehicule sau alte evenimente. De exemplu, în cazul asigurării obligatorii pentru malpraxis medical, în temeiul legii, societatea asiguratore are dreptul de a i se permite accesul la toate actele și datele confidențiale care au legătură cu împrejurările producerii actului medical, cât și cu întinderea pagubelor provocate.

d) În temeiul Ordinului nr. 213 din 2009 al Ministerului Muncii, Familiei și Protecției Sociale pentru modificarea și completarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 346/2002 privind asigurarea pentru accidente de muncă și boli profesionale²⁴, Casa teritorială de pensii și Casa națională de asigurări de sănătate, care decontează cheltuielile pentru serviciile medicale, au dreptul de verificare a documentelor justificative și de monitorizare a tratamentului pentru a despăgubi persoanele asigurate care au suferit accidente de muncă sau boli profesionale.

e) Hotărârea de Guvern nr. 1425/2006 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Legii securității și sănătății în muncă nr. 319/2006²⁵ prevede, la art. 113 alin. (1), obligația unității sanitare care acordă asistență medicală de urgență persoanei care a suferit un accident în timpul în care se afla în îndeplinirea unei atribuții de serviciu, să se pronunțe în scris cu privire la diagnosticul provizoriu al pacientului. Mai mult, art. 113 alin. (3) și (4) reglementează situația în care persoana accidentată a decedat, când inspectoratul teritorial de muncă solicită unității medico-legale competente un raport preliminar din care să reiasă faptul că decesul a fost sau nu urmarea unei vătămări violente.

²² Publicat în Monitorul Oficial nr. 298 din 7 mai 2012

²³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 303 din 30 decembrie 1995

²⁴ Publicat în Monitorul oficial nr. 257 din 17 aprilie 2009

²⁵ Publicat în Monitorul Oficial nr. 882 din 30 octombrie 2006

f) Legea 95 din 2006 privind reforma în domeniul sănătății conferă, prin art. 450 alin. (2), comisiilor de disciplină și persoanelor desemnate cu investigarea abaterilor disciplinare de către biroul consiliului colegiului teritorial sau, după caz, de către Biroul executiv al Colegiului Medicilor din România, dreptul de a li se asigura accesul la documente medicale și la orice alte date și informații necesare soluționării cauzei, chiar dacă acestea sunt confidențiale.

g) Prin Ordinul nr. 1134/C/2000 pentru aprobarea Normelor procedurale privind efectuarea expertizelor, a constatărilor și a altor lucrări medico-legale²⁶ se prevede, în art. 5, obligația medicilor legiști de a păstra secretul de serviciu și de a asigura protecția informațiilor, în conformitate cu normele deontologiei profesionale. În art. 10 din normele procedurale, este prevăzută obligația medicilor legiști de a lua în considerare certificatele, referatele medicale și fișele de observație clinică emise de unități sanitare ale Ministerului Sănătății sau acreditate de acesta, în efectuarea actelor medico-legale, iar, potrivit art. 25, în cazul în care instituțiile sanitare refuză nejustificat punerea la dispoziție a informațiilor solicitate sau examinarea nemijlocită a persoanei, instituțiile de medicină legală comunică organului judiciar care a dispus efectuarea expertizei punerea în imposibilitate de efectuare a lucrării solicitate.

Dreptul la confidențialitate și viața privată a pacienților se bucură de o amplă și complexă reglementare în legislația națională fiind într-o continuă evoluție și schimbare, iar legiuitorul român încearcă să apropie statutul național al confidențialității informației de cel european. Cu toate acestea în multitudinea de reglementări se ascund o serie de neclarități.

Bibliografie

1. Convenția europeană a Drepturilor Omului, amendată de Protocoalele nr. 11 și 14
2. Constituția României, revizuită prin Legea nr. 429/2003 de revizuire a Constituției României, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758 din 29 octombrie 2003
3. Codul de procedură penală, Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 486 din 15 iulie 2010
4. Codul civil, Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, republicată în Monitorul Oficial al României nr. 505 din 15 iulie 2011
5. Codul de procedură civilă, Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată în Monitorul Oficial al României nr. 545 din 3 august 2012

²⁶ Publicat în Monitorul Oficial nr. 459 din 19 septembrie 2000

6. Legea nr. 95 din 2006 privind reforma în domeniul sănătății, publicată în Monitorul Oficial nr. 372 din 28 aprilie 2006, așa cum a fost actualizată prin O.U.G. nr. 72/2006 - pentru modificarea și completarea Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății și pentru abrogarea unor dispoziții din alte acte normative în domeniul sanitar, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 803 din 25 septembrie 2006

7. Legea 46/2003 privind drepturile pacientului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 70 din 03 februarie 2003

8. Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, publicată în Monitorul Oficial nr. 663 din 23 octombrie 2001

9. Legii 46 din 2003 privind drepturile pacientului, publicată în Monitorul Oficial nr. 70 din 03 februarie 2003

10. Legea 677 din 2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, publicată în Monitorul Oficial nr. 790 din 12 decembrie 2001

11. Legea 346 din 2002 privind asigurarea pentru accidente de muncă și boli profesionale, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 722 din 12 noiembrie 2009

12. Legea 136 din 1995 privind asigurările și reasigurările, publicată în Monitorul Oficial nr. 303 din 30 decembrie 1995

13. Codul deontologic al medicilor din România, publicat în Monitorul Oficial nr. 298 din 7 mai 2012

14. Hotărârea de Guvern nr. 34 din 2015 pentru aprobarea Normelor metodologice privind modalitatea de utilizare și completare a dosarului electronic de sănătate a pacientului, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 65 din 26 ianuarie 2015

15. Hotărârea de Guvern nr. 1425/2006 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Legii securității și sănătății în muncă nr. 319/2006, publicat în Monitorul Oficial nr. 882 din 30 octombrie 2006

16. Ordinul 50 din 2003 cu privire la metodologia de trimitere a unor categorii de bolnavi pentru tratament în străinătate, publicat în Monitorul Oficial nr. 76 din 29 ianuarie 2004;

17. Ordinul nr. 1134/C/2000 pentru aprobarea Normelor procedurale privind efectuarea expertizelor, a constatărilor și a altor lucrări medico-legale, publicat în Monitorul Oficial nr. 459 din 19 septembrie 2000

18. Dicționarul explicativ al limbii române (ediția a II-a revăzută și adăugită), Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Editura Univers Enciclopedic Gold, București, 2012

19. Baias Flavius, Chelaru Eugen și alții, Noul Cod civil - Comentariu pe articole, Editura C.H.Beck, București, 2012

20. Bîrsan Corneliu, Convenția europeană a drepturilor omului - Comentariu pe articole, ediția a 2 a, Editura C.H.Beck, București, 2010

21. Boroș Gabriel și alții, Noul Cod de procedură civilă - Comentariu pe articole, Vol. I, Editura Hamangiu, București, 2013

22. Ciobanu Viorel și alții, Drept procesual civil. Drept execuțional civil. Arbitraj. Drept notarial, Editura Național, București, 2013

23. Munteanu Cornelia, Ungureanu Ovidiu, Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil, Editura Hamangiu, București, 2011

PERSPECTIVE CONSTITUȚIONALE ȘI PENALE ASUPRA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ*

Lect. univ. dr. **Mihai ȘTEFĂNOAIA**

Întrucât ne propunem să identificăm recomandări pentru îmbunătățirea calitativă a reglementărilor referitoare la infracțiunile privind traficul de persoane din legea penală a Republicii Moldova și a României, vom supune analizei – tocmai prin prisma concepției relațional-valorice a obiectului juridic al infracțiunii – modelele legislative cele mai relevante ale obiectului infracțiunilor privind traficul de persoane.

Înainte de aceasta, vom menționa că, în sistemele de drept străine, problema obiectului juridic al infracțiunii este abordată diferit. De exemplu, în dreptul penal al SUA, noțiunea de obiect juridic al infracțiunii nu este utilizată deloc: „Răspunderea penală este aplicată în cazul în care se probează prezența a două elemente constitutive: *actus reus* (fapta infracțională) și *mens rea* (intenția infracțională)”.¹ Practic, aceeași concepție este promovată în dreptul penal englez.² Nu este evidențiată noțiunea de obiect juridic al infracțiunii nici în dreptul penal francez: „Elementele constitutive ale infracțiunii sunt elementul material și elementul moral”.³

Pe de altă parte, de exemplu, în dreptul penal german, conceptul de obiect juridic al infracțiunii este utilizat și generează polemici între doctrinari. Astfel, H.H. Jescheck este de părerea că obiectul infracțiunii îl constituie valoarea socială ocrotită de normele de drept sau, altfel spus, relațiile sociale cu privire la o asemenea valoare.⁴ La rândul său, J.Wessels opinează că obiectul juridic al infracțiunii îl formează relațiile cu privire la valorile social-etice ale vieții în comun.⁵ După E. Schmidhäuser, valoarea socială și obiectul infracțiunii se înfățișează ca fiind dreptul sau prezența la respect pe care o revendică viața în comunitate față de oricine.⁶

Poziții diferite au fost exprimate și în teoria dreptului penal italian. De exemplu, G. Bettiol consideră că bunul juridic, privit ca valoare socială, este cel

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

¹ Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. Санкт-Петербург, Юридический центр Пресс, 2007, p.99.

² Уголовное право зарубежных стран (Общая часть) / Под ред. И.Д. Козочкина. Москва, Омега-Л, Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2003, p.23.

³ Conte P., Maistre du Chambon P. Droit penal general. Paris, Dalloz, 1998, p.157.

⁴ Jescheck H.H. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p.233-234.

⁵ Wessels J. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 1995, p.2.

⁶ Schmidhäuser E. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1982, p.84.

care reprezintă obiectul juridic al infracțiunii⁷. Pe de altă parte, din punctul de vedere a lui V. Manzini, obiectul juridic al infracțiunii constituie acel bun-interes pentru a cărui ocrotire intervine legea penală.⁸

În dreptul penal nipon, prin „obiectul juridic al infracțiunii” se are în vedere relațiile sociale apărute de legea penală, asupra cărora atentează fapta socialmente periculoasă și pedepsibilă.⁹

În ce ne privește, considerăm suficient de fundamentată poziția lui S. Brînză care ajunge la concluzia că obiectul juridic al infracțiunii îl formează valorile sociale și relațiile sociale, care necesită apărare penală, în a căror consolidare și dezvoltare este interesată societatea și cărora, prin comportamentul antisocial al unor persoane aparte sau al unor grupuri de persoane, li se aduce sau li se poate aduce atingere esențială; nu este temeinică recunoașterea în calitate de obiect juridic al infracțiunii a: 1) normei de drept; 2) dreptului subiectiv; 3) interesului; 4) bunului; 5) victimei.¹⁰

După această digresiune necesară, este cazul de consemnat că, în funcție de ierarhizarea valorilor sociale care fac obiectul juridic al infracțiunii, putem distinge obiectul juridic generic și obiectul juridic special (specific).

Chiar dacă concepția relațional-valorică a obiectului juridic al infracțiunii nu este consacrată în sistemele de drept ale tuturor statelor, este incontestabil că clasificarea infracțiunilor în Partea Specială a legilor penale din practic toate statele lumii se face în funcție de obiectul juridic al infracțiunii; mai bine zis, în funcție de valorile sociale fundamentale reprezentând **obiectul juridic generic** al infracțiunii. În acest plan, suntem de acord cu S. Brînză, care susține: „Legiuitorul este exponentul voinței sociale. De aceea, selectarea valorilor care necesită ocrotire juridico-penală și care, în consecință, pot constitui obiect al infracțiunii este opera exclusivă a legiuitorului, a politicii penale a acestuia”.¹¹

În 2.1.1 am efectuat clasificarea reglementărilor referitoare la infracțiunile privind traficul de persoane din legislațiile altor state (sau comunități de state). Respectând această clasificare, vom menționa că – în cazul legislațiilor în care se incriminează fapta de trafic de persoane adulte, alături de fapta de trafic de minori (trafic de copii) – obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic de persoane adulte îl constituie relațiile sociale cu privire la:

1) libertatea, cinstea și demnitatea persoanei (de exemplu, Codul penal model al CSI din 17.02.1996¹², Codul penal al Tadjikistanului din 21.05.1998¹³);

⁷ Bettiol G. Diritto penale. Parte Generale. Padova, CEDEM, 1973, p.169.

⁸ Manzini V. Trattato di diritti penale italiano, volume primo. Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1933, p.506.

⁹ Уголовное право зарубежных стран (Общая часть) / Под ред. И.Д. Козочкина, p.452.

¹⁰ Brînză S. Obiectul infracțiunilor contra patrimoniului. Chișinău, Tipografia Centrală, 2005, p.11-87.

¹¹ Brînză S. Obiectul infracțiunilor contra patrimoniului, p.24.

¹² Модельный Уголовный кодекс для государств-участников СНГ // Правоведение, 1996, № 1, p.92-150.

2) libertatea persoanei (de exemplu, Codul penal al Lituaniei din 26.09.2000);

3) realizarea drepturilor și libertăților omului (de exemplu, Codul penal al Georgiei din 22.07.1999);

4) valorile sociale apărute împotriva traficului și exploatarei persoanelor vulnerabile (de exemplu, Codul penal al Maltei din 10.06.1854¹⁴).

În ipoteza aceluiași legislații, obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic de minori (trafic de copii) îl formează relațiile sociale cu privire la:

1) conviețuirea în cadrul familiei și dezvoltarea minorului (de exemplu, Codul penal al Lituaniei din 26.09.2000, Codul penal al Georgiei din 22.07.1999, Codul penal al Tadjikistanului din 21.05.1998, Codul penal model al CSI din 17.02.1996);

2) valorile sociale apărute împotriva traficului și exploatarei persoanelor vulnerabile (de exemplu, Codul penal al Maltei din 10.06.1854).

La o altă clasă de legislații se referă legislațiile în care este incriminată o singură faptă – traficul de persoane (presupunând ca circumstanță agravantă săvârșirea faptei asupra unui minor (copil)) – fără a se incrimina distinct fapta de trafic de minori (trafic de copii). În cazul acestora, obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic de persoane îl constituie relațiile sociale cu privire la:

1) libertatea persoanei (de exemplu, Codul penal al Italiei din 19.10.1930, Codul penal al Portugaliei din 23.09.1982¹⁵, Codul penal al Danemarcei din 15.04.1930¹⁶, Codul penal al Finlandei din 19.12.1889¹⁷, Codul penal al Republicii Guineea din 31.12.1998¹⁸, Codul penal al Ugandei din 15.06.1950¹⁹, Codul penal al Zambiei din 01.11.1931²⁰, Codul penal al Argentinei din 30.09.1921²¹, Codul penal al Uruguayului din 04.12.1933²²);

¹³ Уголовный кодекс Республики Таджикистан // <http://mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/codecs/> (vizitat 04.05.2012)

¹⁴ The Criminal Code of the Republic of Malta // <http://www.justiceservices.gov.mt/LOM.aspx?pageid=27&mode=chrono> (vizitat 04.05.2012)

¹⁵ Código Penal Português // <http://www.portolegal.com/CPENAL.htm> (vizitat 04.05.2012)

¹⁶ Straffeloven // http://www.themis.dk/synopsis/docs/lovsamling/straffeloven_indholdsfortegnelse.html (vizitat 04.05.2012)

¹⁷ The Finnish Penal Code // www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E8890039.PDF (vizitat 04.05.2012)

¹⁸ Code Pénal de la République de Guinée // http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/Guinea/GN_Code_Penal.pdf (vizitat 04.05.2012)

¹⁹ The Penal Code Act of the Republic of Uganda // http://www.ulii.org/ug/legis/consol_act/pca195087/ (vizitat 04.05.2012)

²⁰ The Penal Code, Cap. 87 of the Laws of Zambia // www.saflii.org/zm/legis/consol_act/pca87/ (vizitat 04.05.2012)

²¹ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179 // <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> (vizitat 04.05.2012)

²² Código penal de la Republica Oriental del Uruguay // http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod_Pen.htm (vizitat 04.05.2012)

2) libertatea și liniștea persoanei (de exemplu, Codul penal al Suediei din 21.12.1962);

3) libertatea și demnitatea umană (de exemplu, Codul penal al Ungariei din 31.12.1978, Codul penal al Cehiei din 08.12.1961²³);

4) demnitatea persoanei (de exemplu, Codul penal al Franței din 22.07.1992);

5) libertatea, cinstea și demnitatea persoanei (de exemplu, Codul penal al Letonei din 17.06.1998²⁴, Codul penal al Ucrainei din 05.04.2001, Codul penal al Federației Ruse din 24.05.1996, Codul penal al Armeniei din 18.04.2003, Codul penal al Bielorusiei din 02.06.1999, Codul penal al Turkmenistanului din 12.06.1997²⁵, Codul penal al Kirghiziei din 18.09.1997²⁶, Codul penal al Uzbekistanului din 22.09.1994²⁷);

6) reputația și demnitatea persoanei (de exemplu, Codul penal al Mongoliei din 10.01.2002²⁸);

7) realizarea drepturilor democratice ale cetățenilor (de exemplu, Codul penal al Chinei din 14.03.1997²⁹);

8) regimul căsătoriei și conviețuirea în cadrul familiei (de exemplu, Codul penal al Laosului din 09.01.1990³⁰);

9) moralitatea publică (de exemplu, Codul penal al Turciei din 26.09.2004³¹, Codul penal al Olandei din 01.09.1886³², Codul penal al Tanzaniei din 28.09.1945³³);

10) umanitate și valorile protejate de dreptul internațional (de exemplu, Codul penal al Bosniei și Herțegovina din 01.03.2003, Codul penal al Serbiei din 29.12.2009³⁴, Codul penal al Sloveniei din 28.09.2004³⁵);

²³ Trestný zákon // Sbírky zákonů, 1961, Částka 65.

²⁴ Krimināllikums // Latvijas Vēstnesis. 1998. No. 199/200.

²⁵ Уголовный кодекс Туркменистана //

http://www.turkmenistan.gov.tm/_ru/laws/?laws=01go (vizitat 05.05.2012)

²⁶ Уголовный кодекс Киргизской Республики // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики, 1998, № 7.

²⁷ The Criminal Code of the Republic of Uzbekistan // <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/55> (vizitat 05.05.2012)

²⁸ The Criminal Code of Mongolia //

<http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwemon.htm> (vizitat 05.05.2012)

²⁹ Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / Под ред. А.И. Коробеева. Санкт-Петербург, Юридический центр Пресс, 2001, p.166-168.

³⁰ The Penal Code of the Lao People's Democratic Republic // www.ilp.gov.la/Lao_Law/Penal_Law.pdf (vizitat 05.05.2012)

³¹ The Turkish Penal Code. Official Gazette, 2004, No. 25611.

³² Уголовный кодекс Голландии / Под ред. Б.В. Волженкина. Санкт-Петербург, Юридический центр Пресс, 2001, p.361.

³³ The Penal Code of the Republic of Tanzania // <http://www.lrc.go.tz/download/translated-laws%20engliah-vision/CHAPTER%2016.pdf> (vizitat 05.05.2012)

³⁴ Кривични законик Србије // http://www.uzda.gov.rs/filesystem/sitedocuments/zakoni/krivicni_zakonik.pdf (vizitat 05.05.2012)

11) umanitate și demnitatea umană (de exemplu, Codul penal al Croației din 21.10.2011³⁶);

12) valorile sociale apărute împotriva traficului de persoane (de exemplu, Codul penal al Bulgariei din 01.05.1968, Codul penal al Algeriei din 22.04.1971³⁷, Codul penal al Boliviei din 11.03.1997³⁸).

La următoarea clasă de legislații se referă legislațiile în care se incriminează distinct faptele de: trafic de persoane adulte de sex masculin; trafic de persoane adulte de sex feminin; trafic de minori (trafic de copii). De exemplu, în cazul Codului penal al Albaniei din 27.01.1995, obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic de persoane adulte de sex masculin îl formează relațiile sociale cu privire la libertatea persoanei; obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic persoane adulte de sex feminin îl constituie relațiile sociale cu privire la moralitate și demnitate; obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic de minori îl formează relațiile sociale cu privire la regimul căsătoriei, conviețuirea în cadrul familiei și dezvoltarea minorului.

La o altă clasă de legislații se referă legislațiile în care se incriminează fapta de trafic de persoane (presupunând ca circumstanță agravantă săvârșirea fetei asupra unui minor (copil)), alături de fapta de trafic de minori (trafic de copii), avându-se în vedere că cele două fapte se referă la ipoteze diferite. În cazul acestora, obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic de persoane îl formează relațiile sociale cu privire la:

1) persoană (de exemplu, Codul penal al Kazahstanului din 16.07.1997);

2) libertatea persoanei (de exemplu, Codul penal al Germaniei din 15.05.1871);

3) umanitate și dreptul internațional (Codul penal al Macedoniei din 23.07.1996);

4) umanitate și drepturile garantate de dreptul internațional (Codul penal al Muntenegrului din 17.12.2003).

În situația aceluiași legislații, obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic de minori (trafic de copii) îl constituie relațiile sociale cu privire la:

1) conviețuirea în cadrul familiei și dezvoltarea minorului (de exemplu, Codul penal al Kazahstanului din 16.07.1997);

2) libertatea persoanei (de exemplu, Codul penal al Germaniei din 15.05.1871);

³⁵ Kazenski zakonik Republike Slovenije // http://zakonodaja.gov.si/rpsi/r05/predpis_ZAKO905.html (vizitat 05.05.2012)

³⁶ Kazneni zakon // <http://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon> (vizitat 05.05.2012)

³⁷ The Penal Code of Algeria // http://www.droit.mjustice.dz/legisl_fr_de_06_au_juil_08/code_penal_avec_mod_06.pdf (vizitat 05.05.2012)

³⁸ Código Penal Boliviano //

<http://www.justicia.gob.bo/index.php/normativa/normas-nacionales> (vizitat 05.05.2012)

3) umanitate și dreptul internațional (Codul penal al Macedoniei din 23.07.1996);

4) umanitate și drepturile garantate de dreptul internațional (Codul penal al Muntenegrului din 17.12.2003).

În sfârșit, la ultima clasă de legislații se referă legislațiile în care se incriminează fapta de trafic de persoane în scop de exploatare sexuală, alături de fapta de trafic de persoane de sex feminin, avându-se în vedere că cele două fapte se referă la ipoteze diferite. De exemplu, în ipoteza Codului penal al Slovaciei din 29.11.1961, obiectul juridic generic al infracțiunii de proxenetism (presupunând inclusiv traficul de persoane în scop de exploatare sexuală) îl formează relațiile sociale cu privire la conviețuirea socială; obiectul juridic generic al infracțiunii de trafic de femei îl constituie relațiile sociale cu privire la demnitatea persoanei.

În cadrul studiului de față, ne-am propus să identificăm recomandări pentru îmbunătățirea calitativă a reglementărilor referitoare la infracțiunile privind traficul de persoane din legea penală a Republicii Moldova și a României. Din această perspectivă, vom menționa că, în legislația penală a Republicii Moldova și în cea a României, conținutul obiectului juridic generic al infracțiunilor privind traficul de persoane este diferit:

a) relațiile sociale cu privire la libertatea, cinstea și demnitatea persoanei (în ipoteza infracțiunii prevăzute la art.165 CP RM) și, respectiv, relațiile sociale cu privire la conviețuirea în cadrul familiei și dezvoltarea minorului (în situația infracțiunii specificate la art.206 CP RM);

b) relațiile sociale cu privire la valorile sociale apărute împotriva traficului și exploatarei persoanelor vulnerabile (în cazul infracțiunilor prevăzute la art.210 și 211 CP Rom din 2009).

Sunt oare justificate asemenea abordări ale concepției obiectului juridic generic al infracțiunilor privind traficul de persoane?

Bibliografie:

1. Alecu Gh. Instituții de drept penal. Partea Generală și Partea Specială. Constanța, Ovidius University Press, 2010, 671 p.

2. Andrees B. Munca forțată și traficul de ființe umane. Geneva, International Labour Office, 2010, 67 p.

3. Antoniu G. Noul Cod penal și Codul penal anterior, privire comparativă. Partea Specială (I). În: Revista de drept penal, 2005, nr.1, p.9-36.

4. Apostol P. Sinteze de practică judiciară privind traficul de ființe umane: analiza și caracterizarea. În: Revista Națională de Drept, 2011, nr.6-7, p.35-36.

5. Barbăneagră A., Alecu Gh., Berliba V. et. al. Codul penal al Republicii Moldova: Comentariu (Legea nr.285-XV din 18 aprilie 2002. Cu toate modificările operate până la republicare în Monitorul Oficial al Republicii

Moldova nr.72-74/195 din 14.04.2009. Adnotat cu jurisprudența CEDO și a instanțelor naționale). Chișinău: Sarmis, 2009. 860 p.

6. Barbăneagră A., Berliba V., Gurschi C. et al. Codul penal comentat și adnotat. Chișinău, Cartier, 2005, 656 p.

7. Bejan O., Butnaru Gh. Sugestii asupra normelor referitoare la traficul de ființe umane prevăzute în Codul penal al Republicii Moldova. În: Revista Națională de Drept, 2002, nr.3, p.43-46.

8. Borodac A. Manual de drept penal. Partea Specială. Chișinău, Tipografia Centrală, 2004, 622 p.

9. Boroi A., Gorunescu M., Popescu M. Dicționar de drept penal. București, ALL Beck, 2004, 424 p.

11. Botnaru S., Șavga A., Grosu V., Grama M. Drept penal. Partea Generală. Vol.I. Chișinău, Cartier, 2005, 624 p.

12. Brînza S. Infrațiuni contra vieții, sănătății, libertății și demnității persoanei. Chișinău, USM, 1999, 234 p.

PROBLEME TEORETICE ȘI PRACTICE REFERITOARE LA APLICAREA LEGII PENALE ÎN TIMP

Roxana IFRIM*

Abstract:

The author analyzes some theoretical and practical problems concerning the application of criminal law in time, the activity of the criminal law, abolitio criminis, the law more favorable mandatory application of criminal law more favorable if the final punishment and temporary law.

Keywords: *Theoretical and practical problems, criminal law, abolitio criminis, temporary law*

Așa cum se știe legea penală română ca manifestare a voinței autorității publice reglementează, într-un anumit mod, conduita destinatarilor în raport cu valorile sociale ocrotite, și ca atare, se situează în timp, adică are un moment în care intră în vigoare și un alt moment în care este scoasă din vigoare.

Profesorul Vintilă Dongoroz, considera că prin aplicarea legii penale se înțelege aplicarea prescripțiilor de incriminare și sancționare ale legii din momentul intrării în vigoare a legii penale. Din acest moment se pune problema tragerii la răspundere penală a unei persoane pentru fapta comisă descrisă în norma penală. Altfel zis are loc convertirea eficienței a normei de drept penal într-o eficiență reală¹.

Noul Cod penal prevede *aplicarea legii penale în timp* în Capitolul II, respectiv, în art. 3-7 în ce privește principiile de aplicare ale legii penale în timp.

Referindu-ne la legea penală, aceasta devine necesară și este aplicată atunci când în societate se săvârșesc infracțiuni². Prin urmare, legea penală se aplică efectiv unor raporturi sociale, implicit că legea penală cuprinzând incriminări și pedepse adoptă o atitudine activă, contra faptelor grave incriminate și pedepsite de lege.

De observat că, legea penală este activă în măsura în care acționează efectiv contra unor situații neconforme ordinii juridice și totodată reactivă în sensul că, reprezintă un răspuns, o reacție în raport cu faptele de încălcare a legii. În acest sens, este și dispoziția art. 3 C. pen. actual (1 februarie 2014) care prevede

* Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret” din București; email: rionescu_2007@yahoo.com.

¹ Vintilă Dongoroz, *Drept penal (Tratat)*, 1939, op. cit., p. 7.

² Vintilă Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale Codului penal român, partea generală*, vol. I, Ed. Academia Română, București, 1969, p. 12.

activitatea legii penale astfel: „legea penală se aplică infracțiunilor săvârșite în timpul cât ea se află în vigoare”.

În viziunea profesorului Vintilă Dongoroz *activitatea legii penale* înseamnă că ea se aplică tuturor infracțiunilor săvârșite în timpul cât legea se află în vigoare”³.

Legea penală, de regulă, nu este retroactivă și nici ultraactivă⁴. Acest principiu este consacrat și de Constituție care prevede în art. 15 alin. (2) că „legea dispune numai pentru viitor”.

De observat că legiuitorul noului Cod penal reglementează în art. 4⁵, textul art. 12 alin. (1) C. pen. anterior fiind diferite numai denumirile marginale ale textelor în locul denumirii *retroactivitatea legii penale* din textul în vigoare s-a trecut textul „Aplicarea legii penale de dezincriminare”.

Ca atare, legea penală prin care se înlătură o incriminare (*abolitio criminis*) este *întotdeauna retroactivă*. În acest caz fapta este scoasă din rândul faptelor ilicite, fie prin abrogarea norme penale incriminatoare, fie prin înlocuirea legii penale în vigoare fără să se mai prevadă incriminarea faptei respective. O asemenea soluție înseamnă implicit o recunoaștere din partea legiuitorului că fapta anterior incriminată nu mai prezintă pericolul social generic care să justifice incriminarea și aplicarea de sancțiuni penale.

Se poate observa că prevederile art. 4 NCP se referă la „faptele săvârșite înainte de intrarea în vigoare a legii noi, fapte care nu mai sunt prevăzute de legea nouă”.

Prin expresia „fapte săvârșite” trebuie înțeleasă în sensul prevăzut în art. 174 NCP, respectiv, referindu-se nu numai la infracțiunea consumată, ci și la tentativa la infracțiune, precum și participarea la comiterea faptei ca autor, dar și ca instigator sau complice. Oricare dintre aceste fapte comise înainte de intrarea în vigoare a unei legi de dezincriminare nu vor mai fi considerate infracțiuni, prin efectul retroactiv al legii de dezincriminare. Prin urmare, vor înceta efectele legii vechi atât în ceea ce privește executarea pedepsei, a măsurilor de siguranță sau a măsurilor educative, cât și în ce privește alte consecințe penale ale hotărârilor judecătorești privitoare la faptele dezincriminate.

Se știe că, abrogarea unei norme penale de incriminare nu constituie întotdeauna o dezincriminare deoarece norma poate să supraviețuiască, sub o

³ Vintilă Dongoroz, *op. cit.*, p. 62.

⁴ *Ibidem*, p. 77.

⁵ Art. 4 C. pen. prevede că legea penală nu se aplică faptelor săvârșite sub legea veche dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă. În acest caz executarea pedepselor, a măsurilor de siguranță și a măsurilor educative pronunțate în baza legii vechi, precum și toate consecințele penale ale hotărârilor judecătorești privitoare la aceste fapte încetează prin intrarea în vigoare a legii noi.

altă formulare în alte parte din Codul penal⁶. De aceea pentru aplicarea art. 4 C. pen. trebuie să se verifice temeinic voința legiuitorului de a înlătura o incriminare determinată. Pentru aceasta nu este suficient numai ca legea nouă să abroge explicit sau tacit o incriminare, mai trebuie ca aceasta să nu fie menținută sub o altă denumire într-un alt capitol ori sancțiune a Codului penal.

În doctrina penală⁷ mai sunt menționate ca retroactive legile penale interpretative, ca și legile care modifică regimul de executare a pedepselor. Sunt legi interpretative, acele legi adoptate pentru a da o interpretare legală unei legi anterioare aflate deja în vigoare. În acest caz, legea interpretativă face corp comun cu legea interpretată și se va aplica de la data intrării în vigoarea acesteia.

Dacă legea modifică voința legiuitorului, în sensul de a restrânge sau extinde domeniul de aplicare a altei legi operează regulile generale de aplicare în timp a legii penale, adică va retroactiva numai în măsura în care este mai favorabilă infractorului.

După unii autori (Constantin Mitrache, Cristian Mitrache) retroactivitatea obligatorie a legii interpretative nu ar avea nici o justificare, dacă se consfințește o interpretare deja consacrată, iar dacă legea interpretativă restrânge sau extinde domeniul de aplicare a legii interpretate, propunând soluții noi, modificând într-un fel voința legiuitorului, o astfel de lege interpretativă va retroactiva numai dacă este mai favorabilă. În realitate, legea interpretativă nu consacră o interpretare deja existentă, ci clarifică voința legiuitorului atunci când formularea propusă provoacă discuții, făcând imposibilă o corectă și unitară aplicare a legii⁸.

În categoria legilor retroactive erau socotite și legile care modifică regimul de executare a pedepselor considerându-se că acest regim ar trebui să aibă caracter retroactiv pentru categorii de pedepse identice prevăzute în legile.

În doctrina italiană se subliniază că retroactivitatea și ultraactivitatea legii penale dau expresie unui principiu superior, acela al activității legii penale, *tempus regit actum* (validitatea legii penale este circumscrisă la timpul cât ea este în vigoare)⁹.

Potrivit acestor prevederi, principiul neretroactivității legii penale care prevede noi incriminări nu împiedică pedepsirea unei persoane vinovate de

⁶ G. Antoniu, *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 58.

⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁸ C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 82.

⁹ F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, CEDAM, Padova, 1993, p. 115; F. Antolisei, *Manuale de diritto penale, parte generale*, Milano, 1994, p. 94; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1995, p. 73.

acțiune sau inacțiune care, în momentul comiterii, constituia o crimă după principiile generale de drept recunoaște de națiunile civilizate.

Principiul opus, al retroactivității legii penale își găsește justificarea în necesitatea unei ocrotiri mai raționale a valorilor sociale fundamentale. Pe de altă parte, ar fi să se încalce egalitatea cetățenilor în fața legii penale dacă s-ar face o diferențiere sub raportul tratamentului penal contra persoanelor care au comis faptele înainte de apariția legii mai favorabile sau le-au săvârșit după apariția legii.

Totodată, noul Cod penal nu mai reproduce unele prevederi din art. 12 alin. (2) C. pen. anterior, referitoare la retroactivitatea *măsurilor de siguranță și a măsurilor educative*, considerând la sugestia doctrinei, că în aceste cazuri va trebui să opereze principiul legii penale mai favorabile¹⁰.

De asemenea, noul Cod penal reproduce în art. 5 alin. (1) prevederile art. 13 alin. (1) din legea penală anterioară, dar nu mai reproduce și alin. (2) al art. 13 referitor la *regimul pedepselor complementare*. Noul legiuitor a considerat că și în acest caz urmează să se aplice regulile generale privind aplicarea legii mai favorabile, a renunțat la vreo reglementare a acestei materii.

De remarcat, modul de exprimare a celor două dispoziții; în cuprinsul art. 5 alin. (1) NCP, legiuitorul prevede că în cazul succesiunii de legi penale în timp se va aplica „*legea mai favorabilă*”, în timp ce în cuprinsul art. 13 alin. (1), legiuitorul prevedea că în cazul succesiunii de legi penale în timp se aplică „*legea cea mai favorabilă*”. Ni se pare că, formularea din Codul penal anterior avea în vedere posibilitatea ca succesiunea de legi penale în timp și nu se reducea obligatoriu numai la două legi penale (din care una să fie favorabilă și alta nu), ci a întrevăzut realități mai complexe ca succesiunea de legi penale în timp să fie formată din mai mult de 2 legi penale, fiind aplicabilă legea *cea mai favorabilă* dintre toate aceste legi succesive¹¹.

Propunem ca în viitor să se modifice conținutul art. 5 alin. (1) în sensul de a se preciza că se aplică legea penală *cea mai favorabilă*.

Se poate observa că noul Cod penal prevede în art. 5 alin. (2) o reglementare nouă care extinde aplicarea legii mai favorabile și în cazul legilor sau a dispozițiilor dintr-o *lege declarată neconstituțională*, precum și în cazul *ordonanțelor de urgență aprobate de Parlament* cu modificări sau completări ori respinse, dacă timpul când acestea s-au aflat în vigoare au cuprins dispoziții penale mai favorabile.

Remarcăm, de asemenea, că legiuitorul noului Cod penal a menținut reglementarea **aplicării obligatoriu a legii penale mai favorabile** în cazul pedepselor definitive (art. 6) cu un titlu marginal modificat (aplicarea legii

¹⁰ George Antoniu, *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. I Ed. Universul Juridic, 2010, p. 48.

¹¹ Constantin Mitache, *op. cit.*, p. 63.

penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei) **renunțând** la prevederile din Codul penal anterior la *aplicarea și facultativă a legii penale* mai favorabile în cazul pedepselor definitive (art. 15 C. pen. anterior).

În practica judiciară s-a decis corect, dacă în cazul identificării legii penale mai favorabile se au în vedere în mod independent reglementările **asupra pedepsei** în raport cu cele privind **prescripția** și ca atare soluția ar putea fi diferită în raport cu cele 2 situații menționate.

În această chestiune instanța supremă s-a mai pronunțat în acord și cu doctrina în materie în sensul că legea penală mai favorabilă cu privire la pedeapsă poate fi diferită de reglementarea existentă asupra altor instituții penale cum ar fi prescripția iar soluțiile juridice ar putea fi diferite. Aceasta înseamnă că dispozițiile privitoare la pedeapsă ar putea fi mai favorabile după legea nouă iar cele privind prescripția să fie mai favorabilă în raport cu legea penală anterioară.

În sfârșit, ni se pare pozitiv că legiuitorul formulează **mai complet** textul referitor la legea temporară (art. 7) față de Codul penal anterior (art. 16) prin aceea că, nu ne arată numai care este regimul juridic al legii temporare [art. 7 alin. (1)] dar definește și înțelesul de lege temporară [art. 7 alin. (2)] referindu-se atât la legea *propriu-zis temporară* (a cărei ieșire din vigoare este prevăzută chiar în textul legii), cât și *legea excepțională* (a cărei ieșire din vigoare depinde de natura temporară a situației care a impus adoptarea legii).

În raport de cele analizate, extraactivitatea legii penale, reflectă posibilitatea ca legea penală să **depășească** în unele cazuri limitele principiului *activității legii penale*, fiind posibil așadar, ca unele cauze penale să fie supuse, până la executarea pedepsei unor reglementări succesive diferite, dintre care unele mai favorabile, altele mai severe.

SIMPLIFICAREA – IMPERATIV AL MODERNIZĂRII ȘI AMELIORĂRII CALITĂȚII LEGISLAȚIEI PENALE

Ion IFRIM*

Abstract:

Thee author analyzes simplification – imperative of modernization and improvement of quality of criminal legislation specifying both ideas criminal classical school and school positivist ideas while suggesting measures for continuous improvement of the criminal law recently enacted.

Keywords: *simplification, imperative of modernization, improvement of quality, criminal law*

După cum se știe, țara noastră, la un anumit moment istoric, a renunțat la regimul comunist (Codul penal al României din 1969, elaborat sub coordonarea regretatului profesor Vintilă Dongoroz) și a revenit la o societate bazată pe proprietate privată și, ca atare, a avut loc adoptarea unei noi legislații penale (noul Cod penal adoptat prin Legea nr. 286/2009¹).

Sub acest aspect, noul Cod penal are în principiu, aceeași schemă tradițională², o anumită *unitate de structură* pe care toate codurile au păstrat-o, prevăzându-se dispoziții similare, de pildă, referitoare la aplicarea legii penale în timp și spațiu, la infractor, la infracțiune, la pedeapsă, precum și la cauzele care exclud infracțiunea și pedeapsa, adăugându-se la dispozițiile tradiționale și unele dispoziții noi în raport cu o viziune mai nouă, socotită mai corespunzătoare asupra represiunii penale.

Pe linia acestor inovații, autorii de drept penal³ (George Antoniu) au semnalat că, în prezent, atât în țara noastră, cât și în alte țări are loc un proces de *dezincriminare* a unor fapte care nu mai prezintă vreun pericol social ori de *depenalizare* a altor fapte, adică înlăturarea lor din domeniul dreptului penal, urmând a fi sancționate pe alte căi (contravenții, delikte civile). Profesorul George Antoniu⁴ sublinia că un legiuitor înțelept nu va folosi instrumentele

* Cercetător științific gr. III al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; email: ionut_ifrim24@yahoo.com.

¹ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

² Vintilă Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei Române, București, 1969, p. 5-7.

³ George Antoniu, *Noua legislație penală. Reflecții preliminare*, Conferința cu participare internațională cu tema *Noua legislație penală, tradiție, recodificare, reformă, progres juridic*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 26 octombrie 2012, p. 21.

⁴ *Ibidem*, p. 23.

penale decât în cazuri bine justificate (*extrema ratio*) adică numai în situațiile în care n-ar putea fi eficiente alte mijloace.

În prevederile Codului, observăm reflectarea atât ideile școlii clasice penale (legalitatea incriminării și legalitatea sancțiunilor de drept penal, vinovăția, individualizarea pedepsei, răspunderea personală etc.), cât și ideile școlii pozitivistice (introducerea măsurilor de siguranță, art. 108 C. pen.; a măsurilor educative, art. 115 C. pen.; individualizarea pedepsei, art. 74 C. pen.).

În această lumină am consemna câteva dispoziții în care s-a manifestat caracterul inovator, reformator al noului Cod, reformele propuse fiind pe deplin justificate.

Sub acest aspect, observăm eliminarea **scopului legii penale**, dispoziție care avea mai mult un caracter declarativ fără o aplicare concretă în viața juridică. Pe de altă parte textul nici nu enumera **toate** valorile sociale ocrotite de legea penală împotriva infracțiunilor, ci menționa numai pe cele mai importante cum ar fi statul, persoana proprietatea celelalte fiind amintite într-o formulă generală „și întreaga ordine de drept”.

Urmând tradiția Codului penal anterior, noul Cod penal definește infracțiunea într-un text al Codului, deși în majoritatea legislațiilor **nu există** o atare definiție, fiind considerată ca fiind în competența doctrinei, și nu a legiuitorului.

Referindu-ne la noua definiție a infracțiunii, observăm de asemenea, înlăturarea cerinței ca **fapta să prezinte un pericol social**. A fost satisfăcută o astfel de cerință mai veche a doctrinei pentru a se adopta o definiție formală, și nu substanțială a infracțiunii. Sub acest aspect, noua definiție constituie un pas înainte și apropie doctrina penală română de celelalte doctrine care definesc în acest mod infracțiunea (infracțiunea este fapta prevăzută de legea penală săvârșită cu vinovăție). Noua definiție a infracțiunii nu se limitează la atât, ci mai cuprinde două noi trăsături, și anume ca fapta să fie nejustificată și să fie imputabilă persoanei care a săvârșit-o. Prima cerință ar consacra ideea că infracțiunea presupune lipsa cauzelor justificative. Deși aceasta corespunde realității, deoarece infracțiunea se definește și printr-o cerință negativă (nu numai cele pozitive pe care le-am enunțat), anume lipsa cauzelor justificative, noțiunea de „nejustificat” nu este aptă, după părerea noastră, să redea realitatea la care ne referim. În limba română această noțiune are semnificații multiple (*nejustificat de severă, de blândă, nejustificat* în sensul de a nu avea un temei, o rațiune etc.), și nu numai aceea de lipsă a unor cauze justificative⁵.

Legiuitorul noului Cod a înlăturat justificat, dispozițiile referitoare la **tentativa relativ improprie**. Profesorul Dongoroz, încă din perioada elaborării Codului penal din 1969, observa că diferența între tentativa proprie și cea

⁵ George Antoniu, *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 128.

relativ improprie nu mai are justificare din moment ce tentativa la infracțiune sub toate formele sale, se sancționează cu închisoare. Deși autorul a remarcat această deosebire a fost totuși de părere să se mențină în virtutea tradiției această modalitate a tentativei formulată în art. 20 alin. (2) C. pen. anterior, deși tentativa la infracțiune se sancționa de astă dată, cu închisoarea indiferent dacă era proprie sau relativ improprie.

Legiuitorul noului Cod penal nu mai menține această tradiție deoarece a înlăturat diferențierile între crimă și delict ca și între pedepse criminale și corecționale tentativa relativ improprie fiind asimilată cu tentativa proprie.

Noul Cod penal nu mai prevede printre dispozițiile sale și **aplicarea facultativă a legii mai favorabile după rămânerea definitivă a hotărârii**, rămânând în vigoare numai numai aplicarea obligatorie a legii mai favorabile după rămânerea definitivă a hotărârii, soluție mai realistă și mai puțin controversată.

Legiuitorul a prevăzut în mod explicit **cauzele justificative**, și pe drept cuvânt, noul legiuitor situează legea noastră penală în acord cu legislațiile penale din celelalte țări, reprezentând o soluție mai corespunzătoare.

Totodată, noul Cod penal reglementează mai clar și problema **participației**, în sensul că înlătură orice echivoc în această privință referindu-se distinct la autor, coautor deosebind prin aceasta pe cel care săvârșește efectiv și nemijlocit fapta incriminată, de cei care participă, prin autor, la comiterea faptei cum sunt instigatorii și complicii. În felul acesta noua lege penală se situează mai ferm spre o concepție mai realistă asupra participației penale⁶ și a prevăzut limite de pedeapsă mai raționale, mai scăzute la unele infracțiuni și altele.

Sub un alt aspect, s-au reflectat în dispozițiile noului Cod penal ideile progresiste legate de **executarea sancțiunilor penale**, pe cât posibil în mediu deschis, ceea ce subliniază alinierea Codului penal la marile curente ale științei dreptului penal.

În doctrina penală, s-a spus, pe drept cuvânt, că unele dispoziții discutabile ale noului Cod penal, sunt susceptibile de controverse și soluții contradictorii. De pildă: separarea principiului legalității și incriminării pedepsei în două principii – cel al legalității și al pedepsei⁷; introducerea condițiilor de *nejustificat*

⁶ Codul penal în vigoare prevede în art. 46-48 autorul și participanții (Capitolul VI). Astfel, autorul este persoana care săvârșește în mod nemijlocit fapta prevăzută de legea penală, ceea ce îi conferă calitatea de autor principal, ca și coautorului, în timp ce instigatorul și complicele sunt persoane care săvârșesc prin altul (adică prin autorul material) infracțiunea în calitate de participanți secundari.

⁷ În literatura de specialitate, s-a menționat, pe drept cuvânt, că o atare soluție separă nejustificat elementele structurii normei penale care este compusă din precept și sancțiune ceea ce ar implica o formulare unitară în cadrul principiului legalității, a preceptului (descrierea faptei incriminate) și a sancțiunii „Legalul și ilegalul în dreptul penal trebuie să fie privite sub *îndoit* aspect: al infracțiunii și al pedepsei. Împreună aceste două aspecte constituie ceea ce se numește

și *imputabil* ca trăsături esențiale ale infracțiunii; pluralitatea intermediară în loc de cazuri în care nu există recidivă; infracțiunea de *comisiune prin omisiune*; *intenția depășită* printre formele principale de vinovăție; locul excesului neimputabil; modul de reglementare a împăcării (foarte restrictiv); uciderea la cererea victimei (1-5 ani închisoare) și altele.

Este de așteptat ca doctrina și jurisprudența să supună unor discuții critice multe dintre noile dispoziții susceptibile de controverse și să sugereze măsuri pentru perfecționarea continuă a legii penale recent intrate în vigoare, astfel ca noua legislație să devină un instrument activ al progresului societății noastre în etapa actuală⁸.

Din cele menționate, se poate spune că în prezent avem de-a face cu o nouă legislație corespunzătoare în mare măsură nevoilor de ordine și disciplină ale societății în etapa actuală și că totodată, această legislație este susceptibilă de modificări în vederea perfecționării legii penale și a asigurării unui cadru de legalitate corespunzător valorilor societății noastre.

legalitatea incriminării". Vintilă Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice*, vol. I, Ed. Academiei Române, București, 1970, p. 36

⁸ Vintilă Dongoroz și colaboratorii, *Infracțiuni contra avutului obștesc*, Ed. Academiei Române, București, 1963, p. 51.

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND MODIFICĂRILE ADUSE ASUPRA INFRAȚIUNII PREVĂZUTE DE ART. 139 IND. 8 DIN LEGEA NR. 8/1996 PRIN LEGEA NR. 187/2012 PENTRU PUNEREA ÎN APLICARE A LEGII NR. 286/2009 PRIVIND CODUL PENAL

*Dr. Bujorel FLOREA**

Rezumat:

Prezentul studiu constituie o continuare a demersurilor inițiate de autor în scopul cercetării modificărilor și completărilor legislative ale infracțiunilor reglementate de Legea nr. 8/1996, modificări și completări aduse prin Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a noului Cod penal.

Articolul analizează schimbările aduse infracțiunii de punere la dispoziția publicului a operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe și de drepturi sui-generis ale fabricanților de baze de date, infracțiune prevăzută de art. 139 ind. 8 din Legea nr. 8/1996.

Autorul prezintă punctele de vedere personale și doctrinare în aria analizată, zăbovind asupra rațiunii și modului de reglementare a incriminării examinate și propunând schițe de interpretare și de aplicare a dispozițiilor legale în materie.

Cuvinte-cheie: *punerea la dispoziție, produse purtătoare de drepturi conexe, produse purtătoare de drepturi sui-generis, fabricanți de baze de date*

Infracțiunea prevăzută de art. 139 ind. 8 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe¹, constând în *punerea la dispoziția publicului, inclusiv prin Internet ori alte rețele de calculatoare, fără consimțământul titularilor de drepturi conexe ori de drepturi sui-generis ale fabricanților de baze de date sau a copiilor acestor*, a fost modificată² sub două aspecte.

1. Un prim aspect al modificărilor vizează micșorarea pedepsei aplicabile: infracțiunea se pedepsește în actuala reglementare cu închisoarea de la 6 luni la

* Conf. univ. la Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret”, București; avocat Baroul București

¹*Brevitatis causa*, pentru evitarea repetărilor și ușurința exprimărilor, de câte ori vom face trimitere la un articol ori la termenul de Lege, fără a preciza care este actul normativ respectiv, avem în vedere Legea nr. 8/1996.

²Modificarea s-a efectuat prin art. 54 pct.5 din Legea nr. 187/2012 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

3 ani sau amendă față de închisoarea de la 1 la 4 ani sau amendă, în legislația anterioară.

Modificarea semnalată se înscrie în tendința generală îmbrățișată de concepția noului Cod penal potrivit căreia nu gravitatea pedepselor, ci variabilitatea și aplicarea lor cu efect preventiv pot conduce la reducerea fenomenului infracțional.

2. Al doilea aspect al modificării articolului 139 ind. 8 constă în *înlocuirea condiției* de punere la dispoziția publicului a operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe ori de drepturi sui-generis și anume „fără *consimțământul titularilor de drepturi*”, cu condiția „fără drept”.

Formularea adoptată prin modificarea condiției infracțiunii este mai corespunzătoare decât condiția din legea anterioară.

O terță persoană poate să pună la dispoziția publicului opere sau produse purtătoare de drepturi conexe ori de drepturi sui-generis ori copii ale acestora, fără consimțământul titularilor de drepturi, dar aflându-se într-o situație legală.

Ca atare, sintagma „fără drept” introdusă de legiuitor în locul condiției „fără consimțământul titularilor de drepturi” o include pe aceasta din urmă întrucât interzice și situațiile când o terță persoană pune la dispoziția publicului operele, produsele ori copiile vizate de lege, pe care, însă, ar fi putut să le pună la dispoziția publicului fără consimțământul titularilor de drepturi, dacă numai această ultimă condiție ar fi fost impusă de legiuitor.

3. Atât în actuala reglementare, cât și în cea anterioară, *elementul material* al infracțiunii constă în acțiunea de punere la dispoziția publicului a operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe sau de drepturi sui-generis ale fabricanților de baze de date sau a copiilor acestora.

Observăm că legiuitorul a răsturnat regula de reglementare juridică potrivit căreia în cuprinsul normei juridice singularul include și pluralul și a aplicat-o în sensul că pluralul include și singularul. Ne referim, firește, la împrejurarea că legiuitorul a utilizat pluralul când s-a referit la obiectul material al normei de incriminare: operele de creație intelectuală, produsele purtătoare de drepturi conexe ori de drepturi sui-generis precum și copiile acestora³.

Folosirea pluralului articulat al obiectului material nu poate conduce la ideea că legiuitorul a intenționat să excludă singularul din norma de

³A se vedea Ghe. Diaconescu în Ghe. Diaconescu, Constantin Duvac, *Drept penal. Partea specială. Noul Cod penal. Curs universitar*, vol. II, Editura Fundației România de Măine, București, 2006, p. 420; C. R. Romișan, în V. Dobrinoiu, N. Conea, C.R. Romișan, C. Tănăsescu, N. Neagu, M. Dobrinoiu, *Drept penal. Partea specială. Vol. II*, Editura Lumina Lex, București, 2004, p. 505; R. Bodea, *Infrațiuni prevăzute în legi speciale; infrațiuni privind societățile comerciale, infrațiuni contra drepturilor de proprietate intelectuală, infrațiuni în legătură cu protecția mediului*, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 103.

incriminare, ceea ce înseamnă că infracțiunea există și în ipoteza în care este pusă la dispoziția publicului, fără drept, o singură operă literară, artistică sau științifică, un singur produs purtător de drepturi conexe ori de drepturi sui-generis sau o singură copie a acestora⁴.

Fără îndoială că în cazul în care prin una și aceeași faptă, același suspect va pune la dispoziția publicului, fără drept, mai multe opere, produse purtătoare de drepturi conexe ori sui-generis sau copii ale acestora aparținând aceluiași titular, vor fi incidente normele care reglementează concursul ideal de infracțiuni⁵. Rațiunea acestei păreri decurge din împrejurarea că fiecare creație beneficiază de protecția juridică reglementată de lege.

Mai mult, pe același palier, lucrurile au fost nuanțate. A fost astfel configurată ideea⁶ potrivit căreia infracțiunea analizată există și când se pune la dispoziția publicului numai un fragment, o parte dintr-o operă, dintr-un produs purtător de drepturi conexe ori de drepturi sui-generis sau dintr-o copie a acestora.

S-a argumentat prin trimitere la dispozițiile art. 10 lit. d) din lege, potrivit căruia autorul unei opere are dreptul moral de a pretinde respectarea integrității operei și de a se opune oricărei modificări, precum și oricărei atingeri aduse operei, dacă prejudiciază onoarea sau reputația sa.

Reține atenția și opinia de o exactitate asertorică⁷, după care ne aflăm tot în situația unui concurs real de infracțiuni atunci când suspectul a pus la dispoziția publicului, fără drept, mai multe opere protejate ori fragmente din mai multe opere protejate.

În sfârșit, aderăm la ideea exprimată în doctrină⁸, conform căreia și în cazul în care punerea la dispoziția publicului, fără drept, are ca obiect o operă comună, soluția aplicabilă este tot concursul de infracțiuni, deoarece rezoluția infracțională a suspectului se apreciază în raport cu persoanele care au calitatea de coautor al operei comune.

În schimb, ne despărțim de părerea autorului citat când este vorba de opera individuală sau colectivă. În această situație, nu mai avem de-a face cu mai mulți titulari ai dreptului de autor⁹, pentru ca rezoluția infracțională a agentului să fie determinată în funcție de particularitățile mai multor titulari de drepturi de autor.

⁴În același sens, a se vedea Constantin Duvac, *Analiza infracțiunii prevăzută de art. 139 ind. 8 din Legea nr. 8/1996*, în *Revista Română de Dreptul Proprietății Intellectuale*, nr. 4/2007, p.51, nota 66; V. Lazăr, *Infracțiuni contra drepturilor de proprietate intelectuală*, Editura Lumina Lex, București, 2002, p.48.

⁵A se vedea Constantin Duvac, *op.cit.*, p.59.

⁶A se vedea A. Ungureanu, A. Ciopraga, *Dispoziții penale din legi speciale române*, Vol.V, Editura Lumina Lex, București, 1996, p. 127.

⁷A se vedea A. Ungureanu, A.Ciopraga, *op.cit.*, p. 60.

⁸A se vedea Constantin Duvac, *op.cit.*, p. 60-61.

⁹Potrivit art. 6 alin. (2) din Legea nr. 8/1996, în lipsa unei convenții contrare, dreptul de autor asupra operei colective aparține persoanei fizice sau juridice din inițiativa, sub responsabilitatea și sub numele căreia a fost creată.

4. Cu toate că legea nu precizează în mod expres, totuși, prin modul în care sunt formulate mijloacele de realizare a infracțiunii analizate, opinăm că acestea sunt reprezentate nu numai de Internet ori alte rețele de calculatoare, ci de *oricare alte mijloace* apte să pună la dispoziția publicului operele ori produsele purtătoare de drepturi conexe sau sui-generis.

Textul de lege nu face vorbire despre *orice mijloace* de natură să permită comiterea acțiunii ilicite, dar pentru că sintagma „punerea la dispoziția publicului” se poate efectua “inclusiv prin Internet ori prin alte rețele de calculatoare”, relevă împrejurarea că acțiunea incriminată poate fi comisă cu orice mijloace, fără a fi excluse cele nominalizate de lege.

Singura condiție relativă la mijloacele utilizate pentru săvârșirea infracțiunii este ca punerea prin intermediul lor la dispoziția publicului a entităților ce conțin drepturi intelectuale, să facă posibilă accesarea acestora de către public, în orice loc sau în orice moment ales în mod individual¹⁰.

5. Ar mai fi de notat reglementarea defectuoasă a *obiectului material* al infracțiunii examinate, menținută din reglementarea anterioară, sub aspectul locului definirii, în conținutul legii, a unor entități materiale ori al absenței totale a definirii altor entități materiale.

Obiectul material al infracțiunii este constituit din operele sau produsele purtătoare de drepturi conexe ori de drepturi sui-generis ale fabricanților de baze de date sau a copiilor acestora.

Dacă unele din entitățile materiale ce formează obiectul material al infracțiunii cum ar fi *operele*, au fost definite prin norme juridice cuprinse în texte de lege anterioare¹¹ articolului care incriminează infracțiunea, entitățile materiale reprezentate de produse purtătoare de drepturi conexe ori de drepturi sui-generis ale fabricanților de baze de date nu au fost definite nici în articolele anterioare, nici în articolul 139 ind. 8 care reglementează infracțiunea.

Definiția *produselor purtătoare de drepturi conexe* o regăsim abia în cuprinsul art. 140 alin. (2) din Legea nr.8/1996¹², adică într-un text de lege plasat ulterior celui ce incriminează faptele (art. 139 ind. 8). Iată de ce opinăm

¹⁰În jurisprudență s-a reținut că inculpata, în calitate de administrator al unei societăți comerciale, a achiziționat mai multe calculatoare pe care a instalat programe conținând diferite jocuri. Ulterior, contra cost, inculpata a îngăduit publicului să acceseze programele pentru calculator cu jocurile respective, fără a avea acordul titularului de licență E.A. (Electronic Arts) pentru utilizarea acelor programe – a se vedea Tribunalul Galați, decizia penală nr. 5487 din 18 iunie 2004 în G. Potrivitu, *Considerații în legătură cu unele infracțiuni prevăzute în Legea nr. 8/1996*, în Dreptul nr. 4/2005, p.203-206.

¹¹*Operele*, ca obiect a dreptului de autor sunt definite în cuprinsul art. 7 și art. 8 din Legea nr. 8/1996.

¹²Potrivit textului de lege evocat: „*Prin produse purtătoare de drepturi conexe se înțelege interpretările sau execuțiile artistice fixate, fonogramele, videogramele și propriile emisiuni ori servicii de programe ale organismelor de radiodifuziune și de televiziune.*”.

că o astfel de formulă de reglementare nu oferă destinatarilor reglementării un acces facil la identificarea și înțelegerea trăsăturilor acesteia.

Mai mult, *produsele purtătoare de drepturi sui-generis ale fabricanților de baze de date* nu sunt definite ca atare în Lege¹³, deși valoarea socială împotriva căreia se îndreaptă fapta care constituie elementul material al infracțiunii este încorporată și în entitatea materială reprezentată de aceste produse.

Din considerentele arătate în cele ce preced, propunem, *de lege ferenda*, ca cele două entități materiale, produsele purtătoare de drepturi conexe și cele purtătoare de drepturi sui-generis, să fie definite într-un alineat distinct al articolului care incriminează infracțiunea (art. 139 ind. 8).

6. Celelalte aspecte privind conținutul constitutiv al infracțiunii examinate (art. 139 ind. 8) reprezintă o preluare, de către art. 54 pct. 5 din Legea nr. 187/2012 a art. 139 ind. 8, astfel cum a fost modificat prin art. unic, pct 54 de Legea nr. 329/2006¹⁴.

Pe cale de consecință, nu găsim necesar să reluăm analiza infracțiunii din perspectiva obiectului juridic special, obiectului material, subiectelor infracțiunii, laturii obiective și subiective, acestea fiind analizate pe larg în doctrină¹⁵.

7. Concluzii

În cuprinsul studiului am încercat să detectăm motivele care au condus legiuitorul la modificarea infracțiunii analizate, precum și modalitățile de reglementare pe care le-am considerat defectuoase, îndeosebi din perspectiva interpretării și aplicării corecte a normelor incriminatoare.

Am insistat asupra unor idei-pivot din doctrină referitoare la aspecte juridice din spațiul cercetat, pe care le-am reluat și așezat sub semnul tezelor pe care le-am considerat ca acordând preponderență logicii, coerenței și argumentației temeinice.

¹³Deși, capitolul VI din Lege este intitulat „Drepturile sui-generis ale fabricanților de baze de date” (art. 122 ind.1 – 122 ind. 4), o definiție propriu-zisă a drepturilor sui-generis ori a produselor purtătoare de astfel de drepturi nu regăsim în cuprinsul Legii.

¹⁴ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.657 din 31 iulie 2006.

¹⁵A se vedea Ghe. Diaconescu, *op.cit.*, p.420; H. Diaconescu, *Drept penal. Partea specială*, vol. II, ediția a 2-a, Editura All Beck, București, 2005, p.430; C.R. Romițan, *Protecția penală a proprietății intelectuale*, Editura C. H. Beck, București, 2006, p.141; C. Voicu, Al. Boroi, Fl. Sandu, I. Molnar, M. Gorunescu, S. Corlățeanu, *Drept penal al afacerilor*, ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2006, p.520; Constantin Duvac, *op.cit.*, p.45-61; R. Pârvu, C.R. Romițan, *Dreptul de autor și drepturile conexe*, Editura All Beck, București, 2005, p.74.

MĂSURILE EDUCATIVE ÎN NOUL COD PENAL*

Lorena ZIDARU*

Abstract:

Simplifying law is mandatory because legislation would become automatically easier to apply by judicial bodies and at the same time it would be easier to understand by its recipients. In the new Criminal Code of Romania the legislative body managed to simplify the regulation of educational measures applicable to juvenile offenders in a superior way compared to the previous regulation. When choosing one of the six available educational measures national courts take into consideration the criteria set by the legislature and in establishing some aspects of these measures the probation system is involved.

Keywords: *juvenile justice, custodial and non-custodial measures, reintegration of the juvenile offender, Romanian criminal law, improvement of law*

Simplificarea reglementărilor în diferite ramuri ale dreptului a constituit o preocupare de-a lungul timpului izvorâtă din ideea că o legislație mai simplă va fi implicit și mai ușor de aplicat pentru organele judiciare cu atribuții de acest fel, dar și mai facil de înțeles pentru destinatarii săi.

În ceea ce privește prima consecință, trebuie observat că una dintre problemele constante cu care s-a confruntat sistemul judiciar a fost aceea de aplicare neunitară a dispozițiilor legale în vigoare, iar una dintre cele mai importante cauze, dacă nu prima dintre ele care a condus la această problemă a fost lipsa de claritate și precizie a unor reglementări care au lăsat loc unor interpretări diferite și au condus la aplicarea esențialmente diferită a aceluiași dispoziții legale în cauze similare sau chiar identice.

În legătură cu a doua consecință, este aproape superfluă necesitatea de a motiva cât de important este ca destinatarii unei norme de drept să înțeleagă care este comportamentul pe care aceasta îl impune și respectiv abaterile pe care le sancționează, precum și care sunt în concret sancțiunile la care se expun atunci când decid să nu respecte standardele impuse. În definitiv, pentru a putea vorbi de „lege” în adevăratul său sens, aceasta trebuie să îndeplinească o serie de condiții, printre care și claritatea și previzibilitatea. În măsura în care reglementările apar uneori a fi greu de înțeles și aplicat chiar și de profesioniști ai dreptului se naște întrebarea ce șanse reale au destinatarii normelor, profani în tainele dreptului, de a percepe corect și complet care a fost voința legiuitorului.

* Doctorand al Facultății de Drept, Universitatea București.

Dezideratul simplificării reglementărilor existente în legislația noastră a fost unul dintre obiectivele care au fost urmărite și la momentul la care au fost elaborate noi coduri de drept civil și penal, substanțial și procedural. În ceea ce privește dreptul penal substanțial măsurile adoptate au privit diferite instituții și au constat în modificări în materia aplicării legii penale, instituției infracțiunii, pedepselor, măsurilor de siguranță, regimului penal aplicabil minorilor, răspunderea penală a persoanei juridice.¹

În ceea ce privește regimul aplicabil minorilor, acesta a cunoscut transformări importante care au reprezentat reflexia unor schimbări de viziune asupra problematicei. Ceea ce este de remarcat în cazul regimului penal al minorilor este în primul rând faptul că acestora nu li se mai pot aplica pedepse pentru faptele săvârșite în minorat întrucât noul sistem sancționator cuprinde exclusiv măsuri educative. La stabilirea acestui nou sistem sancționator au fost avute în vedere prevederile Convenției Organizației Națiunilor Unite cu privire la drepturile copilului din 1989 potrivit cărora orice privare de libertate a minorilor trebuie să fie o măsură extremă și cât mai scurtă posibil, precum și prevederile Regulilor de la Tokyo potrivit cărora recurgerea la măsuri neprivative de libertate trebuie să se înscrie în cadrul eforturilor de depenalizare și de dezincriminare.²

Este de remarcat că potrivit Codului penal anterior, individualizarea sancțiunii presupunea ca judecătorul să aleagă mai întâi între măsura educativă și pedeapsă, iar ulterior să individualizeze în concret sancțiunea aleasă. Regula era aceea că se aplică o măsură educativă și doar în cazul în care aceasta nu este suficientă pentru îndreptarea minorului se poate opta pentru o pedeapsă. Alegerea se realiza pe baza criteriilor stabilite de lege și anume, gradul de pericol social al faptei săvârșite, starea fizică, dezvoltarea intelectuală și morală, comportamentul lui, condițiile în care a crescut și a trăit și orice alte elemente de natură să caracterizeze persoana minorului. În prezent, posibilitatea de a alege vizează doar măsurile educative, fie acestea privative sau neprivative de libertate

În ceea ce privește măsurile educative, astfel cum sunt reglementate în noul cod comparativ cu vechiul cod, ar părea că sistemul acestora este unul mai dificil de aplicat, mai ales că și numărul lor este sporit: patru măsuri în vechiul cod (muștrarea, libertatea supravegheată, internarea într-un centru de reeducare, internarea într-un institut medico-educativ), șase măsuri în noul cod (stagiul de formare civică, supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână, asistarea zilnică, internarea într-un centru educativ, internarea într-un centru de detenție). Cu toate acestea misiunea pe care o are instanța de judecată este

¹ M.A. Hotca, *Principalele modificări aduse de noul Cod penal în peisajul legislației penale* – www.evenimente.juridice.ro

² M. Udroui, *Drept penal, Partea generală, Noul Cod Penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 331.

de fapt una mai simplă de îndeplinit deoarece condițiile în care se pot dispune fiecare dintre aceste măsuri sunt mai clar delimitate, lăsând mai puțin loc unei aprecieri arbitrare, caracterizate de subiectivism. Desigur textele legale fac trimitere la criteriile care sunt aplicabile și în cazul individualizării pedepselor: împrejurările și modul de comitere a infracțiunilor, mijloacele folosite, starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită, natura și gravitatea rezultatului produs sau urmărit, motivul și scopul comiterii infracțiunilor, natura și frecvența infracțiunilor care constituie antecedentele penale ale infractorului, conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal, nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială. În primul rând este de observat că și aceste criterii legale de care judecătorul este chemat să țină cont atunci când alege o măsură educativă sunt mult mai numeroase în noua reglementare și servesc astfel unei analize mai aprofundate a situației infractorului minor, fapt care duce la creșterea șanselor ca măsura educativă aleasă să fie cea mai potrivită și să determine reeducarea minorului.

În al doilea rând este de observat că vechea reglementare nu stabilea condiții clare de aplicare a măsurilor, sintagmele utilizate fiind unele vagi de tipul „are nevoie de un tratament medical și de un regim special de educație” sau „se ia față de minorul în privința căruia celelalte măsuri educative sunt neîndeplătoare”. Spre deosebire de acestea, noua reglementare cuprinde prevederi menite să ghideze instanța de judecată spre ceea ce legiuitorul a considerat ca fiind măsura educativă cea mai eficientă. Astfel, regula este aceea a aplicării unei măsuri educative neprivative de libertate, însă prin excepție se poate aplica măsuri privative de libertate fiind necesar să fie îndeplinite una din ipotezele legale: dacă a mai săvârșit o infracțiune pentru care i s-a aplicat o măsură educativă care a fost executată sau a cărei executare a început înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat sau când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 7 ani sau mai mare sau detențiunea pe viață.

Prin urmare, simplificarea dreptului în contextul măsurilor educative, dar nu numai, nu echivalează cu reglementări mai puține sau mai generale care nu ar face decât să lase loc arbitrariului și o marjă de apreciere mult prea mare celor chemați să aplice dreptul. Paradoxal poate, în cazul măsurilor educative introducerea mai multor posibile sancțiuni penale, alături de limitele și condițiile aplicării lor au reprezentat un instrument util pentru instanțele judecătorești.

În ceea ce privește conținutul măsurilor propriu-zise trebuie remarcat faptul că deși teoretic în vechiul cod existau patru măsuri educative, cel puțin una dintre acestea devenise inaplicabilă în practică. Astfel, muștrarea nu mai era aplicată în practică fiind socotită ca ineficientă sau având eficiență redusă. De altfel, este lesne de înțeles de ce nu se mai opta pentru această simplă dojenire a minorului și evidențiere a pericolului faptei săvârșite cu precizarea că dacă va

săvârși o nouă infracțiune se va lua față de el o măsură mai severă sau o pedeapsă. Totuși, la fel ca multe alte reglementări, aceasta deși fără aplicabilitate practică, rămăsese cuprinsă în legislație servind doar la încărcarea acesteia și la oferirea unei iluzii că numărul măsurilor educative și varietatea lor asigură individualizarea sancțiunilor penale într-o manieră convingătoare.

În legătură cu măsura educativă a stagiului de formare civică, aceasta este cea mai ușoară măsură educativă aplicabilă constând în obligația minorului de a participa la un program cu o durată de cel mult 4 luni pentru a-l ajuta să înțeleagă consecințele legale și sociale la care se expune în cazul săvârșirii de infracțiuni și pentru a-l responsabiliza cu privire la comportamentul său viitor. Astfel, chiar și măsura educativă cea mai blândă presupune o constrângere a minorului ca vreme de maxim 4 luni de zile să participe la un program care să îl determine să conștientizeze gravitatea faptelor sale și necesitatea de a-și schimba comportamentul. Faptul că legea stabilește doar durata maximă a acestei măsuri implică faptul că judecătorul este cel care va stabili în concret durata măsurii aplicate, în doctrină avansându-se ideea că durata se situează între o zi și patru luni.³ Totuși, având în vedere că măsura presupune derularea unui program la care minorul să participe, acesta prin natura sa nu ar putea fi de doar o zi, așa încât durata rezonabilă va fi stabilită în așa fel încât să nu atragă inaplicabilitatea măsurii sau lipsa sa de eficiență. În orice caz comparația cu cea mai ușoară măsură existentă în vechiul cod – mustrarea – relevă faptul că legiuitorul a înțeles necesitatea adoptării unui program care realmente să fie apt să ducă la o schimbare în modul de gândire al unui minor, iar nu doar o dojenire care cel mai probabil ar fi fost dată uitării în scurt timp.

Ceea ce trebuie remarcat este că reglementarea măsurii educative a stagiului de formare civică se regăsește nu doar în Codul penal, ci și în Legea nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, măsurilor educative și a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de organele judiciare, iar cursurile de formare civică se elaborează în baza programei –cadru aprobate prin ordin comun al ministrului justiției și al ministrului educației, cercetării, tineretului și sportului care se publică în Monitorul Oficial al României. Prin urmare, pentru a avea o privire de ansamblu asupra măsurii educative a stagiului de formare civică trebuie coroborate prevederile din mai multe acte juridice. Chiar dacă dispersarea prevederilor privind aceeași instituție juridică în mai multe acte juridice ar putea părea creatoare de confuzii și lipsită de coerență, viziunea legiuitorului a fost ca în Codul penal să se regăsească doar esența instituției, iar chestiunile care țin de punerea sa în aplicare efectivă să se regăsească în afara Codului penal tocmai pentru ca acesta din urmă să nu devină împovărat de dispoziții legale și un instrument greu de folosit pentru practicieni. De altfel, ceea ce se reproșează în general legiuitorului nu este atât chestiunea separării

³ M. Udroi, *op. cit.*, p. 335.

dispozițiilor legale în acte juridice diferite, cât mai ales necorelarea acestor texte legislative și problemele pe care le creează.

În cazul noii reglementări este de observat și faptul că procesul de individualizare a sancțiunii în funcție de persoana minorului și circumstanțele comiterii faptei nu privește doar alegerea unei măsuri educative dintre cele pe care legea le reglementează, ci ulterior alegerii unei măsuri, particularitățile minorului față de care se aplică joacă mai departe un rol important. Spre exemplu, în cadrul stagiului de formare civică vor exista unul sau mai multe module cu caracter teoretic sau practic, iar acestea trebuie adaptate vârstei și personalității minorului și pe cât posibil naturii infracțiunii comise. În plus, pe baza evaluării inițiale a minorului consilierul de probațiune va stabili instituția din comunitate în care să aibă loc cursul, iar această instituție sau serviciul de probațiune va adapta conținutul concret al stagiului, potrivit programei-cadru în funcție de particularitățile minorului, cu aprobarea consilierului de probațiune. Prin urmare, scopul măsurii educative are șanse crescute să fie atins, iar derularea stagiului să fie una benefică pentru minor, conținutul concret al stagiului fiind stabilit în funcție de circumstanțele reale și personale ale cauzei deduse judecătii.

O a doua măsură educativă neprivativă de libertate, este supravegherea. Potrivit legii, supravegherea constă în controlarea și îndrumarea minorului în cadrul programului său zilnic pe o durată cuprindă între 2 și 6 luni, sub coordonarea serviciului de probațiune, pentru a asigura participarea la cursuri școlare sau de formare profesională și prevenirea desfășurării unor activități sau intrarea în legătură cu anumite persoane care ar putea afecta procesul de îndreptare al acestuia. Deși această măsură a fost gândită ca fiind una mai severă decât cea a stagiului de formare civică, de fapt, dat fiind caracterul său destul de puțin intruziv ea tinde să devină una dintre cele mai blânde măsuri educative. Altfel spus, de vreme ce supravegherea presupune doar ca minorul să fie obligat să își respecte obligațiile pe care le avea anterior comiterii faptei, fără a se adăuga vreo obligație suplimentară, există tendința de a da naștere unei impresii de impunitate. În acest caz, consecința firească ar fi aceea ca minorul să nu înțeleagă gravitatea faptei sale și necesitatea de a-și îndrepta comportamentul și să persevereze pe calea infracțională, asumându-și riscul de a vedea aplicată o altă măsură împotriva sa.

Oricum, în acest caz trebuie remarcat că legiuitorul nu a simțit nevoia să reglementeze mai amplu condițiile care privesc această măsură, ci s-a mărginit la a reda succint conținutul său. Practica va fi aceea care până la urmă va arăta dacă o astfel de măsură este sau nu eficientă, însă pentru a –și dovedi eficacitatea, aceasta trebuie să fie aplicată. Or în condițiile în care aceasta nu pare aptă să determine o schimbare în comportamentul minorului sancționat ar putea genera tendința instanțelor judecătorești de a evita aplicarea sa în favoarea unei alte măsuri care se bucură de mai multă încredere. În orice caz,

măsura s-ar putea aplica în bune condiții exclusiv pentru minorii care au deja stabilit un program zilnic și obligații care decurg din statutul familial, școlar sau profesional, în vreme ce pentru cei care nu au un astfel de program se impune stabilirea unuia. Mai mult, măsura este mai degrabă aplicabilă în cazul unei fapte care să releve un pericol social scăzut, în cazul în care gravitatea fetei este una ridicată, se impune intervenția organelor judiciare într-un mod mai puternic care să determine îndreptarea comportamentului minorului.

O a treia măsură educativă neprivativă de libertate este consemnarea la sfârșit de săptămână care constă în obligația minorului de a nu părăsi locuința în zilele de sâmbătă și duminică pe o durată cuprinsă între 4 și 12 săptămâni, afară de cazul în care în această perioadă are obligația de a participa la anumite programe ori de a desfășura anumite activități impuse de instanță. Măsura educativă a consemnării la sfârșit de săptămână are ca obiectiv evitarea contactului minorului cu anumite persoane sau prezența acestuia în anumite locuri care să îl predispună pe minor la manifestarea unui comportament infracțional.

Un prim dezavantaj major care caracterizează măsura consemnării este acela că perioada pentru care ea se poate dispune este mult prea scurtă pentru a putea modifica vreun aspect al comportamentului minorului. Fără a pleda pentru măsuri educative care să se întindă pe o perioadă de timp îndelungată, este incontestabil totuși că intervalul de timp pe parcursul căruia trebuie să fie aplicată o măsură trebuie să fie suficient de îndelungat încât să asigure eficiența măsurii, iar nu doar să asigure o aplicare formală a acesteia fără efecte reale și imediate în conduita minorului. În al doilea rând, este dificil de înțeles în ce fel se va atinge obiectivul propus, acela de a evita contactul minorului cu anumite persoane sau anumite locuri care ar putea să favorizeze comportamentul său infracțional, de vreme ce interdicția de a părăsi domiciliul vizează exclusiv zilele de sâmbătă și duminică, în restul săptămânii minorul având libertate deplină de a frecventa orice locuri dorește și de a se întâlni cu orice persoane.

Modul în care sunt reglementate aceste măsuri neprivative de libertate și însuși conținutul lor sunt de natură să pună la îndoială utilitatea lor în îndeplinirea obiectivelor propuse, acelea de a îndrepta conduita minorului care a săvârșit o infracțiune și de a determina schimbarea sa astfel încât să nu mai revină pe drumul infracțional. Consecința este că tot mai mulți judecători din instanțele naționale vor fi tentați să evite aplicarea acestor măsuri în favoarea unora mai severe care chiar dacă pot fi ușor disproporționate în raport de pericolul social al fetei comise și al autorului său par singurele care ar putea influența minorul cu comportament deviant. Prin urmare, există posibilitatea ca unele dintre măsurile educative introduse în sistemul nostru prin noul Cod penal să rămână în ființă formal, textele de lege fiind în vigoare, dar să se aplice rareori în practică.

Din aceeași categorie, a măsurilor educative neprivative de libertate face parte de asemenea și asistarea zilnică. Considerată a fi cea mai severă dintre măsurile neprivative de libertate, asistarea zilnică este și cea care s-a bucurat până în prezent de aplicabilitate extinsă. Asistarea zilnică constă în obligația minorului de a respecta pe o durată cuprinsă între 3 și 6 luni un program stabilit de serviciul de probațiune care conține orarul și condițiile de desfășurare a activităților, precum și interdicțiile impuse minorului. Supravegherea executării acestei măsuri se realizează de consilierul de probațiune sau de persoana desemnată de acesta din cadrul unei instituții din comunitate. Se remarcă în mod evident o îmbunătățire față de măsura educativă a supravegherii în cazul căreia programul zilnic al minorului este stabilit de acesta, singur sau împreună cu persoanele care se ocupă de îndrumarea sa. În cazul asistării zilnice programul zilnic pe care minorul urmează să îl respecte este stabilit de comun acord de consilierul de probațiune și părinți, tutore sau altă persoană în grija căreia se află minorul, cu consultarea acestuia, iar în caz de dezacord programul se stabilește de judecătorul delegat cu executarea.

Prin urmare, în mod firesc la stabilirea programului participă părinții sau tutorele, persoanele care dețin cele mai multe informații despre minorul în cauză, iar asistarea zilnică începe cel mai târziu în 5 zile de la stabilirea programului. Stabilirea unor termene de acest fel a fost necesară astfel încât executarea măsurii educative să se realizeze cât mai aproape de momentul la care a fost dispusă printr-o hotărâre definitivă și implicit cât mai aproape de momentul săvârșirii faptei.

Categoria măsurilor educative privative de libertate este mai restrânsă și cuprinde doar două astfel de măsuri, anume internarea într-un centru educativ și internarea într-un centru de detenție. Internarea într-un centru educativ constă în internarea minorului într-o instituție specializată în recuperarea minorilor (centru educativ) unde trebuie să se supună unui program de pregătire școlară și formare profesională potrivit aptitudinilor sale, precum și unui program de reintegrare socială. Având în vedere că măsura este una destul de aspră și care presupune ca minorul să nu rămână în libertate, legiuitorul a prevăzut că instanța nu o poate aplica decât în cazul în care la data săvârșirii infracțiunii minorul avea vârsta între 14 și 18 ani și a mai săvârșit o infracțiune pentru care i s-a aplicat o măsură educativă care a fost executată sau a cărei executare a început înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat ori a comis o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 7 ani sau mai mare sau detențiunea pe viață.

Prin urmare legiuitorul a stabilit că instanța de judecată nu poate aplica această măsură decât în condițiile în care o altă măsură educativă aplicată anterior minorului s-a dovedit inefficientă, iar minorul a comis infracțiunea dedusă judecății sau în ipoteza în care chiar dacă minorul nu a comis anterior o

infracțiune, cea dedusă judecății este de o gravitate ridicată, aspect ce rezultă din limitele ridicate ale pedepsei prevăzute de lege.

Faptul că măsura educativă a internării într-un centru educativ este una privativă de libertate, precum și perioada sa mai lungă decât a celorlalte măsuri (1-3 ani) a determinat legiuitorul să îi confere mai multă atenție, reglementarea sa fiind una complexă care abordează inclusiv situații care justifică înlocuirea acestei măsuri, prelungirea, liberarea din executarea sa, posibilitatea schimbării regimului de executare ori alte cazuri în care poate interveni internarea într-un centru educativ.

Cea mai aspră dintre măsurile educative este neîndoielnic internarea într-un centru de detenție care presupune internarea minorului într-o instituție specializată în recuperarea minorilor, cu regim de pază și supraveghere unde minorul să urmeze programe intensive de reintegrare socială, precum și programe de pregătire școlară și formare profesională potrivit aptitudinilor sale. Din punct de vedere al ipotezelor stabilite de legiuitor pentru aplicarea măsurii, acestea sunt identice cu cele prevăzute pentru internarea într-un centru educativ, respectiv dacă la data săvârșirii infracțiunii minorul avea vârsta între 14 și 18 ani și a mai săvârșit una pentru care i s-a aplicat o măsură educativă care a fost executată sau a cărei executare a început înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat ori a comis o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 7 ani sau mai mare sau detențiunea pe viață.

În concret stabilirea măsurii educative potrivite se va face de către instanța de judecată în funcție de gravitatea infracțiunii și pericolozitatea infractorului pe care le va evalua potrivit criteriilor generale prevăzute de Codul penal. Având în vedere că este necesar ca aprecierea să se facă de la caz la caz, aceasta revine instanței de judecată investită cu judecarea cauzei și care are la îndemână mai multe instrumente prin intermediul cărora să poată face o apreciere adecvată, cel mai important dintre acestea fiind referatul de evaluare a minorului, realizat de serviciul de probațiune. Orientativ, în doctrină ⁴ s-a exprimat ideea că măsura educativă a internării într-un centru de detenție urmează a fi aplicată în ipotezele în care instanța ar fi aplicat în temeiul vechiului Cod penal pedeapsa închisorii cu executare în regim de detenție.

În ceea ce privește perioada pe parcursul căreia poate fi dispusă internarea, aceasta este cuprinsă între 2 și 5 ani dacă pentru infracțiunea comisă legea prevede pedeapsa închisorii mai mică de 20 ani, respectiv între 5 și 15 ani în cazul în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 20 de ani sau mai mare ori detențiunea pe viață. Aproximarea dintre această măsură educativă și executarea unei pedepse într-un penitenciar este dovedită o dată în plus de faptul că și în cazul măsurii educative a internării

⁴ M. Udriou, *op. cit.*, p. 354.

există regimuri de executare, respectiv regimul închis și regimul deschis, diferențiate după gradul de limitare a libertății de mișcare a persoanei internate, precum și după modul și locul de organizare și desfășurare a activităților.

În mod similar cu internarea într-un centru educativ, faptul că internarea într-un centru de detenție este o măsură privativă de libertate, precum și perioada sa mai lungă decât a celorlalte măsuri (2-15 ani) a determinat legiuitorul să îi confere mai multă atenție, reglementarea sa fiind una complexă care abordează inclusiv situații care justifică înlocuirea acestei măsuri, prelungirea, liberarea din executarea sa, posibilitatea schimbării regimului de executare ori alte cazuri în care poate interveni internarea într-un centru educativ.

Analizând reglementarea măsurilor educative în noul Cod penal concluzia care se desprinde este aceea că intenția de a alinia la legislația europeană legislația noastră cu privire la regimul sancționator al minorilor pare să fi fost în unele cazuri reușită, iar în altele pur formală, cu relevarea unor deficiențe la o evaluare mai amănunțită. Cu toate acestea, este incontestabil că din punct de vedere al simplificării dreptului, legiuitorul are meritul de a nu fi detaliat excesiv prevederile referitoare la măsurile educative, lăsând la latitudinea serviciului de probațiune și al instanței de judecată o parte dintre aspectele care privesc aceste măsuri, precum și în sarcina unor reglementări ulterioare chestiuni care vizează modalitatea concretă de punere în executare.

Fără a pune la îndoială că simplificarea dreptului este necesară tocmai pentru îmbunătățirea acestuia legiuitorul nu are întotdeauna o sarcină ușoară, mai ales că simplificarea nejustificată a dreptului poate echivala cu o reglementare vagă, neclară și greu de înțeles de către cei chemați să o aplice, dar mai ales de către cei cărora le este destinată. Desigur că aceleași consecințe se pot întâlni și în cazul unei legislații complexe și eterogene. În consecință, la fel ca în multe alte domenii, echilibrul pare să fie cheia.

Bibliografie:

- Udroi, M., *Drept penal, Partea generală, Noul Cod Penal*, București, Editura C.H. Beck, 2014
- Hotca, M.A., *Principalele modificări aduse de noul Cod penal în peisajul legislației penale* – www.evenimente.juridice.ro
- *Noul Cod penal. Noul Cod de procedură penală*, Ed. Hamangiu, București, 2014
- 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, Monitorul Oficial, Partea I nr. 513 din 14 august 2013
- Ministerul Justiției, Ministerul Educației și Cercetării Științifice, *Proiectul programei-cadru de formare civică*, www.edums.ro, București, 2014

CONSIDERAȚII PRIVIND LEGISLAȚIA ÎN MATERIA PROBAȚIUNII

Dr. Aura Preda¹

Abstract:

The article presents both the new criminal legislation applicable to the probation field and uneven practices in the application of some provisions.

The study is based on the results of an empirical research on the issue of probation made in the criminal sections of some courts in Bucharest. Additionally, there were used the responses in the questionnaires administered to the probation counselors from the probation services in Bucharest and Ilfov.

Keywords: *criminal legislation, conditional sentence, suspension of the sentence under supervision, community service, educational non-custodial measures, probation counselors*

1.Repere istorice privind probațiunea

Originea probațiunii o găsim în numeroasele tentative făcute de-a lungul timpului de a aduce îmbunătățiri reacției represive, mai ales în sistemul common law. Astfel, curentul clinic și doctrina apărării sociale – arată prof. R.M. Stănoiu²- readuc în actualitate ideea unor alternative la pedeapsa închisorii, care raăpund unui curent nonrepresiv în sistemul justiției penale, delimitându-se de cel represiv.

În opinia unor autori americani³ originile probațiunii nu constituie rezultatul unui proces legislativ deliberativ, creativ, cât mai degrabă rezultatul unui proces gradual și aproape imperceptibil de modificare a unor practice legale, deja existente.

Din punct de vedere etimologic, termenul de probatiune provine din limba latina , respectiv *probation*⁴, care însemna încercare, iertare.

În timp, acest termen a primit noi accepțiuni⁵. Astfel, prin raportare **la sentință**, reprezintă o dispoziție judiciară care stabilește statutul legal al celui

¹ Cerc. șt. gr. III - Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române, conf. univ.dr.- Facultatea de Drept si Administratie publica,Bucuresti, Universitatea "Spiru Haret", bursier postdoctorand - Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române

² R.M. Stănoiu, *Introducere in criminologie*, Ed. Academiei, 1989, București, p 169

³ Robert M . Carter, Leslie T.Wilkins, *Probation, Parole and Community Corrections*, 2nd ed., John Wiley&Sons, Inc., 1976, p.82

⁴ <http://www.etymonline.com/index.php?term=probation>

⁵ Robert M . Carter, Leslie T.Wilkins, *Probation, Parole and Community Corrections*, 2nd ed., John Wiley&Sons, Inc., 1976, p.82

acuzat, libertatea lui în comunitate este asigurată în continuare, dar devine un subiect aflat, pentru supervizare, în evidența unui serviciu de probațiune și, totodată, subiect aflat într-o condiționare impusă de o instanță.⁶

Ca instituție⁷, probațiunea se referă la o agenție de servicii desemnată să deservească o instanță și să execute anumite servicii în administrarea justiției penale.

Ca proces⁸, probațiunea implică o investigare anterioară pronunțării unei hotărâri judecătorești, pentru instanță, dar și monitorizarea persoanelor în comunitate.

Statul Massachusetts și Anglia au incontestabilul merit de a fi generat sistemul probațiunii în lume⁹, pe parcursul primei jumătăți a sec. al XIX-lea, în încercarea de a umaniza sistemul justiției penale.

Argumentele care susțin aplicarea instituției probațiunii în general sunt – după cum se știe – supraaglomerarea închisorilor (numărul crescut al condamnaților cu pedepse mici) și costurile crescute ale detenției.

2. Probațiunea în contextul noii legislații execuțional penale din România

În ceea ce privește noua legislație execuțional –penală apreciem ca este foarte generoasă, cuprinzând o serie de acte normative¹⁰ și, deopotrivă, regulamente de aplicare. Pe de o parte, a vorbi despre simplificare ca imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului și în această materie se impune cu atât mai mult cu cât practica judiciară nu este unitară, deși actele normative menționate au intrat în vigoare la 1 an de la adoptare.

⁶ Ibidem

⁷ Ibidem

⁸ Ibidem

⁹ Idem, p.89

¹⁰ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare;

Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedura penală, publicată în Monitorul Oficial nr. 486 din 15 iulie 2010, cu modificările și completările ulterioare;

Legea nr. 252/2013 privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune, publicată în Monitorul Oficial nr. 512 din 14 august 2013; mai multe detalii puteți citi ;

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, publicată în Monitorul Oficial nr. 513 din 14 august 2013; mai multe detalii puteți citi aici;

Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 514 din 14 august 2013; mai multe detalii puteți citi aici;

Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedura penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesuale penale, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 515 din 14 august 2013.

Pe de altă parte, această proliferare a normelor juridice – la nivel național, al Uniunii Europene și internațional – reprezintă astăzi un fenomen general, fenomen ce generează costuri – juridice, administrative, economice care se resimt în primul rând la nivelul sistemului justiției penale, dar, deopotrivă, la nivel individual și macrosocial.

În acest sens, noua legislație execuțional –penală , în special cea care vizează sfera probațiunii este în acord și cu **Recomandarea R(2010) 1 asupra regulilor europene privind probațiunea**, care impune unui set minim de reguli ce trebuie să guverneze activitatea sistemelor de probațiune la nivel european¹¹. La nivelul principiilor de baza prevăzute de către recomandare se specifică faptul că instituțiile din cadrul sistemului de probațiune (*probation agencies*) trebuie să aibă ca scop reducerea recidivei, prin stabilirea unei relații pozitive cu infractorii, în vederea reintegrării lor sociale.

În partea a II-a a recomandării se face referire la necesitatea organizării serviciilor de probațiune și alocarea unor resurse pe măsura importanței activităților pe care le desfășoară. Totodată în procesul de recrutare și formare profesională a personalului serviciilor de probațiune trebuie să se pună accent pe evaluarea și îmbunătățirea abilităților specifice lucrului cu infractorii celor care desfășoară sau urmează a desfășura activități de probațiune.

Compatibilizarea legislației noastre penale – arăta cerc. șt. emerit O. Brezeanu- cu reglementările europene trebuie să asigure menținerea unui echilibru necesar între nevoia de a proteja societatea atât în sensul menținerii ordinii legale, cât și în cel al aplicării normelor.¹²

În România, instituția probațiunii, ca alternativă la detenție, respectiv de evitare a mediului penitenciar, are o vechime comparabilă cu cea a altor țări europene.¹³

Odată cu adoptarea noilor coduri în materie penală a fost necesară însă regândirea **sistemului de probațiune**. În acest context, a fost adoptată Legea nr. 252/2013 privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune care aduce noutățile ce vizează atât structura, cât și natura funcțională a sistemului.

În cursul anului 2009 avea să fie adoptat prin Legea nr. 286/2009 un nou Cod penal, în care, așa cum arăta și în expunerea de motive, sistemul sancționator a fost regândit astfel încât să ofere instanței de judecată **posibilități crescute de individualizare judiciară a sancțiunilor**.

De aceea se impune o sumară analiză a prevederilor relevante din perspectiva institutiei probațiunii și a sancțiunilor comunitare.

¹¹ G. Oancea, *Probațiune în România. Evaluări normative și sociologice*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p.82

¹² Ortansa Brezeanu, *Sancțiunile neprivative de libertate (1)*, în *Revista de Drept penal*, nr.2/2013, p. 55

¹³ C. Sima, *Drept execuțional penal*, Ed. Hamangiu, București, p.117

Noul Cod penal reglementează două instituții de drept penal noi, respectiv renunțarea la aplicarea pedepsei și **amânarea aplicării pedepsei**, restructurând totodată institutia suspendării executării pedepsei sub supraveghere.

Aceste institutii au fost regândite într-o succesiune progresivă, determinată de gravitatea infracțiunii comise, pericolozitatea infractorului, gradul de intervenție pentru îndreptarea condamnatului și consecințele asupra acestuia.¹⁴

Instanta poate dispune **amânarea aplicării pedepsei**¹⁵ (art. 83-90 CP), dacă sunt îndeplinite o serie de condiții referitoare la pedeapsa stabilită¹⁶ și la persoana infractorului¹⁷. Termenul de **supraveghere** este de doi ani și se calculează de la data rămânării definitive a hotărârii prin care s-a dispus amânarea aplicării pedepsei. Pe durata acestui termen, persoana sancționată trebuie să respecte o serie de măsuri de supraveghere. De asemenea, **cu consultarea** serviciului de probatiune, instanța **poate** impune persoanei sancționate să respecte o serie de obligații.

Supravegherea modului în care persoana față de care s-a dispus **amânarea aplicării pedepsei** respectă măsurile și obligațiile impuse de către instanță se realizează de către instituții distincte, în funcție de tipul obligației pe care persoana condamnată trebuie să o respecte.

Astfel, **serviciile de probatiune** sunt competente cu supravegherea respectării măsurilor și a obligațiilor referitoare la formarea profesională și a continuării studiilor, prestarea activității neremunerate, frecventarea programelor de resocializare și plata obligațiilor civile stabilite de către instanța de judecată.¹⁸

Serviciul de probatiune este obligat să sesizeze instanța de judecată dacă au intervenit motive care justifică modificarea sau încetarea unor obligații.

Prin intermediul acestei noi reglementări, munca neremunerată în folosul comunității devine aplicabilă, **putând** fi dispusă dacă instanța apreciază necesar acest lucru, cu acordul infractorului.

O altă instituție nou-introdusă în actualul Codul penal este **suspendarea executării pedepsei sub supraveghere** (art. 91-98 NCP), care se poate dispune

¹⁴ http://www.just.ro/Portals/0/Coduri/coduri_60309/Expunere%20de%

¹⁵ G. Oancea, *op.cit.*, p.151 și următ.

¹⁶ amenda sau închisoarea de cel mult doi ani

¹⁷ inexistența unor condamnări anterioare, manifestarea acordului de a presta o muncă în folosul comunității, conduita anterioară savârșirii infracțiunii, eforturile depuse pentru înlăturarea și diminuarea consecințelor infracțiunii.

¹⁸ Monitorizarea restului obligațiilor este de competența altor organe abilitate (de ex., poliție, jandarmerie etc.), care sunt obligate să comunice serviciului de probatiune orice încălcare a obligațiilor fixate de către instanța de judecată.

în condiții ce vizează pe de o parte, pedeapsa pentru infracțiune¹⁹, iar pe de altă parte, persoana infractorului²⁰.

Durata suspendării executării pedepsei sub supraveghere constituie termen de încercare pentru persoana condamnată și este cuprinsă între 2 și 4 ani, fără a putea fi mai mică decât durata pedepsei aplicate. Condamnatul va trebui să respecte o serie de măsuri și obligații.²¹

În mod obligatoriu, cu excepția situației în care starea de sănătate a persoanei condamnate nu permite, acesta va trebui să presteze o activitate neremunerată în folosul comunității pe o perioadă cuprinsă **între 60 și 120 de zile** în condițiile stabilite de către instanța de judecată.

O altă particularitate o reprezintă **obligativitatea prestării unei munci neremunerate în folosul comunității**, în condițiile în care starea de sănătate a persoanei condamnate permite acest lucru, iar acesta și-a manifestat acordul în prealabil pentru a desfășura o asemenea activitate. În aceste condiții beneficiile pentru comunitate sunt evidente, existând posibilitatea de a fi desfășurate o serie de activități cu un efort financiar mai redus, iar persoana condamnată dovedește prin implicarea sa în aceste activități că este dispusă să accepte consecințele care decurg din condamnarea sa.

Singura instituție care urmează a efectua supravegherea modului în care persoanele condamnate față de care s-a aplicat suspendarea executării pedepsei sub supraveghere respecta măsurile impuse de către instanța este serviciul de probatiune.

La fel ca și în cazul amânării aplicării pedepsei, remarcăm preocuparea legiuitorului de a da eficiență supravegherii efectuate de către serviciul de probatiune din prisma schimbărilor comportamentale ale persoanei condamnate, prin posibilitatea evaluării impactului și modificarea obligațiilor care au fost impuse, astfel încât, să fie redus riscul de recidivă.

¹⁹ pedeapsa aplicată, inclusiv în caz de concurs de infracțiuni, este închisoarea de cel mult 3 ani

²⁰ b) infractorul nu a mai fost condamnat anterior la pedeapsa închisorii mai mare de un an, cu excepția cazurilor prevăzute în art. 42 sau pentru care a intervenit reabilitarea ori s-a împlinit termenul de reabilitare;

c) infractorul și-a manifestat acordul de a presta o muncă neremunerată în folosul comunității;

d) 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.

²¹ a) să se prezinte la serviciul de probatiune, la datele fixate de acesta;

b) să primească vizitele consilierului de probatiune desemnat cu supravegherea sa;

c) să anunțe, în prealabil, schimbarea locuinței și orice deplasare care depășește 5 zile;

d) să comunice schimbarea locului de muncă;

e) să comunice informații și documente de natură a permite controlul mijloacelor sale de existență.

O nouă reglementare penală introduce dispoziții bazate **în exclusivitate pe aplicarea unor măsuri educative**, art.115 CP, pentru minorul delincvent, fiind înlăturată posibilitatea aplicării unei pedepse.²²

Măsurile educative care pot fi aplicate minorului sunt de două feluri: privative și neprivative de libertate.

Regimul **măsurilor educative neprivative de libertate** aplicabile minorului în noua legislație execuțional-penală a fost supus unor modificări substanțiale, având în vedere și impactul studiilor privind etiologia delincvenței juvenile.²³

Măsurile educative neprivative de libertate²⁴ din noul cod penal sunt, în ordinea crescătoare a gravității lor: **stagiul de formare civică** (într-o reglementare apropiată de cea a art.15 -1 pct.6 din Ordonanța franceză din 2 februarie 1945); **supravegherea**; **consemnarea la sfârșit de săptămână**; **asistarea zilnică**. Ultimele trei măsuri cunosc o reglementare similară de cea din art. 7 lit. g), h) din Legea spaniolă nr. 5/2000.²⁵

În aceste condiții, având în vedere prevederea cuprinsă în cadrul art. 117-120 NCP conform căreia serviciul de probatiune **coordonează** supravegherea modului în care minorul respecta măsurile impuse de către instanța, există premisele creării unui sistem care să permită implicarea mai multor instituții în cadrul procesului de supraveghere, principalul efect al unei asemenea abordări reprezentându-l degrevarea activității serviciilor de probatiune și furnizarea unor servicii adecvate minorilor delincvenți.

3. Rezultatele cercetărilor empirice

În cadrul unui proiect de cercetare POSDRU, având ca temă **Studiu criminologic de practică judiciară a probațiunii în contextul noii legislații execuțional-penale** am conceput și aplicat chestionare tematice unor specialiști din sistemul justiției penale (judecători de la secțiile penale și unor consilieri de probațiune).

În ceea ce privește rezultatele aplicării chestionarului tematic unor judecători de la secțiile penale ale Curții de Apel București și de la Judecătoria sectorului 4 prezentăm câteva aspecte relevante pentru tema abordată.

²² G. Oancea, *op.cit.*, p.159

²³ D.S.Săucan, A. Liiceanu, M.I. Micle, *Încălcarea legii ca stil de viață. Vulnerabilitatea adolescenților la criminalitate*, Ed. Academiei Române, București, 2009, p.15

²⁴ Titlul V, *Minoritatea*, Cap. I- *Regimul răspunderii penale a minorului*

1. Stagiul de formare civică- art.117 NCP

2. Supravegherea, art.118 NCP

3. Consemnarea la sfârșit de săptămână, art.119 NCP

4. Asistarea zilnică, art. 120 NCP

²⁵ <http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=Wpo7d56II%2fQ%3d&tabid=2604>, accesat în 22.10.2014

În legătură cu noua legislație penală unul dintre judecători de la Curtea de Apel București apreciază că s-au introdus instituții penale care nu sunt adaptate la situația concretă a țării noastre, în timp ce au fost eliminate altele pe care le consideră încă utile. Astfel, nu este de acord cu eliminarea pedepselor aplicabile minorilor care au săvârșit infracțiuni grave, cum ar fi violurile, tâlhăriile. Acesta consideră că măsura asistării zilnice aplicate minorilor nu este eficientă întrucât minorul trebuie asistat chiar de cei care nu l-au supravegheat îndeajuns, adică părinții. Același judecător consideră că în cazul executării muncii în folosul comunității are mai multă încredere în ONG-uri, decât în instituțiile statului. A vizitat personal un ONG specializat, înființat după model elvețian și a fost mulțumit față de scopul sancțiunilor neprivative de libertate.

Același judecător propune ca în cazul săvârșirii infracțiunilor prevăzute de codul rutier, șoferii să fie obligați la un curs de siguranță rutieră, curs care la acest moment nu se regăsește în cadrul legislativ.

Colaborarea cu serviciul de probațiune București trebuie intensificată și prin sedințe comune lunare, este de părere același judecător.

În ceea ce privește rezultatele cercetării empirice realizate la nivelul judecătoriei sector 4, acestea se regăsesc în mare măsură la cei 4 judecători. Se impune a preciza că în răspunsurile acestora se regăsesc în proporție foarte mare aceeași ordine în explicații, uneori, același limbaj, ceea ce reflectă faptul ca aceștia l-au completat împreună, consecința a împrejurării ca cei 4 judecători împart același birou.

Din chestionarele aplicate consilierilor de probațiune reies diferi probleme cu care se confruntă în aplicarea hotărârilor judecătorești:

- sancțiunile neprivative dispuse de instanțele judecătorești nu sunt de toate măsurile prevăzute legal în actualul Cod penal;
- în unele hotărâri judecătorești apar erori materiale (de ex. nume de persoane condamnate diferite în considerente față de cele din dispozitiv);
- lipsa dispozițiilor privind munca neremunerată în folosul comunității acolo unde Codul prevede obligativitatea acesteia;
- nu toate obligațiile dispuse în sentințe pot fi puse în practică, nefiind realiste; (de ex. Nu poate fi obligată la un curs de calificare o persoană care este analfabetă)
- lipsa unor instituții din comunitate în care să se efectueze în concret munca neremunerată în folosul comunității;
- lipsa locațiilor pentru prestarea muncii neremunerate în folosul comunității corespunzătoare pregătirii profesionale ridicate a unor persoane condamnate;
- lipsa unor mijloace de verificare a măsurilor educative neprivative de libertate (ex. supravegherea și asistării zilnice);
- obligarea de a urma un curs școlar în situația în care se dispune această măsură în mijlocul anului școlar. Măsura educativă încetează până la începerea

anului școlar când nu mai există baza legală pentru ca minorul să fie verificat dacă s-a înscris școală și o frecventează) ;

- în cazul în care instanțele sunt sesizate cu aceste dificultăți în aplicarea sentințelor , de puține ori se primesc răspunsurile adecvate. De cele mai multe ori se invocă lipsa calității procesuale active, autoritatea de lucru judecat sau se dispune aplicarea sentinței așa cum este redactată, etc.

- în situațiile în care instanțele modifică obligațiile sau măsurile, atunci consilierul de probațiune trebuie să refacă toate actele întocmite anterior (process-verbal, planul de supraveghere, etc. ceea ce înseamnă timp) și , ulterior, să-l mai convoace încă o dată pe beneficiar pentru a semna aceleași tipuri de acte pe care le-a mai semnat o dată.

Concluzii

- studiile de fezabilitate care au stat la baza adoptării actualei legislații execuțional –penale au fost fie insuficiente, fie nu au fost temeinice;

- au fost “importate” instituții care nu-și au aplicabilitate în contextul socio—economic și cultural național

- se impun ședințe comune, periodice între consilierii de probațiune și judecătorii de la secțiile penale ale instanțelor din subordinea curților de apel;

- stabilirea în sentințe a unor obligații realiste, obiective în funcție de situația economico-financiară, profesională și nivelul de instrucție a condamnatului;

- includerea în sentință a numărului de telefon al condamnatului pentru a fi contactat mai ușor de către consilierii de probațiune și evitarea pierderea timpului cu corespondențe și mobilizarea poliștilor ;

- luarea în considerare într-o mai mare măsură a recomandărilor consilierului de probațiune de către judecător în individualizarea pedepsei ;

- eliminarea birocrăției sub toate formele , mai ales în relațiile cu instanțele, cu instituțiile din comunitate, etc. ;

- corelarea obligațiilor cu circumstanțele agravante și cu factorii de risc prezentați ;

- inexistența unor practice unitare pentru aceleași tipuri de infracțiune .

O PERSPECTIVĂ A SIMPLIFICĂRII LEGISLAȚIEI DROGURILOR – LEGALIZAREA PONDERATĂ ȘI CONDIȚIONATĂ

Tiberiu Viorel POPESCU*

Tot ceea ce auzim este o opinie, și nu un fapt. Tot ceea ce vedem este o perspectivă, și nu adevărul." (Marcus Aurelius)

Abstract:

The drugs phenomenon is an illegal world, devoid of morality and contrary to public health. Opportunity of relaxation regime movement of drugs can be analyzed in view of clarifying the concepts of penalty, decriminalization, and abolition of the criminal justice system and legalization, based on social values affected by the breach of the movement. Alternatively, changes in criminal policy aimed at legalizing drugs involves both concern for health of citizens protection and further obligations of the state. Weighted and conditional legalization should simplify the rules for the movement of drugs and also to remove the perverse effects of excessive criminalization.

Keywords: *Criminology, drugs, drug trafficking, organized criminality*

1. Viziuni legislative privind regimul de circulație a drogurilor

Literatura penală, sociologică, criminologică și medicală au abordat adesea problematica drogurilor. Fie că ne referim de doctrina juridică penală, fie că punem în discuție literatura de specialitate sociologică și nu în ultimul rând cercetările criminologice, observăm că există două mari opinii dominante cu privire la politicile legale atunci când problematica vizează regimul de circulație a drogurilor.

Adepții fiecărei orientări, în mod argumentat, încearcă să ofere o soluție unei situații aparent insolubile sau greu solubile: *expansiunea traficului și consumului de droguri*.

Prima direcție, este circumscrisă susținerii incriminării drastice a nerespectării regimului de circulație a drogurilor. În viziunea acestei orientări, incriminarea severă poate merge până la toleranță zero față de droguri, asemeni politicilor penale caracteristice celor mai multe state din SUA. Măsurile de incriminare drastică a nerespectării regimului de circulație a drogurilor, în această viziune, ar fi modalitatea optimă de reacție împotriva criminalității drogurilor.

* Drd., Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; e_mail: tpopescu2005@yahoo.com

Este important de menționat că, așa cum afirmă unii sociologi, toate aceste măsuri ar fi bune dacă nu ar produce efecte neanticipate sau perverse: *Legiuitorii, experții, promotorii reformei în justiție și publicul, pot avea cele mai bune intenții în sprijinirea și punerea în aplicare a unei anumite politici, dar idealurile nu sunt același lucru cu rezultatele*¹.

Cu toată severitatea etalată, această direcție nu ar trebui să susțină pedepsele excesive în materie practicate de anumite țări, care merg până la pedeapsa capitală, inclusiv pentru consumul de droguri, nu doar pentru trafic. Unele state asiatice (Malaezia) și unele state din Orientul Mijlociu (Iran) încă mențin această pedeapsă a cărei aplicabilitate a fost abandonată de marea majoritate a statelor.

Cea de-a doua direcție susține aprobarea unor politici penale mai permissive, care să meargă până la legalizarea producției și comercializării drogurilor. Incriminarea drogurilor în țări precum Olanda și, mai nou, experimentul Statului Colorado (SUA), care a legalizat consumul de cannabis, ar putea fi evocate cu succes de partizanii acestei orientări.

Elaborarea unei politici legale orientate spre o legalizare ponderată a pieței drogurilor trebuie să țină seamă cu prioritate de lungul drum de la incriminare la legalizare. Totodată trebuie să se țină seamă de consecințele criminalizării excesive, de potențialele efecte ale aprobării unei politici de legalizare a drogurilor, precum și de ocrotirea sănătății publice, obligație ce revine Statului. Ocrotirea sănătății publice reprezintă o condiție imanentă în eventualitatea promovării unei politici orientate spre liberalizarea drogurilor.

La începutul anilor 90 era binecunoscută fraza celebră aparținând lui Ihering: *Istoria dreptului penal este aceea de abolire constantă a pedepselor*. În ciuda acestei afirmații perioada aceea se caracteriza printr-o politică efervescentă de criminalizare a comportamentelor sociale, ce nu poate conduce la concluzia că simplificarea sistemului dreptului se produce prin abolirea treptată a pedepselor.

1.1. Politicile penale și efectele acestora

În perioada epocii moderne, dreptul penal în general, dar și în materia regimului de circulație a drogurilor în special, au existat două momente aparent contradictorii: criminalizarea și decriminalizarea².

Început încă de la mijlocul secolului XIX, curentul favorabil criminalizării s-a accentuat și accelerat în mod considerabil în anii 30. Această direcție a atins nivelul maxim la sfârșitul anilor 70 începutul anilor 80. Literatura de

¹ E. Goode, *Drugs in American Society*, 5th edition, Boston, New York, San Francisco, St. Luis, McGraw-Hill Colege.Inc, 1999, p.71, citat de Rădulescu S.M și Dâmboeanu C., *Sociologia consumului și abuzului de droguri*, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 223.

² R. Gassin, *Criminologie*, Dalloz, 2^e édition, 1990, p. 381-382.

specialitate³ a enunțat trei factori care au explicat acest fenomen: a) Necesitatea satisfacerii noilor nevoi de represiune născute din descoperirile tehnico-științifice, economice și sociale, b) Apariția unor noi valori sociale ce trebuia să fie protejate, c) Apariția tehnico-birocrației statului care a antrenat după sine multiplicarea reglementărilor. Rezultatul tendinței acestei politici de criminalizare a avut ca efect creșterea explozivă a numărului de infracțiuni penale, dintre care o bună parte erau reprezentate de delikte materiale.

După anii 70-80, politicile legislative s-au modificat treptat spre decriminalizare, fie ca urmare a dispariției anumitor valori morale clasice care nu mai necesitau imperativ protecție penală, fie din rațiunea de a elibera instanțele de judecarea unor fapte care puteau primi sancțiuni administrative sau de natură civilă.

Efectul acestei politici de criminalizare masivă urmată de decriminalizare a avut un dublu efect asupra criminalității de natură cantitativă și respectiv de natura calitativă. Pe plan cantitativ a urmat o scădere considerabilă a numărului de crime comise, iar pe plan calitativ a dus la efectul de demoralizare publică. Criminalizările și decriminalizările injuste au reprezentat factori importanți ce au generat în spiritul public, direcția decăderii morale a comportamentelor observată în prezent.

1.2. Supremația dreptului penal în fața măsurilor non penale

Cele două momente evocate deschid o serie de întrebări cu privire la supremația dreptului penal în fața măsurilor non penale în materia garanției unei ordini sociale minimale. Cu privire la eficacitatea celor două alternative, în general și în special în materia drogurilor, există încă polemici care nu au tranșat o direcție definitivă.

Pe fondul acesta a căpătat amploare inclusiv o politica de liberalizare a regimului de circulație a drogurilor. Viziunea adepților acestei politici penale este oarecum diferită de viziunea clasică și este caracterizată de avatarurile politicilor ce militează pentru înlocuirea sistemului penal cu măsuri de natură civilă sau administrativă.

Această nouă orientare a fost argumentată prin faptul că răspunde viziunii criminologiei științifice care, încă de la început, a fost văzută de Lombroso, Ferri și Garofalo ca o știință aplicată care a criticat instituțiile penale existente în epoca acestora, fiind gata să facă propuneri de reformă a politicilor criminale. De menționat că, în prezent, sistemul politicilor penale are o viziune radical schimbată și îmbunătățită cu privire la incriminare și, nu în ultimul rând, cu privire la virtuțile sancțiunilor de drept penal.

Potrivit acestei orientări, înlocuirea sistemului penal este structurată pe trei niveluri progresive care acționează în timp: depenalizarea, decriminalizarea și

³ *Idem.*

în cele din urmă, poate puțin hazardat, abolirea mijloacelor de drept penal. Raymond Gassin a analizat minuțios fiecare dintre cele trei etape⁴ ale acestui model.

Prin depenalizare, reputatul criminolog, definește operațiunea de politică criminală care constă în atenuarea sau suprimarea pedepsei, sau chiar oferirea unei alternative între pedeapsă și o măsură non penală, în fața unei crime. Depenalizarea poate fi relativă sau absolută. În cel de-al doilea caz, depenalizarea absolută tinde a se suprapune până la confuzie cu decriminalizarea.

Decriminalizarea, este o măsură ceva mai radicală decât depenalizarea, care constă în scoaterea din competența sistemului penal a unei fapte sau a unei activități până atunci sancționate penal (Louk Hulsman). Se poate spune că fenomenul a fost inspirat pe de o parte de evoluția omuciderilor (în special în cazul procreării) și pe de altă parte din rațiuni practice (abundența infracțiunilor economice minore)

Abolirea sistemului penal, ca ultim avatar⁵ al direcției menționate, ca o a treia etapă a acesteia, presupune înlocuirea sistemului penal cu dreptul civil sau administrativ, care ar urma să asigure garanții pentru menținerea ordinii sociale și evitarea consecințelor negative ale sancțiunilor sistemului penal.

Adoptarea acestei direcții în materia drogurilor, deși a fost calificată drept un eșec în cazul toxicomaniei, nu a fost abandonată. În prezent există o amplă direcție ce susține legalizarea comercializării drogurilor ușoare pentru a simplifica efectele criminalizării excesive.

2. Liberalizarea circulației drogurilor

Prin liberalizarea circulației drogurilor se are în vedere în mod eronat abolirea legislației care incriminează traficul de droguri pe motive de natură sociologică. Mai grav este că, uneori, se face confuzie între conceptele de legalizare și decriminalizare⁶.

Legalizarea comercializării drogurilor, nu echivalează cu anularea controlului legal al pieței drogurilor și nici cu stabilirea unor măsuri de natură administrativă sau civilă care să înlocuiască sancțiunile penale, cum eronat s-ar putea concluziona. Este adevărat că, așa cum s-a menționat în literatura criminologică, *politicile penale de criminalizare sau decriminalizare reprezintă doar un factor care influențează latura cantitativă a criminalității*⁷.

⁴ Pe larg, împreună cu amplul și substanțialul aparat bibliografic dar și exemplele concludente, a se vedea R. Gassin, *op. cit.*, p. 579-585.

⁵ L. Hulsman, *Un paradigme criminologique abolitionniste*, în *Le fonctionnement de la justice penale*, ed. CNRS, 1979, p. 485-498

⁶ Rădulescu S.M și Dâmboeanu C., *Sociologia consumului și abuzului de droguri*, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 225-230

⁷ Bouzat P. et Pinatel J., *Traite de droit penal et criminologie*, Tome III, Paris Dalloz, 1963, p. 84-85

Legalizarea ar trebui să reprezinte o reglementare legală clară și detaliată cu privire la condițiile de producere, valorificare și consum informat al drogurilor. Mai generic formulat, o lege care să reglementeze metodologia de producere, valorificare și utilizare a unui produs pe o piață anterior nereglementată.

Un prim aspect ce trebuie avut în vedere pentru a evalua oportunitatea legalizării, este relația drogului cu criminalitatea. Studiile⁸ au arătat relația complexă dintre droguri și criminalitate. În plus, studiile mai noi⁹ arată că definirea acestei relații se află într-o situație de criză generată atât de limitele a ceea ce se știe despre acest domeniu dinamic, cât și de o practică ce nu respectă cunoștințele deja acumulate. Nu în ultimul rând trebuie menționată influența generată de o etichetare perversă a consumatorilor.

Într-o modalitate simplificată s-ar putea aprecia că, o viziune a legiitorului orientată spre o politică de legalizare a pieței drogurilor ar rezolva o mare parte a problemelor legate de traficul și consumul substanțelor psihoactive. O confirmare a acestei afirmații ce aparent se apropie mai mult de o axiomă decât de o concluzie științific determinată, se poate face prin evaluarea pe de o parte a efectelor criminalizării excesive, iar pe de altă parte a identificării efectelor negative și potențial pozitive ce ar putea fi generate de o politică de legalizare a drogurilor ușoare. Totodată această comparație ar trebui coroborată cu eventualele schimbări ce s-ar necesita în plan comercial.

O prohibiție orientată spre toleranță zero față de droguri ar putea avea efecte similare cu prohibiția față de alcool instituită în SUA la nivelul anilor 20. Studiile făcute odată cu accentuarea politicii de criminalizare a drogurilor au arătat că această politică *nu a avut ca efect diminuarea consumului sau traficului de droguri*¹⁰.

Efectele negative și aspectele potențial pozitive ale unei politici de legalizare a drogurilor ușoare au fost subliniate de studiile de specialitate¹¹. În studiul citat a fost definit conceptul de drog ușor ca substanță psihoactivă care nu generează adicția sau dependența psihică și nu are ca efect generarea unui comportament de pericol social în rândul consumatorilor. Aici s-a subliniat totodată și distincția între consumul recreativ și consumul distructiv și problematic.

⁸ Brochu S. *Drog & Criminalité. Une relation complexe*, Ed. De Boeck & Larcier, Bruxelles, 1995, p. 10

⁹ Brochu S., *Drogues et criminalité: point de vue critique sur les idées véhiculées* In: *Déviance et société*. 1997 – Vol. 21 – N°3. p. 303-314

¹⁰ Bertrand, Marie-Andrée (1984), «Le contrôle de la drogue au Canada, dix ans après Le Dain», *Le Devoir*, mai și Smart R.G. (1983), *The Forbidden Highs*, Toronto, ARF

¹¹ Beauchesne L., *De la criminalisation à la légalisation des drogues: de Charybde en Scylla ?* » *Criminologie*, vol. 22, n° 1, 1989, p. 67-83

Efectele negative ale prohibiției sunt mai mult sau mai puțin discutabile. Consumatorul de substanțe interzise, târziu identificat, va fi marginalizat. Fără îndoială că prohibiția atrage după sine pierderea controlului asupra prețului și purității drogurilor, ceea ce reprezintă o mare problemă cu efecte cât se poate de negative pentru sănătatea consumatorilor fiind principala cauză a intoxicațiilor. Traficul și consumul de droguri în mediul carceral, este un factor favorizant al corupției în rândul personalului angajat al penitenciarelor, cu precădere în rândul gardienilor și al medicilor.

Astfel, decesele și intoxicațiile, corupția, violența, sunt efecte inutile ale politicilor prohibitive în materia drogurilor. Aceasta nu semnifică totuși o pledoarie pentru legalizarea tuturor drogurilor, ci doar a celor ușoare.

Adepții legalizării susțin că drogurile ușoare, care au o dependență și nocivitate scăzută, sunt produse străine economiei care au fost interzise și, în nici un caz, nu sunt produse mai periculoase decât drogurile legale. În acest context se pune fireasca și aproape retorică întrebarea: *Dacă printre drogurile legale sunt unele mai nocive de cât cele supuse controlului legal, de ce acestea nu sunt interzise ?*

Un al doilea aspect susținut de adepții legalității, decurge din primul și se referă la eronata clasificare a drogurilor după nocivitatea produsului independent de tipul de consum. Multe droguri ușoare devin periculoase ca urmare a utilizării defectuoase contrară sănătății și stilului de viață. De altfel, și un aliment obișnuit consumat în mod defectuos devine nociv sănătății. În acest context în mod pertinent se poate concluziona că, o astfel de clasificare a drogurilor în funcție de nocivitate, fără a se ține seamă de tipul de consum apare subiectivă și inutilă. Plecând de la aceste concluzii putem afirma că toxicomania trebuie interpretată ca un simptom și nu ca o cauză a unui dezechilibru¹².

Legalizarea ar putea avea ca efect diminuarea represiunii excesive a poliției, precum și diminuarea corupției în rândul acestora. Astfel, prin legalizare se poate evita spre exemplu obligarea în mod abuziv la tratament prin mijloace legale a unui consumator ocazional, care astfel ar fi tratat asemeni toxicomanului. Tot prin legalizare ar fi înlăturat caracterul ilegal al substanțelor. După cum arată unele studii¹³, tocmai acest caracter ilegal constituie un factor care duce la creșterea consumului, mai ales în rândul tinerilor.

2.1. Protejarea sănătății publice

Un rolul esențial la elaborarea unei politici legislative optime cu privire la circulația drogurilor îl are Statul. Această politică trebuie să aibă la bază viziunea legiuitorului cu privire la protejarea sănătății publice. Metodologia de

¹² *Idem.*

¹³ JONG (de), W. (1983), «Pour une véritable assistance aux consommateurs», *Déviance et Société*, 111(3), p. 281-286

punere pe piață a drogurilor ar trebui să fie asemeni metodologiei de punere pe piață oricăror altor produse cu risc, cum sunt spre exemplu medicamentele.

Obligația Statului în cazul aprobării unei politici orientate spre legalizarea drogurilor ușoare este acela de a-și menține interesul pentru protejarea sănătății publice în ciuda tentațiilor de natură economică. Astfel, un potențial act normativ care ar reglementa regimul de circulație a drogurilor trebuie să conțină condițiile ce trebuie îndeplinite pentru ca acesta să poate fi pus pe piață.

Un studiu care a urmărit direcția amintită, a subliniat aspectele esențiale ale promovării sănătății publice și condițiile legalizării drogurilor¹⁴. Plecând de la premiza că sănătatea nu înseamnă doar absența bolii, ci și politicile publice care măresc capacitatea cetățenilor de a face alegerile prin care aceștia își pot menține sănătatea și bunăstarea fizică și psihică, ajungem indubitabil la concluzia că sănătatea publică nu poate fi promovată decât prin mecanisme juridic reglementate care să informeze cetățenii. În plus, așa cum se sublinia și în Convenția de la Ottawa din 1986, sănătatea trebuie percepută ca o bunăstare fizică, psihică, dar și socială. Atunci când nu sunt întrunite condițiile unei vieți decente poate exploda consumul și implicit traficul de droguri și criminalitatea asociată acestora.

Pericolul social al traficului și consumului de droguri pentru sănătatea publică, respectiv pentru bunăstarea fizică, psihică și socială a cetățenilor poate fi contracarat printr-o politică de prevenire și control având la bază legalizarea drogurilor ușoare. Această politică s-ar obiectiva atât în informarea detaliată a consumatorilor cu privire la efectele produselor, cât și în reglementarea metodologiei de comercializare a acestora. În acest fel prin legalizare nu trebuie înțeles nici depenalizare, nici decriminalizare și nici abandonarea sancțiunilor penale, ci doar o reglementare fermă a comercializării unor noi produse intrate în circuitul civil: *drogurile ușoare*.

Protecția sănătății publice este o obligație fundamentală ce incumbă statelor civilizate, prin care acestea adoptă politici de o așa manieră încât să asigure cetățenilor posibilitatea de a avea o viață decentă. În speță, neîntrunirea condițiilor unei vieți decente, fie din pricina deficiențelor politicilor întreprinse de stat, fie din pricina ignoranței cetățenilor, conduce la creșterea consumului de droguri și alcool, la explozia traficului de droguri și a infracțiunilor conexe acestuia, într-un cuvânt la creșterea criminalității.

În cazul promovării politicii de sănătate publică se poate înscrie un act normativ care să reglementeze articulațiile intrării în circuitul civil a drogurilor ușoare asemeni oricăror produse medicale. O astfel de politică orientată spre legalizarea comerțului cu drogurile ușoare trebuie să aibă în vedere și metodologia de punere pe piață a acestora.

¹⁴ Beauchesne L., *Une légalisation des drogues inscrite en promotion de la santé: les conditions*, *Criminologie*, vol. 40, n° 1, 2007, p. 13-14.

Cu prioritate trebuie amintit că, drogurile ușoare, trebuie asemănate oricăror altor produse care se comercializează legal precum alcoolul sau tutunul. Trebuie să existe o informare cu privire la consumul abuziv și problematic al produselor care pot genera riscuri pentru sănătate. În acest fel accentul cade pe modul de consum și nu pe calitatea intrinsecă a produsului.

Prevenirea nocivității drogurilor ușoare se poate realiza prin intermediul reglementării modului de producere și a valorificării. Modul de producere trebuie să reglementeze puritatea și calitatea produsului pentru a putea fi pus pe piață. Cu privire la valorificare se pune în discuție taxarea produselor asemeni alcoolului spre exemplu.

Cu privire la taxare se pot reține două aspecte esențiale. În primul rând amintim interesul statului de a obține cât mai mulți bani din taxarea drogurilor. Acest aspect poate pune probleme de ordin economic. Astfel, Statul nu trebuie să încurajeze consumul drogurilor în speranța colectării mai multor taxe. În al doilea rând, taxarea ar trebui instituită spre exemplu gradual în cazul drogurilor ușoare în funcție de efecte, mod de consum și de concentrație. Altfel spus să se impună o taxare în funcție de pericolul pe care-l reprezintă pentru sănătate.

Controlul punerii pe piață a drogurilor ușoare trebuie să asigure cu prioritate informarea consumatorului printr-o etichetare precisă în care să se descrie detaliat efectele, modul de administrare, contraindicațiile și toate detaliile necesare unei bune administrări. Acestea reprezintă cerințe minimale care trebuie regăsite în prospectul oricăror produse.

Informarea trebuie văzută ca metodă de prevenție asupra efectelor negative ale drogurilor și asupra contextului în care se pot consuma astfel de produse, trebuie să înceapă din familie, tinerii fiind cei mai expuși riscului. Interdicția consumului drogurilor ușoare de către minori și în locurile publice ar trebui menținută. În acest fel se pot atinge efectele potențial pozitive ale politicii de informare cu privire la consumul de droguri.

O altă componentă esențială cu privire la punerea pe piață ar fi restricționarea publicității la astfel de produse. Prin publicitate s-ar putea inculca în rândul consumatorilor achiziționarea unui stil de viață nu a unui produs cu anumite particularități și riscuri. Așa s-a întâmplat adesea în publicitatea făcută anumitor băuturi alcoolice făcute de anumite personalități din lumea sportului, actori sau alte categorii de persoane publice. Prin consumul acelei băuturi practic se inculca achiziționarea unui anumit standard și stil de viață cu care fiecare consumator era influențat să se identifice.

Controlul locului de desfacere nu este lipsit de importanță. Fie că este o farmacie sau un coffe shop, acestea trebuie să aibă la dispoziție o procedură expresă de autorizare și de funcționare, precum și cu privire la vânzare a acestor produse.

Concluzii

Studiile privind criminalizarea drogurilor au subliniat că indiferent cât de riguroase au fost actele normative în materia drogurilor și indiferent de cuantumul pedepsei aplicată, acestea nu au dus la scăderea consumului și traficului de droguri

Reducerea efectelor consumului problematic de droguri și a traficului s-ar putea realiza probabil prin politicile menționate privind legalizarea, dar cu mențiunea că acestea trebuie să țină seama de aspectele medicale și economice prezentate.

O politică bună în materie de droguri trebuie să aibă la bază informarea corectă și cât mai completă a consumatorului. *Momentan principalul obstacol în fața unei astfel de politici este dezinformarea populației susținută de prohibiție.*

ACORDUL DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI – INSTRUMENT JURIDIC NECESAR PNETRU SIMPLIFICAREA ACTIVITĂȚII PROCESUAL PENALE

*Ion RISTEA**

Abstract:

The agreement for recognizing the guilt is a new institution of the Romanian legal system and represents an agreement concluded during the criminal prosecution between the prosecutor and the defendant regarding the type of the penalty and the way in which it shall be served, the cause to be resolved in a simplified procedure for the reduction of the duration of the legal proceedings.

This paper emphasizes the reason for introducing such institution in the Romanian criminal legislation, certain imperfections in its regulation; contradictory aspects appeared in practice, certain proposals for "lege ferenda" arising from this.

Keywords: *agreement, prosecutor, defendant, guilt, penalty*

Simplificarea elaborării normelor penale și procesual penale și al aplicării acestora, reprezintă un deziderat important către care tind națiunile lumii și în special statele europene.

În acest sens Comitetul Miniștrilor din Consiliul Europei a adoptat la data de 17.09.1987 (în cadrul celei de-a 410-a reuniuni a delegațiilor miniștrilor), Recomandarea nr. (87) 18 privind simplificarea justiției penale.

Astfel, s-a recomandat guvernelor statelor membre să adopte măsurile necesare pentru aplicarea în legislația proprie a principiului oportunității urmăririi penale, alte măsuri având același scop cu acest principiu, proceduri sumare, tranzacții necontencioase, proceduri simplificate pentru infracțiunile minore, simplificarea procedurii judecătorești ordinare, aspecte privind compunerea și specializarea completelor de judecată.

Această recomandare a fost transpusă în legislația penală română.

Astfel, expunerea de motive care a însoțit proiectul noului Cod penal a vizat, printre alte obiective, și simplificarea reglementărilor de drept substanțial, menită să faciliteze aplicarea lor unitară și cu celeritate în activitatea organelor judiciare¹.

* Cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” din cadrul Academiei Române; conf. univ. dr. la Universitatea din Pitești; procuror la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Pitești; e-mail: risteam_ion@yahoo.com.

¹ Noul Cod penal a fost adoptat prin Legea nr. 286/2009 și publicat în M. Of. nr. 510/24.07.2009.

De asemenea, noul Cod de procedură penală adoptat prin Legea nr. 135/2010 a urmărit printre altele și crearea unui cadru legislativ în care procesul penal să fie mai rapid, mai eficient, mai puțin costisitor, precum și reglementarea adecvată a obligațiilor internaționale asumate de țara noastră privind actele normative din domeniul dreptului procesual penal².

În acest context a apărut în legislația penală română instituții noi cum ar fi cauzele justificative, cauzele de neimputabilitate, renunțarea la aplicarea pedepsei, amânarea amânării pedepsei, iar în domeniul dreptului procesual penal, acordul privind recunoașterea vinovăției, renunțarea la urmărire penală, judecătorul de drepturi și libertăți, camera preliminară, etc.

Dintre toate acestea, obiectul analizei noastre îl reprezintă acordul de recunoaștere a vinovăției – expresia conceptului de justiție negociată și instrument important menit să simplifice procesul penal și totodată să reducă durata acestuia.

1. Această instituție, în mod tradițional aparține sistemelor judiciare de tip acuzatorial, de regulă cele de drept anglo-saxon. Sistemele de drept de tip inchizitorial, în care procurorul și judecătorul au rol activ în administrarea probatorului pentru stabilirea adevărului și care promovează de regulă principiul oficialității au criticat instituția acordului de recunoaștere a vinovăției, principalul argument fiind acela că adevărul nu poate fi negociat.

Însă, instituția a reușit să pătrundă și în sistemele de drept romano-germanic, dar numai însoțită de un sistem de garanții, pentru a se evita ca o persoană să fie declarată vinovată numai în baza unei declarații personale.

În acest sens, legiuitorul român (ca și cel francez) a optat pentru introducerea acestei instituții în legislația procesuală română, dar numai în condițiile existenței probelor de vinovăție.

2. În Codul de procedură penală român, acordul de recunoaștere a vinovăției este reglementat în Titlul IV, Capitolul I, de la art. 478 și până la art. 488, inclusiv.

Desigur că nu vom analiza toate aceste norme, ci vom face referire numai la aspectele contradictorii constatate în doctrină și în practica judiciară.

Potrivit art. 478 C. pr. pen., în cursul urmăririi penale, după punerea în mișcare a acțiunii penale, inculpatul și procurorul pot încheia un acord, ca urmare a recunoașterii vinovăției de către inculpat [alin. (1)].

Efectele acordului de recunoaștere a vinovăției sunt supuse avizului procurorului ierarhic superior [alin. (2)].

² Legea nr. 135/2010 pentru adoptarea noului Cod de procedură penală a fost publicată în M. Of. nr. 486/15.07.2010.

Acordul de recunoaștere a vinovăției poate fi inițiat atât de către procuror, cât și de către inculpat [alin. (3)].

Limitele încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției se stabilesc prin avizul prealabil și scris al procurorului ierarhic superior [alin. (4)].

Dacă acțiunea penală s-a pus în mișcare față de mai mulți inculpați, se poate încheia un acord de recunoaștere a vinovăției distinct cu fiecare dintre aceștia, fără a fi adusă atingere prezumției de nevinovăție a inculpaților pentru care nu s-a încheiat acord [alin. (5)].

Inculpații minori nu pot încheia acorduri de recunoaștere a vinovăției [alin. (6)].

Art. 479 C. pr. pen., prevede că obiectul acordului de recunoaștere a vinovăției îl reprezintă recunoașterea comiterii faptei și acceptarea încadrării juridice pentru care a fost pusă în mișcare acțiunea penală și privește felul și cuantumul pedepsei, precum și forma de executare a acesteia.

Din analiza acestor norme procesual penale, deducem că acordul de recunoaștere a vinovăției reprezintă o înțelegere intervenită în timpul urmăririi penale, mai exact după punerea în mișcare a acțiunii penale, între procuror și inculpat (la inițiativa oricăruia), în anumite limite și cu anumite efecte avizate de procurorul ierarhic superior, prin care inculpatul recunoaște comiterea faptei, acceptă încadrarea juridică, felul și cuantumul pedepsei, precum și forma de executare a acesteia.

3. Analizând textul de la art. 478 C. pr. pen., constatăm în primul rând o imperfecțiune de redactare. Astfel, la alin. (2) se prevede că „efectele acordului de recunoaștere a vinovăției sunt supuse avizului procurorului ierarhic superior”, iar la alin. (4) se prevede că „limitele încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției se stabilesc prin avizul prealabil și scris al procurorului ierarhic superior”. Aceste texte trebuiau inversate în sensul că prevederile de la alin. (4) trebuiau inserate la alin. (2), iar cele din alin. (2) trebuiau menționate la alin. (4), pentru că, în primul rând, se stabilesc limitele și după aceea se analizează efectele.

4. Potrivit art. 478 alin. (6) C. pr. pen., inculpații minori nu pot încheia acorduri de recunoaștere a vinovăției. Apreciem că această prevedere legală este deficitară și propunem îmbunătățirea ei. Astfel, propunem ca acest text de lege [art. 478 alin. (6) C. pr. pen.], să fie redactat în așa fel încât inculpații minori să aibă posibilitatea să încheie acordul de recunoaștere a vinovăției, cu încuviințarea reprezentantului lor legal, în condițiile prevederilor legale din acest capitol, iar dispozițiile referitoare la procedura în cauzele cu infractori minori să se aplice în mod corespunzător.

De asemenea, propunem ca alin. (3) al art. 480 C. pr. pen., abrogat prin Legea nr. 255/2013, să facă referire și la prevederile art. 396 alin. (10)

C. pr. pen., iar acest din urmă text să aibă următorul conținut: „Când judecata s-a desfășurat în condițiile art. 375 alin. (1), (2) și (4), când cererea inculpatului ca judecata să aibă loc în aceste condiții a fost respinsă sau când cercetarea judecătorească a avut loc în condițiile art. 377 alin. (5) ori art. 395 alin. (2), iar instanța reține aceeași situație de fapt ca cea recunoscută de către inculpat, în caz de condamnare sau amânare a aplicării pedepsei, limitele de pedeapsă prevăzute de lege în cazul pedepsei închisorii se reduc cu o treime, iar în cazul pedepsei amenzii, cu o pătrime. *În ceea ce îi privește pe inculpații minori, instanța va avea în vedere aceste aspecte la alegerea măsurii educative; în cazul măsurilor educative privative de libertate, limitele perioadelor pe care se dispun aceste măsuri, prevăzute de lege, se reduc cu o treime*”.

5. O problemă controversată se referă la numărul de avize necesare din partea procurorului ierarhic superior. În practica și doctrina de specialitate au fost exprimate în principal două opinii. Prima dintre acestea susține că procurorul ierarhic superior trebuie să emită un singur aviz prealabil și scris pentru ca acordul de recunoaștere a vinovăției încheiat între procurorul de caz și inculpat să-și producă efectele vizate, acord care va fi înaintat ulterior instanței, pentru a fi supus controlului. Această opinie are la baza premisa că art. 478 alin. (2) C. pr. pen., este un text de principiu, reluat ulterior în alin. (4) din această normă legală.

A doua opinie care este majoritară, susține ideea conform căreia, pentru ca un acord de recunoaștere a vinovăției încheiat între procuror și inculpat să își producă efectele urmărite și să fie admis de instanța de judecată, este necesar ca procurorul ierarhic superior să emită două avize, unul anterior și altul ulterior încheierii propriu-zise a acordului. În soluționarea acestei divergențe de opinie, trebuie avute în vedere principiile de drept conform cărora dispozițiile legii procesual penale sunt de strictă interpretare.

Așadar, atâta timp cât din dispozițiile art. 478 alin. (4) C. pr. pen., rezultă că limitele încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției se stabilesc prin avizul prealabil și scris al procurorului ierarhic superior, iar, potrivit alin. (2), efectele acordului de recunoaștere a vinovăției sunt supuse avizului aceluiași organ ierarhic superior, rezultă că intenția legiuitorului român a fost aceea a existenței unei duble verificări din partea procurorului ierarhic superior în parcurgerea acestei proceduri speciale. Această dispută de interpretare ar trebui totuși soluționată prin intervenția legiuitorului în acest sens.

Cu privire la sancțiunea ce intervine în cazul lipsei unuia sau ambelor avize ale procurorului ierarhic superior, din interpretarea dispozițiilor art. 485 alin. (1) lit. a) și b) C. pr. pen., rezultă că instanța nu poate respinge acordul decât dacă constată că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 480 – 482 C. pr. pen., nu și a celor menționate în art. 478 din același cod. Prin urmare, instanța sesizată cu judecarea acordului de recunoaștere a vinovăției nu poate

constata nelegala sa sesizare, atât timp cât nu sunt aplicabile dispozițiile ce reglementează procedura desfășurată în camera preliminară și nici nu poate respinge acordul întrucât existența formalităților menționate mai sus exced limitele analizei ce se poartă în fața sa, în această procedură specială. Nimic nu împiedică însă procurorul ierarhic superior să infirme acest act, în cazul în care face aplicarea art. 394 C. pr. pen., respectiv atunci când consideră motivat că acordul încheiat cu inculpatul nu este dat cu respectarea dispozițiilor legale sau este neîntemeiat. De asemenea, se poate invoca sancțiunea nulității relative în condițiile art. 282 C. pr. pen.

6. În activitatea practică s-a pus și problema consecințelor încheierii unui acord de recunoaștere a vinovăției asupra principiului prezumției de nevinovăție și asupra probatoriului administrat, atunci când infracțiunea ce face obiectul cercetărilor a fost săvârșită în forma participației penale. Mai mult decât atât, se pune problema stabilirii în ce măsură declarația expresă a inculpatului ce intră în structura acordului încheiat cu procurorul, conform art. 482 lit. g) C. pr. pen., prin care cel dintâi recunoaște comiterea faptei și acceptă încadrarea juridică pentru care a fost pusă în mișcare acțiunea penală, poate fi folosită ca mijloc de probă împotriva celorlalți participanți la săvârșirea infracțiunii.

Răspunsul la aceste nelămuriri se găsește în dispozițiile art. 478 C. pr. pen., conform căruia dacă acțiunea penală s-a pus în mișcare față de mai mulți inculpați, se poate încheia un acord de recunoaștere a vinovăției distinct cu fiecare dintre aceștia, fără a fi adusă atingere prezumției de nevinovăție recunoscută de lege în favoarea celorlalți participanți.

Mai mult decât atât, chiar dacă legiuitorul folosește în conținutul normei menționate în paragraful precedent sintagma de „declarație expresă a inculpatului prin care recunoaște comiterea faptei” aceasta nu poate fi folosită împotriva celorlalți întrucât nu constituie un mijloc de probă reglementat de legea procesual penală. Mijloacele de probă ce pot fi folosite, din punct de vedere probatoriu, în cursul procesului penal, sunt cele reglementate expres și limitativ de art. 97 alin. (2) C. pr. pen. În dispoziția amintită se arată că elementele de fapt aduse la cunoștința organelor judiciare de inculpat, constituie probă ce poate fi obținută prin mijlocul probatoriu al unei declarații de inculpat, în condițiile art. 107 – 110 din același act normativ.

În concluzie, din corelarea celor două prevederi legale, rezultă că declarația expresă a inculpatului prevăzută în structura acordului de recunoaștere a vinovăției nu constituie un mijloc de probă și poate fi folosit la stabilirea situației de fapt.

7. O altă problemă pe care procurorul o întâmpină cu ocazia aplicării acestei proceduri speciale, este reprezentată de oportunitatea încheierii unui

acord de recunoaștere a vinovăției cu inculpatul, procedură care, ca urmare a modificărilor legislative efectuate prin Legea nr. 255/2013, este în defavoarea acestuia, sub aspectul limitelor de pedeapsă între care se poartă individualizarea. Astfel, conform actualei reglementări, în cazul în care inculpatul nu ar încheia cu procurorul, în cursul urmăririi penale, un acord de recunoaștere a vinovăției, iar în instanță, în cursul judecății, ar recunoaște în totalitate faptele reținute în sarcina sa și ar solicita, în temeiul art. 375 C. pr. pen., ca judecata să aibă loc în condițiile art. 374 alin. (4), respectiv numai în baza probelor administrate în cursul urmăririi penale și a înscrisurilor prezentate de părți, ar beneficia de o reducere a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege, respectiv cu o treime în cazul pedepsei închisorii și o pătrime în cazul pedepsei amenzii. Prin urmare, inculpatul are posibilitatea, cel puțin teoretic, de a-i fi aplicată o pedeapsă sub limita specială prevăzută de lege în partea specială a Codului penal pentru infracțiunea săvârșită.

În cursul urmăririi penale însă, chiar și în cazul încheierii unui acord de recunoaștere, reducerea limitelor de pedeapsă prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită nu este posibilă, negocierea purtându-se între limitele prevăzute în partea specială a Codului penal. Într-o formă anterioară de reglementare a instituției acordului de recunoaștere a vinovăției, respectiv anterior adoptării Legea nr. 255/2013, se prevedea expres, în art. 480 alin. (3) C. pr. pen. că inculpatul beneficiază, în caz de recunoaștere, de o reducere cu o treime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege în cadrul pedepsei închisorii și de o reducere cu o pătrime a limitelor de pedeapsă în cazul amenzii. În acest sens, în forma anterioară modificării menționate, art. 485 alin. (1) lit. a) C. pr. pen. prevedea expres că instanța în urma admiterii acordului încheiat, va dispune condamnarea inculpatului la o pedeapsă ale cărei limite au fost reduse conform art. 480 alin. (3). Prin urmare, având în vedere că aceste dispoziții au fost abrogate prin Legea nr. 255/2013, apelând la un raționament de interpretare teleologică a prevederilor legale, rezultă că actualmente, nu este posibilă o asemenea reducere a limitelor de pedeapsă nici chiar de instanța sesizată, intenția legiuitorului român fiind în acest sens. Acest punct de vedere este susținut și de interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 108 alin. (4) C. pr. pen., care reglementează aducerea la cunoștință a drepturilor procesual penale dobândite de inculpat ulterior punerii în mișcare a acțiunii penale. Conform normei arătate, organul judiciar trebuie să aducă la cunoștință inculpatului posibilitatea încheierii, în cursul urmăririi penale, a unui acord, ca urmare a recunoașterii vinovăției, iar în cursul judecății, posibilitatea de a beneficia de reducerea pedepsei prevăzute de lege, ca urmare a recunoașterii învinuirii³.

³ M. Udriou, Procedură penală. Partea specială, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 409.

Prin urmare, dacă legiuitorul amintește de posibilitatea reducerii cu o treime a limitelor de pedeapsă doar ca urmare a recunoașterii învinuirii în cursul judecății, putem susține, în mod temeinic, că acest beneficiu nu este recunoscut inculpatului în aplicarea procedurii speciale ce formează obiectul prezentei analize. Singurele argumente determinante pentru inculpat sunt reprezentate de scurtarea prezenței sale în fața organelor judiciare și a duratei procesului penal, precum și previzibilitatea pedepsei ce urmează a fi aplicată în cazul parcurgerii acestei proceduri speciale.

8. Un aspect important îl reprezintă întinderea negocierii dintre procuror și inculpat care trebuie să respecte principiul legalității aplicării pedepsei și al individualizării acesteia.

În această procedură specială, ca și în cazul procedurii de judecată de drept comun, trebuie respectate aceste principii. Negocierea nu trebuie în nici un caz purtată în afara legii și trebuie să fie dirijată în limitele arătate în art. 74 alin. (1) C. pen. Astfel, la stabilirea pedepsei ce urmează a fi aplicată inculpatului, în cazul întrunirii acordului, trebuie să se țină cont de criteriile generale de individualizare menționate în articolul de mai sus, respectiv de gravitatea infracțiunii săvârșite și de pericolozitatea infractorului, de împrejurările și modul de comitere 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 infractorului, conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal și, nu în ultimă instanță, de nivelul de educație, vârstă, starea de sănătate, situația familială și socială a autorului.

Prin urmare, întrucât procurorul în sistemul nostru de drept este considerat magistrat, nu numai că își supune întreaga activitate principiului legalității, dar trebuie să vegheze la respectarea acestuia și la realizarea intereselor generale ale societății. 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 ce privește dreptul inculpatului de a accede la o astfel de procedură simplificată, care de altfel nu are nici o altă finalitate decât înlăturarea presiunii psihice, scurtarea perioadei de incertitudine și soluționarea în termen rezonabil a procesului penal.

9. O altă problemă ivită în practică este aceea a procedurii de urmat în cazul în care inculpatul solicită încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției, iar procurorul nu este de acord cu acesta. În acest caz solicitarea inculpatului se va materializa într-o cerere formulată în scris de către inculpat ori consemnată într-un proces-verbal de către organul de urmărire penală, cerere pe care

procurorul o va respinge prin ordonanță, având în vedere dispozițiile art. 186 alin. (1) și lipsa vreunei norme speciale contrare.

Împotriva ordonanței se poate formula plângere în condițiile art. 336 C. pr. pen. La soluționarea acestei plângeri, procurorul ierarhic superior celui de caz va avea în vedere că, potrivit art. 478 C. pr. pen., singurul titular al acordului, din perspectiva organului de urmărire penală, este procurorul de caz. Prin urmare, cenzurând ordonanța prin care procurorul respinge cererea de încheiere a acordului, conducătorul parchetului este îndreptățit să se raporteze numai la legalitatea motivelor pe care se întemeiază respingerea, fără a putea cenzura aspecte de oportunitate ale încheierii acordului.

10. În practica parchetelor din cadrul Ministerului Public au fost stabilite următoarele etape în desfășurarea acestei proceduri speciale. După exprimarea intenției de către unul dintre cei doi subiecți arătați în art. 478 alin. (3) C. pr. pen., în sensul desfășurării procedurii încheierii unui acord de recunoaștere a vinovăției, procurorul de caz întocmește un referat în care propune procurorului ierarhic superior încheierea convenției penale și în care arată felul pedepsei ce urmează a fi aplicată inculpatului, limitele între care intenționează să poarte negocierea, precum și forma de executare a acesteia ori soluția de renunțare la aplicarea pedepsei sau de amânare a aplicării pedepsei.

Procurorul ierarhic superior emite în acest sens, în prealabil și în scris, un aviz în care arată în mod expres, limitele între care se vor purta discuții cu inculpatul în vederea încheierii acordului, și anume limitele de pedeapsă, forma de executare a pedepsei asupra căreia se va ajunge la un consens, ori, după caz, posibilitatea renunțării la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei. În doctrina de specialitate este vehiculată și opinia conform căreia procurorul ierarhic superior arată în mod expres felul, cuantumul și forma de executare a pedepsei prin acest aviz prealabil și care va fi propusă inculpatului, fapt ce restrânge orice idee de negociere ce poate fi purtată de procurorul de caz și acesta din urmă. Cu toate acestea, opinia arătată mai sus nu poate fi primită atât timp cât, în art. 478 alin. (4) C. pr. pen., legiuitorul folosește sintagma „limitele încheierii acordului” pentru a reglementa conținutul acordului prealabil, iar în art. 482 lit. h) teza finală care reglementează conținutul acordului, conține formularea „cu privire la care s-a ajuns la un acord între procuror și inculpat”, ceea ce duce la concluzia purtării unei „negocieri” între aceste două părți implicate anterior parafării înțelegerii. Ulterior emiterii avizului prealabil de către procurorul ierarhic superior, se poartă o discuție între procurorul de caz și inculpat, care va fi asistat obligatoriu de către un apărător, ales sau desemnat din oficiu, în cadrul căreia se urmărește întrunirea unui consens având ca obiect recunoașterea comiterii faptei și acceptării încadrării juridice pentru care a fost pusă în mișcare acțiunea penală, precum și asupra unei pedepse într-un cuantum precis, în limitele avizului asupra formei de executare sau asupra

oricărei alte soluții cu privire la pedeapsă. Dacă în urma acestei negocieri se ajunge la un consens între cele două părți implicate, procurorul de caz va întocmi acordul de recunoaștere a vinovăției în formă scrisă, în conținutul căruia se vor regăsi elementele prevăzute expres de dispozițiile art. 482 C. pr. pen. În caz contrar, procurorul de caz întocmește un proces-verbal în care menționează rezultatul negocierilor⁴.

11. Ulterior încheierii acordului de recunoaștere și semnării acestuia de către procurorul de caz, inculpat și de către apărătorul acestuia, actul va fi înaintat procurorului ierarhic superior care va aviza efectele sale și care-l va înainta instanței de judecată, pentru a fi verificat. În fața instanței de judecată sesizate cu verificarea îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege pentru încheierea acordului de recunoaștere a vinovăției, rolul procurorului este unul pur formal. Concluzia se desprinde din prevederile art. 484 alin. (2) C. pr. pen., conform căroră instanța se va pronunța asupra acordului de recunoaștere a vinovăției, în urma unei proceduri necontradictorii, în ședință publică, după ascultarea procurorului, a inculpatului și avocatului acestuia, precum și a părții civile, dacă este prezentă.

Prin urmare, în această procedură specială, desfășurată în fața instanței, nu se vor dezbate aspecte legate de faptă, vinovăție și încadrarea juridică, nefiind o procedură contradictorie, dar este obligatorie prezența și ascultarea procurorului, inculpatului și avocatului acestuia, ascultare care nu constituie o audiere propriu-zisă și care se va purta, în principal, asupra discuțiilor de admisibilitate a acordului și în secundar asupra pedepsei și modalității de executare.

⁴ În practica Parchetului de pe lângă Curtea de Apel Pitești au fost încheiate acorduri de recunoaștere a vinovăției cu privire la săvârșirea infracțiunii prev. de art. 336 alin. (1) C. pen. în următoarele limite: pedepse principale constând în închisoare între 8 luni și 2 ani în condițiile art. 91 C. pen., cu termene de supraveghere între 2 și 3 ani și cu respectarea unor măsuri de supraveghere prev. de art. 92 alin. (1) C. pen.; pedeapsa complementară prev. de art. 66 alin. (1) lit. i) C. pen. privind interzicerea pe perioade de 2-3 ani a dreptului de a conduce orice vehicul pe drumurile publice.

ACORDUL DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI – PROCEDURĂ SIMPLICATĂ DE SOLUȚIONARE A DOSARELOR PENALE – PROBLEME APĂRUTE ÎN PRACTICĂ

Gabriela-Nicoleta CHIHAI*

Abstract:

"Plea agreement" is a special procedure that consist of two stages: the first involves the manifestation of the defendant and the prosecutor, who must intervene in the prosecution stage (before going to trial), during which an agreement is reached between these two. This agreement is an actual contract established by criminal law and it can stipulate the amount and manner of execution of a sentence. The second stage takes place before the court, without drawing up an indictment and without the preliminary chamber hearing, the court having the duty to verify whether the agreement meets the conditions of legality and if the proposed solution is too lenient, and it can admit the agreement and give a conviction, but without being able to create a more worse situation than that from the agreement. The judge can otherwise reject the agreement and refer the case to continue prosecution and go to trial.

The plea agreement was conceived as an innovative legislative solution to ensure the resolution of cases within optimal and predictable times, and at the same time as being a remedy for removing a major fault with the Romanian judicial system, namely the long duration of the proceedings. The plea agreement has already raised, in its first year of implementation, many problems in the practice of both prosecutors and the courts.

This study wants mainly to present some of these issues, especially those that led courts to reject plea agreements, and secondly, to provide solutions that derive from the current regulation, but also time to identify possible inconsistencies that have to be covered by law propositions.

Keywords: *agreement, guilty plea, indicted, punishment, minor*

Considerații generale despre acordul de recunoaștere a vinovăției

Potrivit Expunerii de motive a Codului de procedură penală¹, introducerea acordului de recunoaștere a vinovăției reprezintă o schimbare radicală a procesului penal român, ce are drept scop, pe de o parte reducerea duratei de

* Doctorand în cadrul Școlii Doctorale a Universității „Nicolae Titulescu” din București; judecător, Judecătoria Galați, Secția penală.

¹ Legea nr. 135/2010, intrată în vigoare la data de 01.02.2014.

judicare a cauzei, iar pe de altă parte, simplificarea activității din cadrul urmăririi penale. Unul dintre cele mai des întâlnite argumente în favoarea acestei proceduri, se arată, este acela al avantajului economic care, într-o măsură sau alta, favorizează aproape toate părțile unui proces, dar mai ales statul, care are astfel posibilitatea de a economisi resurse bănești și umane esențiale.

Instituția Acordului de recunoaștere a vinovăției este de inspirația europeană, mai multe țări, Germania, Franța, Belgia, Grecia, cuprinzând în legislațiile lor proceduri care sunt similare sau asemănătoare cu aceasta, legiuitorul român luând ca model sistemele de drept francez și german, dar adaptând reglementarea la sistemul judiciar penal român, astfel încât acordul este supus confirmării de către instanță.

Acordul de recunoaștere a vinovăției este reglementat în art. 478-488, constituind capitolul I al Titlului IV, intitulat "Proceduri speciale". Prin această instituție, s-au introdus astfel în legislația procesual penală românească elementele clasice ale justiției negociate.

Practic, inculpatul are posibilitatea de a negocia cu procurorul condițiile acordului, acceptând să fie condamnat fără desfășurarea unui proces în fața unei instanțe de judecată și fără să beneficieze de drepturile care această judecată i le-ar fi conferit².

Soluționarea cauzelor penale pe baza acordului de recunoaștere a vinovăției, la fel ca și judecata efectuată pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală, prevăzută de art. 375 C. pr. pen., este o formă abreviată a judecării pentru anumite infracțiuni, de natură a responsabiliza părțile din proces și a degreva instanțele de judecată.

Titularii acordului de recunoaștere a vinovăției

Persoanele care au calitatea procesuală de a încheia un acord de recunoaștere a vinovăției sunt procurorul, care supraveghează sau efectuează urmărirea penală, și inculpatul persoană fizică majoră sau inculpata persoană juridică, oricare dintre titulari având dreptul de a iniția încheierea acordului.

Este obligatoriu ca în cauză să fie pusă în mișcare acțiunea penală, din interpretarea art. 478 alin. (1) C. pr. pen., rezultând că suspectul nu poate încheia un acord de recunoaștere a vinovăției. Aceasta, întrucât este necesar ca dosarul penal să parcurgă etapele strângerii probele cu privire la faptă, la persoana care a săvârșit-o și la vinovăția acesteia, deoarece în sistemul nostru de drept acordul este supus confirmării de către instanță, care verifică nu doar existența consimțământului, ci și adevărul judiciar stabilit³.

² C. Voicu, A. S. Uzlău, G. Tudor, V. Văduva, *Noul Cod de procedură penală. Ghid de aplicare pentru practicieni*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 569.

³ C. Voicu, A. S. Uzlău, G. Tudor, V. Văduva, *Noul Cod de procedură penală. Ghid de aplicare pentru practicieni*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 569.

Suntem de acord cu această interpretare, întrucât punerea în mișcare a acțiunii penale față de inculpat este de natură de a asigura o garanție privind existența unor probe din care rezultă existența faptei, vinovăție inculpatului în comiterea ei, în lipsa căroră nu se poate dispune condamnarea unui inculpat, chiar dacă acesta dorește să încheie un acord de recunoaștere a vinovăției.

Potrivit art. 478 alin. (6) C. pr. pen., inculpatul minor nu poate încheia un acord de recunoaștere a vinovăției, chiar în situația în care reprezentantul său legal și-ar da avizul în acest sens. În doctrină, s-a arătat că legiuitorul a ales excluderea inculpaților minori dintre titularii acordului de recunoaștere a vinovăției întrucât se prezumă absolut că minorii nu au capacitatea de a renunța în cunoștință de cauză la drepturile prevăzute de lege, respectiv la garanțiile privind dreptul la un proces echitabil. Se au în vedere atât inculpații minori, cât și cei care au săvârșit infracțiunea în timpul minorității, iar în momentul în care sunt judecați au devenit majori⁴.

Deși corectă interpretarea prezentată, suntem de părere că și inculpații care au săvârșit infracțiuni în minoritate ar trebui să aibă dreptul de a încheia un acord de recunoaștere a vinovăției, însă acesta ar trebui avizat și de reprezentantul legal al minorului, dacă acesta nu a împlinit vârsta de 18 ani. În situația în care inculpatul a devenit major pe parcursul procesului penal, cu atât mai mult acesta are capacitatea deplină de exercițiu, în virtutea căreia poate renunța, în deplină cunoștință de cauză, la garanțiile dreptului la un proces echitabil, conferite de desfășurarea cauzei sale în fața instanței de judecată. În acest mod, nu ar fi încălcate drepturile inculpaților care au comis fapte în stare de minoritate, oferindu-se acestora aceleași drepturi ca și inculpaților majori.

Persoana vătămată și partea civilă nu au nici un rol în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției. Încheierea acestuia însă împiedică exercitarea acțiunii civile în fața instanței, în lipsa încheierii unei tranzacții sau a unui acord de mediere. Astfel, persoana vătămată va fi nevoită să se adreseze instanței civile în vederea recuperării pagubei cauzate ca urmare a infracțiunii. De altfel, persoana vătămată nu este citată și nici ascultată (așa cum este inculpatul) de către instanță în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției.

Codul de procedură penală prevede posibilitatea ca într-un dosar cu mai mulți inculpați, să se încheie acorduri de recunoaștere a vinovăției doar cu unul sau o parte dintre aceștia, situație în care pentru ceilalți inculpați procesul penal va continua în forma lui tipică, respectiv prin emiterea rechizitoriului, derularea procedurii de cameră preliminară și a cercetării judecătorești în fața instanței. Acești inculpați beneficiază de prezumția de nevinovăție pentru faptele pentru care sunt trimiși în judecată, inculpatul/inculpații care au încheiat acorduri de recunoaștere a vinovăției urmând a fi audiați în calitate de martori în procesul

⁴ C. Ghigheci, în N. Volonciu coord., *Noul Cod de procedură penală*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 1196.

primilor, fără însă a putea ca prin declarațiile date să-și creeze o situația mai grea, posibilă atunci când instanța respinge acordul lor de recunoaștere a vinovăției și ajung și ei în faza de cercetare judecătorească cu propria cauză. Aceasta întrucât, potrivit art. 118 C. pr. pen., martorii au dreptul de a nu se autoincrimina.

În legătură cu această situație, în practică se poate pune problema unei incompatibilități a judecătorului care a soluționat acordul de recunoaștere a vinovăției pentru unul/unii dintre inculpați, iar apoi, este investit cu soluționarea pe fond a cauzei cu privire la ceilalți inculpați, în urma desfășurării cercetării judecătorești. Situația este asemănătoare cu cea privind procedura abreviată a recunoașterii vinovăției, prevăzută de art. 374 alin. (4), în referire la art. 375 C. pr. pen., atunci când doar unul/unii dintre inculpați doresc să accepte această procedură, în timp ce ceilalți contestă probele administrate în faza de urmărire penală și solicită efectuarea cercetării judecătorești. Dacă în acest caz, Codul de procedură penală prevede posibilitatea ca instanța să respingă cererea și să efectueze cercetarea judecătorească, iar în situația în care reține aceeași situație de fapt ca cea reținută în actul de sesizare și recunoscută de inculpat să facă aplicarea dispozițiilor art. 396 alin. (10) C. pr. pen., cu privire la situația încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției numai de unii dintre inculpați, legiuitorul nu instituie nicio reglementare.

Apreciem că într-o asemenea situație, de plano, judecătorul care admite un acord de recunoaștere a vinovăției nu este incompatibil să soluționeze ulterior cauza cu privire la inculpații pentru care s-a întocmit rechizitoriu și s-a sesizat instanța de judecată, Codul de procedură penală neprevăzând acest caz de incompatibilitate. Cu toate acestea, în situația în care soluționând acordul de recunoaștere a vinovăției, judecătorul face aprecieri și reține contribuția la săvârșirea unei/unor infracțiuni a și inculpaților care nu au încheiat un astfel de acord, acesta devine incompatibil să-i judece ulterior pe aceștia, ca urmare a trimiterii lor în judecată, întrucât, pronunțându-se pe starea de fapt, și motivându-și hotărârea și pe participația acestora, și-a spus părerea cu privire la vinovăția lor, astfel încât există o suspiciune rezonabilă că imparțialitatea sa este afectată [cazul de incompatibilitate prevăzut de art. 64 alin. (1) lit. f) C. pr. pen.].

Obiectul acordului de recunoaștere a vinovăției

Potrivit Codului de procedură penală, acordul de recunoaștere a vinovăției are ca obiect recunoașterea comiterii faptei, acceptarea încadrării juridice pentru care a fost pusă în mișcare acțiunea penală și privește felul și cuantumul pedepsei, precum și forma de executare a acesteia.

S-a arătat în doctrină că obiectul negocierii între procuror și inculpat nu poate să o constituie încadrarea juridică a faptei, ci doar fapta în materialitatea sa. În momentul în care își dă acordul, inculpatul trebuie să accepte atât

încadrarea juridică a acesteia, atât în ceea ce privește norma juridică de incriminare, cât și existența vreunei stări de agravare sau atenuare, a unor circumstanțe agravante legale sau atenuante, dacă acestea au fost reținute de procuror în ordonanță.

Una dintre problemele întâlnite în jurisprudență, în primele luni de la intrarea în vigoare a Codului de procedură penală, a constituit-o reținerea sau nu de către procuror a unor circumstanțe atenuante, care ar duce la reducerea minimului special al pedepsei și aplicarea unei astfel de pedepse inculpatului.

S-a apreciat că în doctrină⁵ că procurorul poate reține în cuprinsul acordului de recunoaștere a vinovăției circumstanțe atenuante legale, prevăzute de art. 75 alin. (1) C. pen. (provocarea, depășirea limitelor legitimei apărări sau depășirea limitelor stării de necesitate), sau circumstanțe atenuante judiciare, prevăzute de art. 75 alin. (2) C. pen., dar aceasta nu ar conduce la stabilirea unei pedepse în limitele reduse cu o treime potrivit art. 76 alin. (1) C. pen. Autorul consideră că, într-o astfel de situație, procurorul trebuie să încheie un acord de vinovăție cu inculpatul, stabilind o pedeapsă situată în limitele legale nereduse, iar în situația în care instanța de judecată apreciază că reținerea circumstanțelor atenuante judiciare este justificată față de probatoriul din cauză, va da efect dispozițiilor art. 76 alin. (1) C. pen., stabilind o pedeapsă mai mică decât cea agreeată în acord. Nu se menționează de către reputatul doctrinar ce se întâmplă în cazul circumstanțelor judiciare legale.

Consider că această interpretare nu vine să răspundă scopului reglementării acordului de recunoaștere a vinovăției. Într-o astfel de situație, ca cea prezentată, inculpatul numai are interes să încheie un acord cu procurorul, care nu poate stabili o pedeapsă situată sub minimul special prevăzut de lege pentru infracțiunea săvârșită, atât timp cât, continuând procesul penal, în etapa cercetării judecătorești instanța este obligată să reducă minimul special cu o treime.

Nu se explică în opinia prezentată nici cum procurorul, odată constatând că există o circumstanță atenuantă, fie ea legală sau judiciară, nu face aplicarea dispozițiilor art. 76 alin. (1) C. pen., potrivit cărora reducerea cu o treime a limitelor speciale ale pedepsei este obligatorie, spre deosebire de dispozițiile art. 76 C. pen. (1969), unde această reducere era facultativă, nu reduce aceste limite. În situația în care procurorul apreciază că poate stabili o pedeapsă situată între minimul special și minimul special redus cu o treime, pedeapsă pentru care prim-procurorul își dă avizul, instanța ar trebui să respingă un astfel de acord.

⁵ M. Udrouiu, *Procedură penală. Partea specială. Noul Cod de procedură penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 410, apud G. Bodoroncea, *Acordul de recunoaștere a vinovăției*, în *Analele Universității București, Seria Drept, Supliment 2014*, p. 328.

Apreciez că răspunsul este unul negativ, întrucât instanța este datoră să verifice legalitatea acordului, implicit și a pedepsei stabilite, or, în această situație, pedeapsa agreată de procuror și inculpat este în limite legale, prin reținerea circumstanțelor atenuante. Prin procedarea în acest mod, procurorul nu realizează el însuși o adevărată operațiune de individualizare a sancțiunii, astfel încât nu încalcă principiul separației funcțiilor judiciare, ci doar întocmește o propunere pe care o înaintează instanței de judecată, aceasta fiind cea care în final, potrivit art. 483-487 C. pr. pen., va stabili pedeapsa în urma evaluării tuturor criteriilor de individualizare (putând să aplice chiar un alt tratament sancționator, fără să creeze însă pentru inculpat o situație mai grea decât cea stabilită prin acordul încheiat între procuror și inculpat).

Aceasta și întrucât, potrivit art. 485 alin. (1) lit. b) C. pr. pen., instanța va respinge acordul de recunoaștere a vinovăției doar în situația în care soluția cu privire la care s-a ajuns este nejustificat de blândă.

Pe aceeași linie s-a înscris și problema reținerii dispozițiilor art. 396 alin. (10) C. pr. pen., respectiv reducerea cu o treime a limitelor pedepsei închisorii și cu o pătrime a limitelor pedepsei amenzii, aplicabilă în situația soluționării cauzei de către instanța de judecată în procedura abreviată a recunoașterii vinovăției, prevăzută de art. 375, în referire la art. 374 alin. (4) C. pr. pen.

Într-o opinie⁶ s-a arătat că procurorul, în faza de urmărire penală în procedura acordului de vinovăție nu poate reține în încadrarea juridică dispozițiile art. 396 alin. (10) C. pr. pen., întrucât numai judecătorul este cel care are căderea legală de a aplica o pedeapsă între limitele prevăzute de lege, iar dacă ar proceda în acest mod, procurorul s-ar comporta ca un veritabil judecător, or, în procesul penal român funcțiile judiciare sunt clar stabilite și delimitate. S-a mai precizat că a permite procurorului, ca în cadrul procedurii acordului de vinovăție să rețină în încadrarea juridică dată faptei și dispozițiile art. 396 alin. (10) C. pr. pen., cu consecințe directe asupra limitelor de pedeapsă aplicabile, înseamnă a extinde voința legiuitorului dincolo de scopul ei, permițând includerea în categoria infracțiunilor pentru care se poate aplica procedura acordului de vinovăție, a infracțiunilor cu un grad de pericol mediu, dar care prin reducerea cu 1/3 a limitelor de pedeapsă [aplicarea art. 396 alin. (10) C. pr. pen.] se situează la limita de 7 ani închisoare prevăzută de art. 480 alin. (1) C. pr. pen. Un alt argument a constat în interpretarea teleologică a textului, reținându-se că art. 480 C. pr. pen., adoptat prin Legea nr. 135/01.07.2010, modificată prin Legea nr. 63/2012, includea și alin. (3), potrivit căruia „inculpatul beneficiază de reducerea cu o treime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege în cazul pedepsei închisorii și de reducerea cu o

⁶ Înch. din 8 septembrie 2014, pronunțată în dosarul nr. 10204/233/2014 al C. Ap. Galați, prin care s-a sesizat ÎCCJ, S. pen., Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, pentru a pronunța o hotărâre prealabilă în vederea dezlegării de principiu a problemei de drept.

pătrime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege în cazul pedepsei amenzii”. Acest alineat a fost însă abrogat începând cu 30.12.2013 (anterior intrării în vigoare a Codului de procedură penală) prin O.U.G. nr. 116/2013 și Legea nr. 255/2013, astfel încât rezultă în mod clar voința legiuitorului, în sensul că în procedura acordului de vinovăție, inculpatul să nu poată beneficia și de prevederile art. 396 alin. (10) C. pr. pen.

În cea de-a doua opinie, s-a arătat că a permite procurorului, ca în procedura de recunoaștere a acordului de vinovăție, să facă aplicarea prevederilor art. 396 alin. (10) C. pr. pen. ar conduce la o lărgire a categoriilor infracțiunilor pentru care se poate face aplicarea procedurii acordului de vinovăție încă din faza de urmărire penală, o accelerare a procedurilor și o degrevare a instanțelor, având în vedere și că, potrivit art. 484 alin. (2) C. pr. pen., procedura în fața instanțelor este necontradictorie. Pornind de la principiul echitabilității procedurilor, s-a mai susținut că, ar fi injust ca procurorul, în procedura acordului de vinovăție să nu poată face aplicarea art. 396 alin. (10) C. pr. pen., deoarece în această situație inculpatul ar renunța la procedura acordului de vinovăție și ar solicita trimiterea în judecată, iar în fața instanței de judecată ar solicita aplicarea prevederilor art. 396 alin. (10) C. pr. pen., ceea ce ar atrage un timp mai îndelungat al procedurilor și cheltuieli judiciare suplimentare.

Prima opinie a fost împărtășită și de magistrații Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală care, prin **decizia nr. 25 din 17 noiembrie 2014, pronunțată în dosarul nr. 27/1/2014/HP/P**, a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel Galați – Secția penală și pentru cauze cu minori în dosarul nr. 10204/233/2014 și a stabilit că, în aplicarea dispozițiilor art. 480-485 C. pr. pen., *procurorul nu poate, în faza de urmărire penală, în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției, să rețină dispozițiile art. 396 alin. (10) C. pr. pen., cu consecințe directe asupra reducerii limitelor de pedeapsă prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită.*

Raportat la aceste aspect, apreciez că, deși în actuala reglementare, prin voința legiuitorului, nu este posibilă reducerea limitelor de pedeapsă nici cu ocazia încheierii acordului între procuror și inculpat, și nici cu ocazia verificării acordului de către instanța de judecată, de lege ferenda se impune acordarea posibilității ca în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției, cu ocazia alegerii pedepsei care va fi propusă instanței, procurorul să aibă posibilitatea reținerii dispozițiilor art. 396 alin. (10) C. pr. pen., cu consecință reducerii cu o treime a limitelor pedepsei închisorii și cu o pătrime a limitelor pedepsei amenzii, urmând a stabili sancțiunea între limitele astfel reduse.

Limitele astfel reduse, nu vor putea însă determina mărirea sferei infracțiunilor pentru care se poate încheia un acord de recunoaștere a vinovăției, întrucât maximul special avut în vedere, și care nu trebuie să depășească 7 ani, este cel prevăzut de textul legal, fără reducerea ca urmare a

aplicării dispozițiilor art. 396 alin. (10) C. pr. pen. Aceasta întrucât, prin "pedeapsă stabilită de lege" potrivit art. 187 C. pen. se înțelege "pedeapsa prevăzută de textul de lege care incriminează fapta săvârșită în formă consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei". În acest fel, s-ar păstra aplicabilitatea procedurii special a cordului de recunoaștere a vinovăției doar pentru infracțiunile cu un grad de pericol social redus.

De altfel, aceasta este și opinia majoritară întâlnită în rândul magistraților, dar și a doctinarilor, și care rezultă inclusiv din motivarea deciziei ÎCCJ prezentate, ce a determinat propunerea de modificare a textelor legale privind acordul de recunoaștere a vinovăției, existentă la acest moment pe rolul Consiliului Superior al Magistraturii, pentru avizare. Astfel, *se propune permisiunea reținerii dispozițiilor art. 396 alin. (10) C. pr. pen. și de către procuror, prin introducerea unui alineat nou la art. 480 C. pr. pen., alin. (3), care să trimită la acest articol. De asemenea, răspunzând primei dintre problemele prezentate, același Proiect de modificare a Codului de procedură penală, propune posibilitatea încheierii unui astfel de acord și de către inculpații care au săvârșit infracțiuni în minoritate.*

Tot în legătură cu stabilirea pedepsei ce face obiectul acordului de recunoaștere a vinovăției, în practică s-a pus problema rezolvării antecedentelor penale ale inculpatului. Textul legal vorbește despre "pedeapsă", ceea ce trimite cu gândul la o singură sancțiune penală, pentru fapta ce face obiectul acordului. Bineînțeles că, în situația în care inculpatul este cercetat pentru mai multe infracțiuni săvârșite în concurs, procurorul va trebui să stabilească câte o pedeapsă pentru fiecare dintre infracțiuni, iar apoi să aplice regulile concursului de infracțiuni, prevăzute de dispozițiile art. 39 C. pr. pen., stabilind astfel pedeapsa finală aplicată inculpatului.

Alta este însă situația în care, spre exemplu, fapta pentru care este cercetat inculpatul este săvârșită de acesta într-un rest de pedeapsă, în termenul de liberare condiționată, sau în termenul de încercare al unei suspendări condiționate sau a unei suspendări sub supraveghere. În aceste situații, Codul penal și Legea nr. 187/2012 privind punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal (care reglementează situațiile tranzitorii de aplicare în timp a legii penale) prevăd că instanța revocă liberarea, respectiv suspendarea executării, dispunând executarea restului de pedeapsă rămas la momentul liberării condiționate sau pedeapsa ce a fost suspendată, acestea adăugându-se la pedeapsa aplicată în cauză.

Ne punem întrebarea dacă aceste dispoziții legale sunt obligatorii și pentru procuror ori acesta se va limita la stabilirea în acord a pedepsei doar pentru infracțiunea ce face obiectul dosarului său, urmând ca ulterior instanța să rezolve antecedentele penale ale inculpatului. Apreciem că răspunsul nu poate viza decât prima variantă, întrucât doar astfel inculpatului i se aplică o pedeapsă

legală. Dacă nu ar rezolva toate antecedentele penale ale inculpatului, s-ar putea ajunge în situația ca pentru fapta din dosarul instrumentat să se ajungă la un acord pentru o pedeapsă spre exemplu cu suspendare sub supraveghere sau de un anumit cuantum, cu care inculpatul să fie de acord, iar ulterior să se constate că aceasta ar fi trebuit adăugată la o pedeapsă sau la un rest de pedeapsă existent dintr-o condamnare anterioară, inculpatul nefiind de acord cu această nouă pedeapsă. Dacă procurorul nu realizează aceste operațiuni juridice prin acordul propus inculpatului, ulterior, instanța investită cu soluționarea acestui acord nu poate ea să soluționeze antecedentele penale ale inculpatului, ci soluția va fi de respingere a acordului și trimiterea cauzei la procuror pentru continuarea urmăririi penale.

Soluțiile pe care le poate pronunța instanța în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției

Potrivit art. 485 C. pr. pen., instanța de judecată, analizând acordul poate dispune admiterea acestuia, cu consecința adoptării uneia dintre soluțiile de condamnare, renunțare la aplicarea pedepsei sau amânare a aplicării pedepsei, prevăzute de art. 396 alin. (2)-(4) C. pr. pen., sau respingerea acestuia și trimiterea dosarului procurorului în vederea continuării urmăririi penale, dacă nu sunt întrunite condițiile prevăzute la art. 480-482 C. pr. pen., cu privire la toate faptele reținute în sarcina inculpatului, care au făcut obiectul acordului, sau dacă apreciază că soluția cu privire la care s-a ajuns la un acord între procuror și inculpat este nejustificat de blândă în raport cu gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului. În ambele situații instanța exercită funcția de judecată, chiar dacă aceasta este mai restrânsă decât într-o procedură obișnuită.

În ceea ce privește prima soluție, cea de admitere, ea nu permite prea multe interpretări. Dacă constată îndeplinite toate condițiile legale, cu privire la toate infracțiunile ce fac obiectul acordului de recunoaștere a vinovăției, instanța va dispune condamnarea, renunțarea la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării acesteia, fără însă a putea dispune achitarea inculpatului sau încetarea procesului penal, singurul lucru permis de textul legal fiind modificarea cuantumului pedepsei asupra căreia s-a ajuns la un acord între procuror și inculpat, fără însă a-i crea acestuia din urmă o situație mai grea, așadar instanța poate doar să reducă cuantumul pedepsei.

Legiuiorul nu a prevăzut însă ce se întâmplă în situația în care, analizând actele dosarului, instanța constată fie că fapta nu există, nu este prevăzută de legea penală, nu a fost săvârșită de inculpat cu forma de vinovăției prevăzută de lege, sau, din contră, a intervenit prescripția sau o altă cauză de nepedepsire prevăzută de lege. Astfel spus, nu există nicio referire la situația în care instanța constată că există unul dintre cazurile de împiedicare a punerii în mișcare sau exercitării acțiunii penale, ce determină achitarea inculpatului sau încetarea

procesului penal în ceea ce-l privește. Ce se întâmplă într-o astfel de situație – instanța nu poate dispune admiterea acordului, întrucât nu poate dispune niciuna dintre soluțiile prevăzute de textul legal, întrucât nu constată, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat, însă nu poate dispune nici respingerea acordului, nefiind întrunite condițiile prevăzute la art. 480-482 C. pr. pen.

Potrivit art. 480 C. pr. pen., pentru a se putea încheia un acord de recunoaștere a vinovăției acesta trebuie să vizeze numai o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa amenzii sau a închisorii de cel mult 7 ani, iar din probele administrate până la momentul încheierii acestuia să rezulte suficiente date cu privire la existența faptei pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală și cu privire la vinovăția inculpatului.

Astfel, dacă motivul de respingere nu se încadrează în cele menționate expres, de lege lata, instanța nu poate pronunța o astfel de soluție, dar, în același timp, nu poate nici admite acordul de recunoaștere a vinovăției.

Apreciem că soluția pe care trebuie să o adopte instanța este tot una de respingere. Astfel, așa cum am precizat anterior, în sistemul nostru de drept instanța nu doar verifică existența consimțământului, ci și dacă din datele aflate la dosar, care însă trebuie să fie la nivelul probele pentru a putea susține o soluție de condamnare, fapta constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat cu forma de vinovăție prevăzută de lege. Dacă instanța apreciază că există un dubiu cu privire la existența faptei sau a comiterii acesteia de către inculpat, în virtutea principiului *in dubio pro reo*, dar și a celui privind aflarea adevărului (art. 5 C. pr. pen.) și prezumției de nevinovăție (art. 4 C. pr. pen.), ea trebuie să respingă acordul de recunoaștere a vinovăției și să trimită dosarul înapoi la procuror, neputând dispune achitarea inculpatului.

Aceeași soluție trebuie să o adopte instanța și în situația în care constată existența unei din cauzele care determină încetarea procesului penal, întrucât nu poate dispune nici o astfel de soluție. Dacă în primul caz, soluția este acceptabilă, existând posibilitatea ca în situația în care dosarul se întoarce în faza de urmărire penală, iar aceasta continuă, să se reușească strângerea de probe care să contureze fapta și vinovăția inculpatului, dincolo de orice dubiu, putându-se ajunge la un nou acord de recunoaștere a vinovăției sau la trimiterea în judecată a inculpatului, ca urmare a întocmirii rechizitoriului, situația este diferită în cel de-al doilea caz.

În situația în care, spre exemplu se constată prescripția răspunderii penale a inculpatului, decesul acestuia sau orice altă cauză care lipsește acțiunea penală de obiectul său, considerăm că instanța ar trebui să poată dispună încetarea procesului penal, întoarcerea dosarului la procuror nu ar determina decât o tergiversare a cauzei.

Un alt motiv expres prevăzut de legiuitor pentru care instanța poate respinge acordul de recunoaștere a vinovăției este atunci când apreciază că

acesta prevede o pedeapsă "nejustificat de blândă". Textul legal nu definește această noțiune și nici nu oferă criterii pentru interpretarea ei, astfel încât rămâne la latitudinea și înțelepciunea judecătorului să aprecieze. Codul de procedură penală nu prevede însă nimic privitor la situația stabilirii prin acord a unei pedepse în afara limitelor legale. În această situație, poate instanța modifica cuantumul pedepsei stabilite prin acord. Apreciem că răspunsul trebuie să fie unul pozitiv, însă doar dacă instanța stabilește o pedeapsă mai ușoară, în caz contrar soluția trebuind să fie una de respingere a acordului și trimiterea cauzei înapoi la procuror, în vederea continuării urmăririi penale și, eventual, al stabilirii unei pedepse în limite legale.

O altă situație neacoperită de dispozițiile legale se referă la situația în care, prezent în fața instanței, inculpatul revine asupra acordului de recunoaștere a vinovăției, arătând că nu îl mai susține, întrucât acesta nu reprezintă manifestarea sa de voință⁷. Codul de procedură penală nu prevede că inculpatul se poate răzgândi, respectiv că acesta poate arăta că nu își menține consimțământul dat în fața procurorului și în prezența unui avocat. Apreciem că singura soluție legală este aceea ca instanța să constate că nu sunt îndeplinite condițiile legale prevăzute de dispozițiile art. 480 C. pr. pen., deși analizând actele dosarului se observă că acordul de recunoaștere a vinovăției este semnat de către inculpat, și să respingă acest acord, cu consecința trimiterii cauzei procurorului în vederea continuării urmăririi penale.

⁷ Sentința penală nr.1685/22.07.2014 a Judecătoriei Galați, pronunțată în dosarul nr. 10730/233/2014 (nepublicată).

RECUNOAȘTEREA VINOVĂȚIEI ÎN CODUL PENAL ROMÂN. IMPERATIV AL MODERNIZĂRII DREPTULUI PENAL

Dr. Versavia BRUTARU*

Abstract

Entry into force of the Law no. 202/2010 regarding some measures to accelerate the settlement of the process, already raises a number of problems of interpretation. According to the Explanatory Memorandum¹ of Law 202/2010 states that: "Unlike the other laws, the Law no. 202/2010 comes into Romanian legislative with the aim of speeding criminal proceedings as well as to prepare the implementation of the new codes, some of the regulations contained in future coding being found in this law."

In this respect, in the explanatory memorandum to the bill it was noted that "from the major failures of justice in Romania, the harshest criticism was the lack of celerity in solving cases." As often judicial procedures prove to be heavy, formal, expensive and lengthy it was recognized that judicial effectiveness of justice consists, largely, in the speed with which the rights and obligations enshrined in judgments are part of the juridical circuit, thus ensuring the stability of legal relations to be decided².

The introduction of simplified procedure of admission of guilt was justified in the explanatory memorandum, among others, by article 6 paragraphs 3 letter d) of the European Convention which guarantees the defendant the right to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses under the same conditions as witnesses against him. This right has a relative character; the defendant may give up his pursuit before an independent and impartial tribunal, and elect to be tried based on the evidence administrated in criminal prosecution. In this respect, the Strasbourg Court stipulated that the defendant has the opportunity to waive the right guaranteed by article 6 paragraph 3 letters d) of the European Convention and, consequently, he cannot claim that this right was violated, if the sentencing court based its decision on the statement made during prosecution of a witness (anonymously) in whose defendant waived hearing³.

* Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: bversavia@gmail.com.

¹ Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, M. Of. Nr. 714/26.10.2012

² M. Udriou, *Explicații preliminare ale Legii nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor în domeniul penal*, www.inm-lex.ro

³ CEDO, hotărârea din 28 august 1991, în cauza *Brandstetter c. Austriei*, par. 49 – www.echr.eu

Key-words: *simplified procedure, explanatory memorandum, article 320¹ Criminal procedure Code, admission of guilt*

I. Introducere

Intrarea în vigoare a Legii nr. 202/2010, privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, ridică deja o serie de probleme de interpretare. Potrivit Expunerii de motive⁴ a Legii nr. 202/2010 se arată că: „Spre deosebire de celelalte acte normative, Legea nr. 202/2010 intervine în spațiul legislativ românesc atât în scopul asigurării celerității procedurilor penale, cât și în vederea pregătirii implementării noilor coduri, unele dintre reglementările cuprinse în viitoarea codificare regăsindu-se în această lege”.

În acest sens în expunerea de motive la această lege s-a arătat că: „dintre disfuncționalitățile majore ale justiției din România, cel mai aspru criticată a fost lipsa de celeritate în soluționarea cauzelor”. Întrucât procedurile judiciare se dovedesc deseori greoaie, formaliste, costisitoare și de lungă durată, s-a conștientizat faptul că eficacitatea administrării actului de justiție constă în mare măsură și în celeritatea cu care drepturile și obligațiile consfințite prin hotărâri judecătorești intră în circuitul juridic, asigurându-se astfel stabilitatea raporturilor juridice deduse judecății⁵.

Introducerea procedurii simplificate a recunoașterii vinovăției a fost justificată în Expunerea de motive, printre altele, și prin prevederile art. 6 par. 3 lit. d) din Convenția europeană garantează acuzatului dreptul să întrebe sau să solicite audierea martorilor acuzării și să obțină citarea și audierea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării. Acest drept are caracter relativ, acuzatul putând să renunțe la exercitarea sa în fața unei instanțe independente și imparțiale, și să aleagă să fie judecat în baza probelor administrate în faza de urmărire penală. În acest sens Curtea de la Strasbourg a arătat că acuzatul are posibilitatea de a renunța la dreptul garantat de art. 6 par. 3 lit. d) din Convenția europeană și, pe cale de consecință, nu poate pretinde că i-a fost încălcat acest drept, în cazul în care instanța își întemeiază hotărârea de condamnare pe declarația dată în cursul urmăririi penale de un martor (inclusiv anonim), la a cărui audiere acuzatul a renunțat⁶.

II. Procedura recunoașterii vinovăției în România

Devine tot mai evident faptul că legislația actuală nu mai face față fenomenelor infracționale aflate în plină expansiune. În ultimul timp a crescut

⁴ Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, M. Of. Nr. 714/26.10.2012

⁵ M. Udriou, *Explicații preliminare ale Legii nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor în domeniul penal*, www.inm-lex.ro

⁶ CEDO, hotărârea din 28 august 1991, în cauza *Brandstetter c. Austriei*, par. 49 – www.echr.eu

numărul faptelor considerate infracțiuni, a crescut numărul de infractori și infracțiuni care trebuie investigate și soluționate cu prea puține resurse.

Administrarea justiției penale necesită protecție nu numai împotriva insecurității prin creșterea criminalității, care necesită soluții care au ca rezultat, de obicei, politicile autoritare.

În aplicarea principiului rolului activ, consacrat în art. 4 C. pr. pen., organele judiciare au obligația de a interveni în procesul penal ori de câte ori este necesar pentru legala și temeinica soluționare a cauzei, atât prin lămuriri și explicații oferite părților, cât și prin suplinirea inactivității⁷ acestora. Rolul activ se manifestă inclusiv în ce privește administrarea probelor, organele judiciare fiind ținute să dispună, din oficiu, administrarea probelor necesare pentru justa soluționare a cauzei. În faza judecătii exigențele acestui principiu sunt completate de regula nemijlocirii, așa încât prima instanță este obligată să efectueze cercetarea judecătorească conform prevederilor art. 321 C. pr. pen., prin reascultarea martorilor audiați în faza de urmărire penală.

Aplicarea inflexibilă a acestor principii, a căror încălcare a fost constant sancționată de instanțele de control judiciar, a condus inevitabil la prelungirea duratei de soluționare a cauzelor penale și, implicit, la creșterea cheltuielilor avansate de stat. Atitudinea inculpaților de recunoaștere a faptelor reținute prin actele de sesizare a instanței nu a fost de natură să contribuie semnificativ la înlăturarea acestor neajunsuri, de vreme ce legea de procedură nu a atribuit declarației de recunoaștere o semnificație deosebită în raport cu celelalte mijloace de probă.

Necesitatea reglementării unei proceduri de judecată aplicabilă în cazul recunoașterii vinovăției a fost invocată și în doctrină, atât ca formă de recunoaștere a unei relații de egalitate între acuzat și stat (primul oferind declarația de recunoaștere, iar al doilea o contraprestație de natură procesuală), cât și ca soluție pentru certitudine și claritate în procedura de soluționare a conflictelor⁸.

Acceptând într-un târziu că procedurile judiciare se pot dovedi greoaie, costisitoare și, implicit, lipsite de eficiența dorită, legiuitorul a conștientizat necesitatea adoptării unor dispoziții de imediată aplicare, de natură să faciliteze eficientizarea procedurilor și soluționarea cu celeritate a proceselor. Totodată, acestor modificări legislative li s-a atribuit și rolul de a pregăti implementarea noilor coduri și a aplicării soluțiilor propuse de acestea⁹.

⁷ Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea generală, vol. I*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 174

⁸ D. Ionescu, *Procedura avertismentului. Consecințe în materia validității*, în CDP nr. 2/2006, p. 40-41.

⁹ A se vedea Expunerea de motive la Legea nr. 202/2010, disponibilă la adresa www.cdep.ro

Drept urmare, prin Legea nr. 202/2010 s-a introdus în Codul de procedură penală art. 320¹, cu denumirea marginală „Judecata în cazul recunoașterii vinovăției” și următorul conținut:

„(1) Până la începerea cercetării judecătorești, inculpatul poate declara personal sau prin înscris autentic că recunoaște săvârșirea faptelor reținute în actul de sesizare a instanței și solicită ca judecata să se facă în baza probelor administrate în faza de urmărire penală.

(2) Judecata poate avea loc numai în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, doar atunci când inculpatul declară că recunoaște în totalitate faptele reținute în actul de sesizare a instanței și nu solicită administrarea de probe, cu excepția înscrisurilor în circumstanțiere pe care le poate administra la acest termen de judecată.

(3) La termenul de judecată, instanța întreabă pe inculpat dacă solicită ca judecata să aibă loc în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, pe care le cunoaște și le însușește, procedează la audierea acestuia și apoi acordă cuvântul procurorului și celorlalte părți.

(4) Instanța de judecată soluționează latura penală atunci când, din probele administrate, rezultă că faptele inculpatului sunt stabilite și sunt suficiente date cu privire la persoana sa pentru a permite stabilirea unei pedepse.

(5) Dacă pentru soluționarea acțiunii civile se impune administrarea de probe în fața instanței, se va dispune disjungerea acesteia.

(6) În caz de soluționare a cauzei prin aplicarea alin. (1), dispozițiile art. 334 și 340-344 se aplică în mod corespunzător.

(7) Instanța va pronunța condamnarea inculpatului, care beneficiază de reducerea cu o treime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege, în cazul pedepsei închisorii, și de reducerea cu o pătrime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege, în cazul pedepsei amenzii. Dispozițiile alin. (1)-(6) nu se aplică în cazul în care acțiunea penală vizează o infracțiune care se pedepsește cu detențiune pe viață.

(8) În caz de respingere a cererii, instanța continuă judecarea cauzei potrivit procedurii de drept comun.”

Cu scopul declarat de a contribui la stabilirea cu celeritate a adevărului judiciar, fără a fi afectată calitatea actului de justiție, noua procedură permite soluționarea cauzelor doar pe baza probatoriului administrat în faza de urmărire penală și a unei declarații de recunoaștere a inculpatului, eventual cu luarea în considerare a unor înscrisuri în circumstanțiere. Deși conține dispoziții derogatorii de la cele de drept comun, reglementarea a fost plasată în capitolul dedicat judecății în primă instanță, înaintea dispozițiilor ce privesc cercetarea judecătorească. Justificată probabil de faptul că declanșarea acestei proceduri este condiționată de o declarație din partea inculpatului, făcută anterior începerii cercetării judecătorești, opțiunea discutabilă a legiuitorului a dat naștere la discuții atât asupra naturii juridice a procedurii, cât și asupra

modului în care se vor aplica în cadrul judecății în primă instanță prevederile derogatorii. Deloc surprinzătoare, aceste efecte au pus însă sub semnul întrebării realizarea scopului modificărilor operate prin Legea nr. 202/2010, **întărind ideea că aceasta a urmărit accelerarea soluționării dosarelor, și nu accelerarea soluționării proceselor**¹⁰.

La scurt timp de la intrarea în vigoare aplicarea dispozițiilor art. 320¹ C. pr. pen. a evidențiat interpretări diferite în privința etapelor și efectelor judecării cauzelor conform acestei proceduri. Reglementarea s-a dovedit deficitară nu doar sub aceste aspect, cât și sub cel al conformității cu principiile constituțional referitoare la aplicarea legii penale mai favorabile¹¹ și dreptul la un proces echitabil în ce privește componenta referitoare la claritatea și previzibilitatea normelor juridice. Astfel, prin decizia nr. 1470 din 8 noiembrie 2011¹², Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 320¹ C. pr. pen. și a constatat că acestea sunt neconstituționale în măsura în care înlătură aplicarea legii mai favorabile. Totodată, s-a constatat că alineatul final al art. 320¹ este neconstituțional. Prin decizia nr. 1483 din aceeași dată¹³, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 320¹ alin. (1) C. pr. pen. sunt neconstituționale în măsura în care înlătură aplicarea legii mai favorabile.

Surprinzător, legiuitorul s-a conformat celor două decizii. Prin art. V din O.U.G. nr. 121 din 22 decembrie 2011 pentru modificarea și completarea unor acte normative¹⁴ s-a dispus modificarea alin. (4) și (8) ale art. 320¹ C. pr. pen., în sensul că acestea vor avea următorul cuprins:

„(4) Instanța de judecată soluționează latura penală atunci când din probele administrate în cursul urmăririi penale rezultă că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat.”

„(8) Instanța respinge cererea atunci când constată că probele administrate în cursul urmăririi penale nu sunt suficiente pentru a stabili că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat. În acest caz instanța continuă judecarea cauzei potrivit procedurii de drept comun.”

¹⁰ V. Cioclei, *Despre modificările aduse Codului penal prin Legea nr. 202/2010*, Curierul judiciar nr. 1/2011, p. 3.

¹¹ Pentru controversele asupra acestei chestiuni a se vedea C. Ghigheci, *Judecata în cazul recunoașterii vinovăției*, www.juridice.ro; I. Griga, *Reflecții asupra recunoașterii vinovăției*, în RDP nr. 3/2011; I. Narița, *Inconsecvențe și imprecizii în definirea și aplicarea legii penale mai favorabile*, Dreptul nr. 9/2011; S. Siserman, *Discuții și opinii privind judecata în cazul recunoașterii vinovăției*, în RDP nr. 2/2011.

¹² Publicată în M. Of. nr. 853 din 2 decembrie 2011

¹³ Publicată în M. Of. nr. 853 din 2 decembrie 2011

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 931 din 29 decembrie 2011

2.1. Natură juridică

Dispozițiile art. 320¹ C. pr. pen. instituie o procedură specială propriu-zisă, având același obiect cu cel al judecății în primă instanță reglementate de art. 313-360 C. pr. pen., și anume rezolvarea fondului¹⁵.

Judecata în cazul recunoașterii vinovăției se realizează, de principiu, la un singur termen, doar pe baza declarației de recunoaștere a inculpatului și a probatoriului administrat în cursul urmăririi penale, eventual cu luarea în considerare a înscrisurilor în circumstanțiere depuse la acel termen. Cercetarea judecătorească fiind astfel restrânsă, în mod just s-a subliniat că ne aflăm în prezența unei proceduri simplificate (abreviate)¹⁶.

Procedura reduce exigențele rolului activ al judecătorului, care, constatând îndeplinite condițiile recunoașterii și că probatoriul administrat în faza de urmărire penală este suficient pentru a stabili că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat, nu va mai proceda la administrarea altor probe.

Din punctul nostru de vedere, deși conțin elemente de justiție negociată, dispozițiile privind judecata în cazul recunoașterii vinovăției nu instituie o veritabilă procedură negociatorie, care ar implica o poziție activă a inculpatului, interesat ca în schimbul conduitei sale procesuale să ajungă la un acord asupra unei soluții cât mai favorabile. În cazul nostru rolul inculpatului se rezumă la recunoașterea faptelor reținute în actul de sesizare, iar efectele acestei recunoașteri nu pot forma obiect de negociere, fiind prestabilite de legiuitor: reducerea limitelor de pedeapsă, cu o treime în cazul închisorii și cu o pătrime în cazul amenzii. Împrejurarea că inculpatul, subliniind beneficiile procedurale și financiare ale conduitei sale de recunoaștere, solicită aplicarea unei pedepse într-un anumit quantum și/sau într-o anumită modalitate de executare nu atribuie procedurii caracter negociatoriu, atât timp cât instanța nu este ținută de aceste solicitări și nu poate realiza un acord.

Inculpatul are opțiunea de a solicita judecarea cauzei în procedura simplificată, recunoașterea sa având semnificația unei adeziuni la condițiile prestabilite de legiuitor, ce nu pot forma obiectul unei negocieri. Așa fiind, vorbim mai degrabă de o procedură cu caracter consensual. Inculpatul renunță astfel la dreptul la tăcere și la neautoincriminare (care nu este un drept absolut), fără însă ca alegerea sa să afecteze prezumția de nevinovăție, de vreme ce

¹⁵ A. Zărafiu, *Câteva întrebări privind dispozițiile tranzitorii și finale prevăzute de Legea nr. 202/2010*, în CJ nr. 3/2011, p. 169; Legea nr. 202/2010. *Procedură penală. Comentarii și soluții*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 111. Autorul preia clasificarea procedurilor speciale în propriu-zise și auxiliare, proceduri speciale propriu-zise fiind cele în care se soluționează raportul juridic procesual penal principal (I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 574).

¹⁶ M. Udrioiu, *Explicații preliminare ale Legii nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor în domeniul penal*, www.inm.lex.ro; A. Zărafiu, *Legea nr. 202/2010. Procedură penală. Comentarii și soluții*, p. 111; I. Griga, *op. cit.*, p. 53.

soluția nu se va întemeia doar pe această declarație de recunoaștere, ci și pe întregul probatoriu administrat în faza de urmărire penală, cenzurat de instanță.

Formularea declarației de recunoaștere are și semnificația unei renunțări parțiale la dreptul la apărare. Nu putem reține o renunțare la exercitarea dreptului la apărare¹⁷, cât timp acest drept nu privește doar susținerea nevinovăției, ci și împrejurările ce caracterizează fapta și făptuitorul.

2.2. Condițiile aplicării procedurii simplificate

1) *Inculpatul să nu fie acuzat de săvârșirea unei infracțiuni în care legea prevede detențiunea pe viață*

Conform art. 320 alin. (7) teza a II-a C. pr. pen., dispozițiile privind judecata în cazul recunoașterii vinovăției nu se aplică în cazul în care acțiunea penală vizează o infracțiune care se pedepsește cu detențiune pe viață. Evident, este vorba de pedeapsa prevăzută de lege, în înțelesul art. 141¹ C. pen.: pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează fapta săvârșită în forma consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei. Sub acest aspect este lipsită de relevanță împrejurarea că pedeapsa detențiunii pe viață este prevăzută alternativ cu pedeapsa închisorii. Prin urmare, procedura judecătii în cazul recunoașterii vinovăției nu este aplicabilă dacă acțiunea penală privește tentativa la infracțiunea de omor deosebit de grav întrucât, potrivit art. 176 C. pen., infracțiunea de omor deosebit de grav se pedepsește cu detențiunea pe viață¹⁸.

În cazul în care, ulterior admiterii cererii, se dispune schimbarea încadrării juridice a faptei într-o infracțiune pedepsită cu detențiune pe viață, instanța va reveni asupra admiterii cererii de judecare în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, constatând inaplicabilitatea prevederilor art. 320¹ C. pr. pen., cu consecința continuării judecătii potrivit procedurii obișnuite¹⁹.

În cazul în care inculpatul este acuzat de săvârșirea mai multor infracțiuni, dintre care doar unele pedepsite de lege cu detențiunea pe viață, procedura simplificată nu este aplicabilă²⁰, având în vedere că recunoașterea vizează toate faptele descrise în actul de sesizare. Dispozițiile alin. (1) sunt clare în această privință („...recunoaște săvârșirea faptelor reținute în actul de sesizare a instanței...”), așa încât este greșită soluția de aplicare a procedurii simplificate doar cu privire la unele dintre infracțiunile reținute în actul de sesizare, cu motivarea că nu este reglementată situația procedurală în cazul în care doar

¹⁷ După cum susțin D. Atasiei, H. Țiț, *Mica Reformă în Justiție. Legea nr. 202/2010 comentată*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 309.

¹⁸ ÎCCJ, S. pen., dec. nr. 250 din 27 ianuarie 2012 și 523 din 22 februarie 2012 (www.scj.ro).

¹⁹ Trib. Brașov, Secția penală, sent. nr. 168 din 11 mai 2011 (nepublicată).

²⁰ M. Udrioiu, *op. cit.*; C. Celea, *Judecata în cazul recunoașterii vinovăției*, în RDP nr. 1/2011, p. 91.

pentru o parte din infracțiunile aflate în concurs sunt aplicabile noile prevederi²¹.

Aplicând aceste dispoziții, instanța va respinge cererea inculpatului de judecare a cauzei în baza probelor administrate în faza de urmărire penală și va trece la judecată în baza procedurii de drept comun. În asemenea cazuri trebuie luată în considerare și posibilitatea ca actul de sesizare a instanței să conțină o încadrare juridică greșită a faptei (spre ex., în infracțiunea de omor deosebit de grav, prevăzută în art. 176 C. pen., în loc de infracțiunea de omor, prevăzută în art. 174 C. pen.). Cum va proceda instanța în asemenea situații?

Potrivit unei opinii, dacă se constată că încadrarea juridică a faptei într-o infracțiune de omor deosebit de grav este greșită, schimbarea de încadrare conform art. 334 C. pr. pen. va fi efectuată înainte de începerea cercetării judecătorești, pentru a fi aplicabile prevederile art. 320¹ C. pr. pen.²²

Deși asigură soluționarea cauzei cu celeritate, nu împărtășim această soluție. Din economia dispozițiilor ce disciplinează judecata în primă instanță reiese că schimbarea încadrării juridice nu poate avea loc decât după începerea cercetării judecătorești, astfel încât instanța să poată reține ca săvârșită aceeași faptă reținută prin rechizitoriu²³. Prin urmare, instanța este obligată să respingă cererea inculpatului de judecare a cauzei în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, pentru ca apoi să distingă după cum:

1) fapta în materialitatea ei a fost corect reținută în actul de sesizare.

De vreme ce inculpatul a recunoscut fapta, cu respectarea celorlalte condiții impuse de art. 320¹ C. pr. pen., prelungirea judecății nu îi este imputabilă, astfel încât este echitabil să beneficieze de reducerea limitelor de pedeapsă.

2) probatoriul conturează o altă situație de fapt decât cea reținută în actul de sesizare.

Într-un asemenea caz operează o nouă distincție:

a) inculpatul, nesincer, recunoaște fapta greșit reținută în actul de sesizare a instanței.

Raportându-ne strict la dispozițiile alin. (1) al art. 320¹ C. pr. pen., s-ar putea susține că și în acest caz inculpatul ar putea invoca beneficiul reducerii limitelor de pedeapsă. Această soluție nu poate fi acceptată, având în vedere că finalitatea procedurii simplificate, cu toată celeritatea și reducerea costurilor administrării justiției, nu poate fi alta decât cea prevăzută în art. 1 alin. (1) și art. 3 C. pr. pen.: constatarea la timp și în mod complet a faptelor care constituie infracțiuni și

²¹ Pentru o asemenea soluție a se vedea Trib. Dolj, Secția penală, sent. nr. 161 din 17 martie 2011 (portal.just.ro). În speță, inculpatul a fost trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunilor de omor, prevăzută de art. 174 alin. (1) C. pen., tentativă la infracțiunea de omor deosebit de grav, prevăzută de art. 20 rap. la art. 174 alin. (1), 176 alin. (1) lit. b) C. pen. și violare de domiciliu, prevăzută de art. 192 alin. (1) și (2) C. pen., toate cu aplicarea art. 33 lit. a) C. pen.

²² Trib. Neamț, S. pen., sent. nr. 63 din 17 iunie 2011 (portal.just.ro).

²³ Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 689.

aflarea adevărului cu privire la faptele și împrejurările cauzei, precum și cu privire la persoana făptuitorului. Cum inculpatul nu a contribuit la realizarea acestui deziderat, nu poate beneficia de îngăduința legiuitorului.

b) inculpatul recunoaște fapta așa cum a fost comisă în realitate.

Pentru aceleași considerente de echitate expuse la pct. 1), deși nu a recunoscut fapta descrisă în actul de sesizare, inculpatul va beneficia de reducerea limitelor de pedeapsă conform art. 320¹ alin. (7) C. pr. pen. Aceleași distincții urmează a fi avute în vedere și în cazurile în care schimbarea încadrării juridice are loc în căile de atac.

2) Inculpatul să declare că recunoaște faptele reținute în actul de sesizare a instanței

→ *Forma și conținutul declarației de recunoaștere*

Conform art. 320¹ alin. (1) C. pr. pen., recunoașterea poate fi făcută personal în fața instanței sau printr-un înscris autentic. Având în vedere și conținutul recunoașterii, reiese că aceasta trebuie să fie expresă și neechivocă, neputând fi dedusă dintr-o atitudine procesuală de colaborare a inculpatului cu organele judiciare sau din pledoaria *nolo contendere*.

Declarația inculpatului va cuprinde atât recunoașterea faptei/faptelor descrise în actul de sesizare, cât și solicitarea ca judecata să aibă loc în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, având, prin urmare, semnificația unui dublu act de dispoziție²⁴.

Caracterul neechivoc al recunoașterii impune ca declarația să cuprindă o manifestare de voință suficient de clară, prin referiri la faptele reținute prin actul de sesizare a instanței, solicitarea ca judecata să se facă în baza probelor administrate în cursul urmăririi penale, precizarea cunoașterii și însușirii acestor probe, precum și renunțarea la administrarea altor probe, cu excepția înscrisurilor în circumstanțiere care pot fi depuse la termen. Aceste condiții trebuie întrunite cumulativ, ținând seama că declarația inculpatului nu este doar un act formal, ci și unul substanțial, de fond²⁵. Dacă în cazul recunoașterii făcute personal în fața instanței lipsa unora dintre aceste elemente poate fi complinită prin întrebările adresate inculpatului, în cazul recunoașterii efectuate prin înscris autentic, acesta va trebui să cuprindă toate precizările mai sus arătate pentru ca judecata să aibă loc în lipsa inculpatului, potrivit procedurii simplificate²⁶. Dacă înscrisul autentic nu cuprinde toate aceste mențiuni și inculpatul nu se prezintă în fața instanței, sancțiunea nu poate fi decât respingerea cererii de judecare a cauzei potrivit dispozițiilor art. 320¹

²⁴ A. Zarafiu, *Legea nr. 202/2010. Procedură penală. Comentarii și soluții*, p. 112

²⁵ V. Pușcașu, *Prezumția de nevinovăție*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 334.

²⁶ C. Roșu, A. Fanu-Moca, *Procedura specială de judecată reglementată de art. 320¹ din Codul de procedură penală*, Dreptul nr. 8/2011, p. 179.

C. pr. pen.²⁷ Titularul recunoașterii nu poate fi decât inculpatul, personal și nu prin mandatar (chiar cu mandat special²⁸, dispozițiile alin. (1)-(3) fiind clare sub acest aspect.

Delicată este situația inculpatului minor. Dacă în reglementarea noului Cod de procedură penală este exclusă aplicarea dispozițiilor privind judecata în cazul recunoașterii vinovăției și acordul de recunoaștere a vinovăției și pentru inculpații minori²⁹, art. 320¹ nu face vreo distincție sub acest aspect.

Potrivit unei opinii, recunoașterea faptelor poate fi făcută și de inculpatul minor, cu respectarea dispozițiilor speciale referitoare la citarea persoanelor chemate la judecarea minorilor³⁰.

Critica adusă acestei opinii se întemeiază, pe de o parte, pe caracterul de act de dispoziție al declarației de recunoaștere, iar pe de altă parte pe imposibilitatea aplicării concomitente a prevederilor cuprinse în două proceduri speciale propriu-zise: cea reglementată de art. 320¹ C. pr. pen. și cea reglementată de art. 480-493 C. pr. pen.³¹ În consecință, procedura simplificată nu s-ar aplica inculpaților care la data săvârșirii infracțiunii erau minori, chiar dacă recunoașterea ar fi încuviințată de reprezentanții legali.

Din punctul nostru de vedere, procedura simplificată este aplicabilă și în cazul inculpaților minori. Art. 320¹ nu distinge după cum inculpatul este major sau minor, iar reducerea automată a limitelor de pedeapsă la care se referă autorul citat nu operează în baza dispozițiilor cuprinse în procedura specială din cauzele cu infractori minori, ci în baza celor privind regimul sancționator al minorului, cuprinse în Codul penal. În plus, soluția inaplicabilității procedurii simplificate s-ar putea dovedi inechitabilă pentru inculpatul minor în comparație cu cel major care, pentru aceeași infracțiune, prin jocul circumstanțelor atenuante ar putea ajunge la aceeași pedeapsă cu cea aplicată minorului. S-ar putea obiecta că în atare împrejurări instanța va putea reține circumstanțe atenuante și în favoarea minorului, însă această operațiune de individualizare apare ca forțată, de vreme ce art. 320¹ C. pr. pen. prevede expres soluția.

→ *Obiectul și limitele recunoașterii*

Alin. (1) al art. 320¹ C. pr. pen. se referă la recunoașterea faptelor reținute în actul de sesizare a instanței, în timp ce denumirea marginală a articolului

²⁷ C. Celea, *op. cit.*, p. 93.

²⁸ C. Celea, *op. cit.*, p. 91.

²⁹ Art. 374 se referă la o soluție de condamnare a inculpatului, care beneficiază de reducerea limitelor de pedeapsă, or, potrivit dispozițiilor privind minoritatea din noul Cod penal, față de inculpații minori se pot lua doar măsuri educative. În cazul acordului de recunoaștere a vinovăției, art. 478 alin. (6) NCPP prevede expres că inculpații minori nu pot încheia acorduri de recunoaștere a vinovăției.

³⁰ M. Udrioiu, *op. cit.*, p. 34

³¹ A. Zărafiu, *Legea nr. 202/2010. Procedură penală. Comentarii și soluții*, p. 113.

vorbește de recunoașterea vinovăției. Inconsecvența legiuitorului ridică problema dacă recunoașterea are ca obiect fapta descrisă în actul de sesizare sau infracțiunea reținută prin acest act.

Cu toate că denumirea marginală pare să conducă la concluzia că inculpatul ar trebui să recunoască infracțiunea reținută în sarcina sa prin actul de sesizare a instanței (fapta săvârșită cu forma de vinovăție cerută de textul de incriminare), atât conținutul art. 320¹ C. pr. pen., cât și dispozițiile Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative³² indică ca obiect al recunoașterii doar fapta descrisă în actul de sesizare. Astfel, alin. (1)-(8) ale art. 320¹ se referă strict la recunoașterea faptei și prevăd posibilitatea schimbării încadrării juridice a acesteia, iar distincția dintre faptă și infracțiune este clar evidențiată în alin. (4). În ce privește semnificația denumirii marginale, Legea nr. 24/2000 prevede că, deși denumirile marginale exprimă sintetic obiectul articolului, nu au semnificație proprie în conținutul reglementării [art. 47 alin. (5)]. Credem că prin „*fapta descrisă în actul de sesizare*” legiuitorul a avut în vedere atât fapta prevăzută în norma de incriminare, cât și toate împrejurările care o caracterizează. Desprindem această concluzie din prevederile alin. (4) al art. 320¹ C. pr. pen. care, atât în forma anterioară modificării operate prin O.U.G. nr. 121/2011, cât și în forma actuală, condiționează soluționarea laturii penale de existența unor probe suficiente pentru caracterizarea faptei ca infracțiune, precum și din scopul întregii proceduri (soluționarea cu celeritate a cauzelor penale), a cărui realizare presupune, pe lângă un probatoriu suficient pentru reținerea infracțiunii, suficiente date pentru individualizarea pedepsei. Cu alte cuvinte, se cere recunoașterea situației de fapt descrise în rechizitoriu. În acest sens, s-a decis că, în cazul în care judecata s-a desfășurat potrivit procedurii reglementate în art. 320¹ C. pr. pen., dacă în actul de sesizare a instanței procurorul a reținut circumstanța atenuantă legală a provocării prev. în art. 73 lit. b) C. pen. cu privire la ambele infracțiuni pentru care inculpatul a fost trimis în judecată, pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală, instanța nu poate înlătura aplicarea dispozițiilor art. 73 lit. b) C. pen. pentru una dintre infracțiuni, în absența cercetării judecătorești din care să rezultă o modificare a stării de fapt reținute în actul de sesizare a instanței³³.

Pe de altă parte, circumstanța provocării poate fi reținută de judecător chiar dacă nu a fost reținută ca atare prin rechizitoriu, singura condiție fiind aceea a stabilirii incidenței stării de provocare pe baza probelor administrate în cursul urmăririi penale³⁴. În cazul în care solicitarea inculpatului de a fi judecat în baza procedurii simplificate este doar formală, în realitate acesta contestând

³² Republicată în M. Of. nr. 260 din 21 aprilie 2010

³³ ÎCCJ, S. pen., dec. nr. 2334 din 9 iunie 2011 (www.scj.ro).

³⁴ C. Ap. Cluj, S. pen. și de min., dec. nr. 188 din 24 octombrie 2011 (www.curtea-deapelcluj.ro).

împrejurări ce privesc latura obiectivă a uneia dintre infracțiunile pentru care este trimis în judecată, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 320¹ C. pr. pen.³⁵

Reiese că, în realitate, contradicția dintre conținutul denumirii marginale și cel art. 320¹ C. pr. pen. este doar aparentă, inculpatul fiind ținut să recunoască toate împrejurările de fapt relevante, inclusiv cele ce duc la stabilirea vinovăției. Prin urmare, putem vorbi și de o recunoaștere implicită a vinovăției. Din această perspectivă nu ar fi greșită nici formularea „*recunoaștere a acuzațiilor*”³⁶.

Conform art. 320¹ alin. (2), recunoașterea vizează totalitatea faptelor reținute în actul de sesizare a instanței. Recunoașterea parțială, constând fie în recunoașterea săvârșirii faptei în alte împrejurări sau în altă calitate³⁷, fie în recunoașterea doar a unor fapte din cele descrise în actul de sesizare, face inaplicabilă procedura simplificată, însă poate fi valorificată ca o circumstanță atenuantă judiciară³⁸.

Pentru situațiile în care prin același rechizitoriu s-a dispus trimiterea în judecată a mai multor persoane, s-a arătat că, prin raportare la prevederile art. 263 alin. (1) C. pr. pen., recunoașterea făcută de unul dintre inculpați nu vizează și celelalte persoane la care se referă rechizitoriul³⁹. Concluzia este doar parțial corectă, deoarece trece cu vederea infracțiunile comise în participație, în cazul cărora recunoașterea inculpatului trebuie să se refere și la contribuția participanților, tocmai pentru a fi posibilă stabilirea propriei sale contribuții la comiterea faptei.

Inculpatul nu este obligat să recunoască și pretențiile civile formulate⁴⁰. În principiu această susținere este corectă, inclusiv în ce privește infracțiunile de prejudiciu. În cazul în care se contestă cuantumul prejudiciului, există posibilitatea disjungerii acțiunii civile, în baza art. 320¹ alin. (5) C. pr. pen. Dispozițiile procedurii simplificate se pot însă dovedi dificil de aplicat în situațiile în care o anumită valoare a prejudiciului atribuie infracțiunii caracter agravat, când însăși soluționarea laturii penale a cauzei depinde de stabilirea valorii prejudiciului.

3) Inculpatul să solicite ca judecata să aibă loc doar în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, pe care le cunoaște și le însușește

Formulând această solicitare, inculpatul renunță neechivoc la dreptul de a interoga martori în fața instanței. Renunțarea nu este contrară art. 6 par. 3 lit. d)

³⁵V. Văduva, notă la dec. nr. 1115 din 6 iunie 2012 a CAB, S. I pen., *Judecata în cazul recunoașterii vinovăției. Jurisprudență comentată*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 71.

³⁶I. Narița, *op. cit.*, p. 167.

³⁷C. Celea, *op. cit.*, p. 92.

³⁸A. Zărafu, *Legea nr. 202/2010. Procedură penală. Comentarii și soluții*, p. 113

³⁹C. Roșu, A. Fanu-Moca, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁰D. Atășiei, H. Țiț, *op. cit.*, p. 308

din Convenția europeană a drepturilor omului, dreptul consacrat de aceste dispoziții neavând caracter absolut.

Solicitarea inculpatului este dublată de precizarea că acesta cunoaște și își însușește probele administrate în faza de urmărire penală. Precizarea este necesară, deoarece renunțarea la audierea publică a martorilor trebuie făcută în cunoștință de cauză.

Pentru a permite inculpatului să-și formuleze opțiunea în cunoștință de cauză, rechizitoriul trebuie să fie clar și cuprinzător, respectând întocmai structura arătată la art. 263 C. pr. pen. Verificarea regularității actului de sesizare trebuie efectuată astfel și din perspectiva unei posibile solicitări de judecare a cauzei în baza probelor administrate în faza de urmărire penală.

Alin. (1) al art. 320¹ impune cât se poate de clar ca declarația de recunoaștere să fie dublată de o solicitare de judecare a cauzei în baza probelor administrate în faza de urmărire penală. În consecință, simpla declarație de recunoaștere nu ar fi suficientă pentru judecarea cauzei în baza procedurii simplificate, în lipsa unei manifestări de voință a inculpatului.

În fine, s-a menționat situația inculpatului care solicită expres achitarea, după ce anterior solicitase aplicarea prevederilor art. 320¹ C. pr. pen.⁴¹ Susținând punctul de vedere potrivit căruia aceste prevederi nu sunt automat incompatibile cu eventuale soluții de achitare, autorul consideră că o asemenea poziție procesuală a inculpatului revocă, anulează manifestarea inițială de voință care ar trebui să rămână irevocabilă pe tot parcursul procesului.

Soluția propusă nu este în întregime corectă, necesitând unele precizări. Am arătat anterior că declarația de recunoaștere a inculpatului vizează situația de fapt reținută prin actul de sesizare a instanței. Revenirea supra acestei recunoașteri lipsește de certitudine manifestarea de voință în sensul judecării cauzei în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, deoarece nu se mai poate susține că inculpatul își însușește acest probatoriu. Tot de o revenire asupra recunoașterii este vorba și în cazurile în care inculpatul solicită achitarea sa pe temeiuri ce contrazic (în întregime sau parțial) situația de fapt reținută prin rechizitoriu, și anume cele prevăzute de art. 10 lit. a), b), c), d) și e) C. pen. Prin urmare, putem vorbi de o revocare sau anulare a respectivei manifestări de voință, cu consecința judecării cauzei în procedura obișnuită.

4) Declarația de recunoaștere să intervină înainte de începerea cercetării judecătorești

Din formularea alin. (1) al art. 320¹ C. pr. pen. rezultă că declarația de recunoaștere poate fi făcută doar în fața primei instanțe și până la începerea

⁴¹ F. Radu, *Despre compatibilitatea dintre recunoașterea vinovăției și diferite cazuri de achitare* (www.juridice.ro).

cercetării judecătorești. Se instituie astfel un termen de decădere⁴², a cărui nerespectare e sancționată cu respingerea ca tardivă a cererii de judecare a cauzei potrivit procedurii simplificate⁴³.

Această sancțiune va interveni doar dacă nerespectarea termenului îi este imputabilă inculpatului. Prin urmare, în cazul în care unul dintre inculpați a lipsit justificat la termenul la care s-au admis cererile coinculpaților de judecare a cauzei conform procedurii simplificate, acesta poate beneficia în continuare de art. 320¹ C. pr. pen.⁴⁴

În lumina și a considerentelor Deciziei nr. 1470 din 8 noiembrie 2011 a Curții Constituționale, dispozițiile art. 320¹ C. pr. pen. nu pot fi aplicate în procedura contestației la executare. Potrivit art. 461 C. pr. pen., contestația contra unei hotărâri penale definitive se poate face când s-a pus în executare o hotărâre care nu era definitivă, când executarea este îndreptată împotriva unei alte persoane, când se ivește vreo nelămurire cu privire la hotărârea care se execută ori vreo împiedicare la executare sau când se invocă amnistia, prescripția, grațierea sau orice altă cauză de stingere ori de micșorare a pedepsei, precum și orice alt incident ivit în cursul executării. Reiese că pe această cale nu se pot invoca aspecte legate de fondul cauzei, ce pot fi soluționate doar în cadrul căilor de atac prevăzute de lege. Art. 320¹ C. pr. pen. instituie o cauză legală de reducere a limitelor de pedeapsă, însă această cauză vizează individualizarea pedepsei, operațiune ținând de fondul cauzei, care nu se poate realiza în cadrul unei contestații la executare.

Doctrina și practica judiciară au luat în discuție două situații speciale privind momentul până la care poate interveni declarația de recunoaștere.

1) Hotărârea desființată sau casată cu trimiterea cauzei spre rejudecare primei instanțe, în baza art. 379 pct. 2 lit. b), respectiv art. 385¹⁵ pct. 2 lit. c) C. pr. pen.

În aceste situații rejudecarea cauzei va avea loc potrivit regulilor ce guvernează judecata în primă instanță, astfel încât devin aplicabile dispozițiile art. 320¹ C. pr. pen., însă nu în toate cazurile, ci în funcție de limitele desființării hotărârii și de ultimul act procedural indicat ca valabil de instanța de control judiciar⁴⁵. Prin urmare, rejudecarea cauzei poate avea loc conform procedurii simplificate doar în cazurile în care privește cel puțin latura penală și nu a fost menținut niciun act procedural efectuat cu prilejul primei judecăți. Art. 320¹ C.

⁴² S. Siserman, *Discuții și opinii privind judecata în cazul recunoașterii vinovăției*, în RDP nr. 2/2011, p. 81

⁴³ D. Atasei, H. Țiț, *op. cit.*, p. 307; A. Zărafiu, *Legea nr. 202/2010. Procedură penală. Comentarii și soluții*, p. 112; C. Celea, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁴ C. Ap. Constanța, S. pen. și pentru cauze penale cu minori și de familie, dec. nr. 30 din 15 martie 2011, prezentată de V. Văduva, *op. cit.*, p. 55-56.

⁴⁵ S. Siserman, *op. cit.*, p. 81; C. Roșu, A. Fanu-Moca, *op. cit.*, p. 183.

pr. pen. nu se aplică în cazurile în care hotărârea primei instanțe a fost desființată/casată doar în latura civilă.

De menționat că pe această cale pot beneficia de prevederile art. 320¹ C. pr. pen. și persoanele condamnate definitiv, în măsura în care efectele apelului sau recursului au fost extinse și asupra acestora.

2) Rejudecare în caz de extrădare sau de predare în baza unui mandat european de arestare

Printr-o decizie de speță, ÎCCJ a reținut că dispozițiile art. 320¹ C. pr. pen. sunt aplicabile și în procedura rejudecării în caz de extrădare sau predare în baza unui mandat european de arestare, prev. în art. 522¹ C. pr. pen.⁴⁶

Soluția a fost desprinsă din interpretarea prevederilor art. 522¹ alin. (2) C. pr. pen., conform cărora dispozițiile privind procedura revizuirii cuprinse în art. 404-408 din același cod, inclusiv dispozițiile art. 405 alin. (1), se aplică în mod corespunzător, iar potrivit art. 405 alin. (1) C. pr. pen., rejudecarea cauzei după admiterea în principiu a cererii de revizuire se face potrivit regulilor de procedură privind judecata în primă instanță. Or, regulile de procedură privind judecarea în primă instanță sunt cuprinse în prevederile art. 313-360 C. pr. pen., care potrivit dispozițiilor legale menționate se aplică și în rejudecarea cauzei după extrădare. Dispozițiile art. 320¹ C. pr. pen. se înscriu în prevederile art. 313-360 C. pr. pen. și constituie reguli de procedură a judecării cauzei în fond, legiuitorul neînțelegând să le excepteze de la aplicarea în procedura rejudecării după extrădare.

5) Probele administrate în cursul urmăririi penale sunt suficiente pentru a stabili că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat

Din prevederile art. 320¹ alin. (4) (forma inițială) rezultă că procedura simplificată e aplicabilă doar dacă din probele administrate în cursul urmăririi penale reiese că faptele inculpatului sunt stabilite și sunt suficiente date cu privire la persoana sa pentru a permite stabilirea unei pedepse. Pentru a satisface cerințele de claritate și previzibilitate a căror lipsă a fost sesizată prin decizia Curții Constituționale nr. 1470 din 8 noiembrie 2011, conținutul acestui text a fost modificat prin O.U.G. nr. 121/2011, în sensul aplicării procedurii simplificate atunci când din probele administrate în cursul urmăririi penale rezultă că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat.

Suficiența probatoriului urmează a fi examinată atât sub aspect cantitativ, cât și calitativ, al legalității. Aceasta deoarece regula potrivit căreia mijloacele de probă obținute în mod ilegal nu pot fi folosite în procesul penal este aplicabilă în cadrul oricărei proceduri, fără a deosebi după cum aceasta e de drept comun

⁴⁶ Decizia nr. 3369 din 3 octombrie 2011, www.scj.ro.

sau specială. Insuficiența probatoriului nu poate fi complinită sau acoperită prin declarația inculpatului de recunoaștere a faptelor⁴⁷.

Când această condiție nu este îndeplinită, instanța va respinge cererea de judecare a cauzei în baza probelor administrate în faza de urmărire penală. În situația în care insuficiența probatoriului se constată abia cu prilejul deliberării, cauza va fi repusă pe rol și judecată în procedura obișnuită⁴⁸.

S-a pus problema dacă această soluție nu duce la un tratament inequitabil pentru inculpații care, deși au făcut declarația de recunoaștere în termenul cerut de lege și solicită ca judecata să aibă loc potrivit procedurii simplificate, nu vor fi judecați în această procedură din motive care nu le sunt imputabile. În opinia unor autori această diferență de tratament nu ar fi justificată⁴⁹ și, chiar dacă judecata a avut loc potrivit procedurii obișnuite ca urmare a respingerii cererii inculpatului, acesta va beneficia de reducerea limitelor de pedeapsă.

Din punctul nostru de vedere, s-ar putea reține un tratament discriminatoriu doar în ipoteza în care inculpații care au recunoscut faptele descrise în actul de sesizare și au solicitat judecarea în baza probelor administrate în cursul urmăririi penale (având, deci, conduita care ar justifica aplicarea procedurii simplificate, cerere care le-a fost respinsă pe motivul aici analizat, nu au beneficiat în final de reducerea limitelor de pedeapsă. Prin respingerea cererii nu se încalcă dreptul la un proces echitabil și nici principiul egalității în fața legii, deoarece nu vorbim de situații identice și nici măcar similare, situația inculpatului în privința căruia probatoriul din faza de urmărire penală este complet și legal administrat neputând fi comparată cu cea a inculpatului în cazul căruia aceste cerințe nu sunt întrunite. În acest din urmă caz instanța este ținută să stabilească adevărul, pentru a înlătura riscul condamnării netemeinice sau nelegale.

O altă problemă ce trebuie luată în discuție este cea a posibilității inculpatului de a reveni asupra manifestării sale de voință de judecare a cauzei în baza procedurii simplificate (bineînțeles, după admiterea cererii sale), iar în caz afirmativ a condițiilor și a momentului procesual în care poate interveni această „renunțare”.

Potrivit unei opinii exprimate în practica judiciară, prevederile art. 3201 C. pr. pen. exclud posibilitatea renunțării pe parcursul procesului penal la opțiunea judecării cauzei în procedura pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală, întrucât o asemenea posibilitate nu este prevăzută expres, ca în cazul renunțării la apel sau recurs⁵⁰. Cu atât mai mult nu ar putea interveni

⁴⁷ A. Zarafiu, *Legea nr. 202/2010. Procedură penală. Comentarii și soluții*, p. 113.

⁴⁸ M. Udroi, *Explicații*, p. 56

⁴⁹ C. Ghigheci, *Judecata în cazul recunoașterii vinovăției*, www.juridice.ro; S. Siserman, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁰ C. Ap. Ploiești, S. pen. și pentru cauze cu minori și de familie, dec. nr. 29 din 24 februarie 2012, portal.just.ro.

renunțarea în apelul inculpatului, deoarece i s-ar agrava acestuia situația în propria cale de atac.

Nu credem că această soluție este corectă. Lipsa unei reglementări exprese a renunțării la o cerere nu duce în toate cazurile la inadmisibilitatea unei asemenea opțiuni, relevantă în acest sens fiind decizia nr. XXXIV/2006 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secțiile Unite, prin care s-a stabilit că instanța investită cu soluționarea unor cereri de amânare ori întrerupere a executării pedepsei, de revizuire și contestație la executare, în cazul retragerii acestora, va lua act de această manifestare de voință, cu toate că această soluție nu este prevăzută expres. S-ar putea obiecta că această renunțare nu ar fi în interesul inculpatului care, judecat în procedura obișnuită, nu ar mai beneficia de reducerea limitelor de pedeapsă.

Obiecțiunea nu poate fi însă primită, deoarece la baza procedurii simplificate nu poate sta decât o manifestare de voință liberă și conștientă, doar în aceste condiții putând vorbi de un beneficiu pentru inculpat. Nu este exclus ca recunoașterea să se datoreze constrângerii (exercitate, spre exemplu, de adevăratul autor al infracțiunii) sau greșitei percepții a consecințelor judecării cauzei pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală. În măsura în care inculpatul invocă și dovedește asemenea împrejurări, instanța este ținută să constate inaplicabilitatea dispozițiilor art. 320¹ C. pr. pen.

Consecințele aceste constatări vor fi diferite, în raport de momentul în care intervine. În primă instanță judecarea cauzei va continua potrivit procedurii obișnuite. În apel sau în recurs soluția nu poate fi decât desființarea, respectiv casarea sentinței cu trimiterea cauzei spre rejudecare aceleiași instanțe, ținând seama că lipsește cercetarea judecătorească în primă instanță, iar părțile nu pot fi private de acest grad de jurisdicție.

ROLUL AVOCATULUI ÎN PROCESUL PENAL

Florin-Octavian BARBU*

Abstract:

The role of the lawyer in criminal procedure is an essential element of the right to defence, because in this doctrine appears as an absolutely fundamental principle. Legal assistance is only a component of the right to defence, which is a fairly complex, but this does not diminish the importance of the lawyer in criminal proceedings. Indeed, legal assistance may not have the same finishing in the prosecution phase as in the judgment phase, even if the number of procedural acts in which the presence of a lawyer is prohibited, it has been restricted or limited the knowledge/studying of the file at the stage of prosecution was provided for expressly in the articles 92-94 of the Code of civil Procedure. Also, the right to a lawyer is not absolute, since there are limitations, for example, the legal assistance of a lawyer ex officio shall be restricted in the cases expressly provided for by law and only if the defendant „does not have the means of remuneration of a defender”.

The role of the lawyer/advocate also covers the necessary facilities to prepare the defence through establishing the conditions conducive to the free communication of the detained or arrested person with the designated lawyer ex officio or the chosen one for the preparation of the defence. The new regulation has expressly devoted to the quality of lawyer as participant in the criminal trial (art. 29 of the Code of Criminal Procedure). Article 24 paragraph 2 of the Constitution guarantees the right to defence by establishing clear concerning the fact that the parties and the main trial subjects shall have the right to the assistance of a lawyer, understanding by this that a person who has the status of a lawyer in compliance with the law. Of course, there are cases directly provided for in article 88 paragraph 2 of the Code of Civil Procedure with reference to the incompatibility of the advocate or the opposition of interests. The rights of defence in the Code of Criminal Procedure in force since 1 February 2014 amended essentially the perception of the lawyer/advocate role in the criminal procedure/proceedings.

Keywords: *the right to defence, the lawyer, the assistance, the role, the participant*

1. Introducere

Suntem de acord asupra faptului că în România, avocații sunt într-un număr mare, raportat la populație, pentru a permite cetățenilor să recurgă cu ușurință

* Avocat, Uniunea Barourilor din România, Baroul Dâmbovița; e-mail: florin_octavian2000@yahoo.com.

la serviciile lor și pentru a le asigura cetățenilor o reprezentare adecvată în fața judecătorilor. Mai mult, se pare că exercitarea profesiei de avocat satisface directivele Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei, Recomandarea nr. R (2000)21 a Consiliului Europei referitoare la obligația de a informa clientul, la definirea onorariilor și la existența unor proceduri de contestare a onorariilor, precum și la existența unor proceduri și sancțiuni disciplinare independente de sistemul judiciar¹.

Dreptul la apărare modifică în mod esențial percepția asupra rolului avocatului în desfășurarea procesului penal în dispozițiile Codului de procedură penală. Fără a realiza o enumerare exhaustivă a beneficiilor noii legislații procesual penale, subliniem că ridicarea la rang de principiu a dreptului de a consulta dosarul cauzei în orice stadiu procesual, dreptul la confidențialitatea comunicărilor dintre avocat și client, dreptul ca, în orice moment al audierii clientului, acesta să beneficieze de sprijinul avocatului, reprezintă reguli ale procesului penal care îl așează pe avocat în poziția fortificată a unui participant cu drepturi depline la activitatea judiciară².

Creșterea responsabilității avocatului față de clientul său este data și de importanța rolului avocatului în cadrul procesului penal, însă îmbunătățirea reglementărilor referitoare la dreptul la apărare nu conduce automat la beneficii efective, deoarece este necesară și schimbarea poziției celorlalți participanți față de avocat.

Considerăm că pentru schimbarea percepției organelor de urmărire penală și instanței de judecată asupra rolului avocatului în cadrul procesului penal este necesară o bună cunoaștere a noilor reglementări de către avocat, dar și perfecționarea dispozițiilor legale ale profesiei de avocat (legea de organizare și statutul profesiei).

2. Drepturile avocatului exercitabile în cadrul procesului penal

Așa cum prevede art. 10 alin. (2) C. pr. pen., avocatul are dreptul să beneficieze de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării³, organele judiciare având obligația de a asigura exercitarea efectivă a dreptului la apărare de către părți și subiecții procesuali principali.⁴ Din aceste considerente rezultă conținutul asistenței juridice și al reprezentării consacrat de dispozițiile art. 88 alin. (1) și art. 89 alin. (2) C. pr. pen.

Curtea Europeană statuase în mod clar că realizarea comunicării între avocat și clientul său se poate face în unitățile de detenție în așa fel încât să se

¹ www.inppa.ro/docs/RO_Studiu_pentru_Consiliul_Europei.

² Bogdan Micu, *Aspecte privind drepturile și rolul avocatului în procesul penal din perspectiva dispozițiilor noului Cod de procedură penală*, publicat la data de 23.06.2014 pe www.unbr.ro.

³ A se vedea și art. 92 alin. (8) și art. 93 alin. (2) C. pr. pen.

⁴ Art. 10 alin. (2) teza finală C. pr. pen.

asigure discuția confidențială și liberă, prin aceasta urmărindu-se atât respectarea confidențialității, cât și a cerințelor legate de pază și securitate⁵.

În cursul urmăririi penale, avocatul suspectului sau inculpatului⁶ are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală, cu excepția:

a) situației în care se utilizează metodele speciale de supraveghere ori cercetare, prevăzute în cap. IV din titlul IV;

b) percheziției corporale sau a vehiculelor în cazul infracțiunilor flagrante⁷.

De asemenea, avocatul suspectului sau inculpatului are dreptul de a solicita să fie încunoștințat de data și ora efectuării actului de urmărire penală ori a audierii realizate de judecătorul de drepturi și libertăți, încunoștințarea făcându-se prin notificare telefonică, fax, e-mail sau prin alte asemenea mijloace, încheindu-se un proces-verbal⁸.

Trebuie menționat că lipsa avocatului nu împiedică efectuarea actului de urmărire penală sau a audierii, dacă există dovada că acesta a fost încunoștințat în condițiile prevăzute de lege⁹. În ceea ce privește efectuarea percheziției domiciliare, art. 92 alin. (4) și (5) C. pr. pen. subliniază că avocatul poate fi încunoștințat și după prezentarea organului de urmărire penală la domiciliul persoanei ce urmează a fi percheziționată, ceea ce dă naștere la anumite suspiciuni privind folosirea egalității armelor în cadrul procesului penal.

Rolul avocatului suspectului sau inculpatului este subliniat și de faptul că acesta are dreptul să participe la audierea oricărei persoane de către judecătorul de drepturi și libertăți, să formuleze plângeri, cereri și memorii, să solicite consultarea dosarului prin studiul actelor acestuia, prin notarea de date, precum și prin obținerea de fotocopii pe cheltuiala clientului¹⁰.

Conform dispozițiilor art. 109 alin. (2), suspectul/inculpatul are dreptul **să se consulte cu avocatul atât înainte, cât și în cursul audierii**, iar organul judiciar, când consideră necesar, poate permite acestuia să utilizeze însemnări și notițe proprii.

În situația în care avocatul suspectului sau al inculpatului este **prezent la efectuarea unui act de urmărire penală** se face mențiune despre aceasta și

⁵ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, ed a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 651; N. Volonciu, A.S. Uzlaşu ș.a., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 216; a se vedea și art. 102 alin. (2) C. pr. pen.

⁶ D. Hîncu (Barbu), *Aspecte de drept comparat privind drepturile și obligațiile inculpatului*, Anuar, Tomul XIII, Evoluția și perspectiva dreptului românesc în context european, Universitatea „Petre Andrei” din Iași, Casa de Editură Venus, Iași, 2007, p. 227.

⁷ Art. 92 alin. (1) C. pr. pen.

⁸ Art. 92 alin. (2) C. pr. pen.; Gh. Dumitru, D. Hîncu (Barbu), *Problele. Aprecierea probelor. Noile reglementări procedurale în legătură cu administrarea și aprecierea probelor. Relevări jurisprudențiale*, Analele Facultății de Științe Juridice, Anul III, nr. 1(5), ianuarie 2006, Ed. Biblioteca, 2006, p. 163-164.

⁹ Art. 92 alin. (3) C. pr. pen.

¹⁰ A se vedea art. 94 C. pr. pen.

despre eventuale obiecțiuni formulate, actul fiind semnat și de avocat¹¹, având dreptul de a formula plângere potrivit dispozițiilor din art. 336-339 C. pr. pen.

În cursul urmăririi penale avocatul persoanei vătămate, al părții civile sau al părții responsabile civilmente poate solicita (ca și avocatul suspectului sau inculpatului) **să fie încunoștințat** de data și ora efectuării actului de urmărire penală ori a audierii realizate de judecătorul de drepturi și libertăți, asistența juridică a persoanei vătămate, a părții civile și a părții responsabile civilmente realizându-se potrivit art. 93 raportat la art. 89 alin. (1) C. pr. pen. În cazul măsurilor preventive, rolul avocatului este foarte bine conturat¹², indiferent de faza în care se află procesul penal, asistența juridică fiind obligatorie.

De asemenea, soluționarea cererii de revocare a măsurilor preventive și de înlocuire a măsurii preventive cu o altă măsură preventivă se face după ascultarea inculpatului asistat de un avocat ales sau numit din oficiu, iar când inculpatul, deși legal citat, nu se prezintă sau când, din cauza stării de sănătate, din cauză de forță majoră sau stare de necesitate nu poate fi adus trebuie să fie prezent un avocat ales sau numit din oficiu și acestuia i se va da cuvântul pentru a pune concluzii¹³.

Aceleași reguli se aplică și în **procedura de aplicare și de ridicare a măsurii obligării provizorii la tratament medical**¹⁴, (când suspectul sau inculpatul e prezent soluționarea propunerii făcându-se după audierea acestuia în prezența unui avocat ales sau numit din oficiu, iar în lipsa suspectului sau inculpatului în prezența avocatului care are dreptul să pună concluzii).

În procedura de aplicare a măsurii de **internare medicală provizorie**, soluționarea propunerii se face numai după audierea suspectului sau inculpatului, dacă starea sa de sănătate o permite, în prezența unui avocat, ales sau numit din oficiu¹⁵, iar când suspectul sau inculpatul se află deja internat într-o unitate de asistență medicală și deplasarea sa nu este posibilă, judecătorul de drepturi și libertăți procedează la audierea acestuia, în prezența avocatului, în locul unde se află.

În legătură cu **măsurile premergătoare**, în cazurile prevăzute de art. 90 C. pr. pen., judecătorul de cameră preliminară ia măsuri pentru desemnarea unui apărător din oficiu¹⁶ și stabilește, în funcție de complexitatea și particularitățile cauzei, termenul în care acesta poate formula în scris cereri și excepții cu privire la legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală, care nu poate fi mai scurt de 20 de zile.

¹¹ Art. 92 alin. (6) și art. 95 alin. (1) C. pr. pen.

¹² Art. 204 alin. (8), art. 209 alin. (9), art. 205 alin. (8) C. pr. pen. ș.a.

¹³ Art. 242 alin. (8) C. pr. pen.

¹⁴ Art. 246 alin. (4) C. pr. pen.

¹⁵ Art. 248 alin. (4) C. pr. pen.

¹⁶ Art. 344 alin. (3) C. pr. pen.

Conform art. 356 C. pr. pen., **asigurarea apărării** este conformă cu respectarea termenului rezonabil al procesului penal¹⁷, ceea ce se transpune printre altele în dreptul persoanei vătămate și a părților la un singur termen pentru a angaja un avocat. În ceea ce privește consultarea dosarului și obținerea de fotocopii de pe actele dosarului, în camera preliminară și în faza de judecată sunt aplicabile dispozițiile art. 92 și art. 128 din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești (aprobat prin Hotărârea CSM nr. 387/2005)¹⁸.

Trebuie subliniat că la încheierea acordului de **recunoaștere a vinovăției, asistența juridică este obligatorie**¹⁹.

Din cele nouă articole ale capitolului dedicate asistenței juridice și reprezentării în procesul penal, patru se referă în mod detaliat la drepturile avocatului în procesul penal și doar la trei obligații ale acestuia, și anume: de a asigura asistența juridică a părților și subiecților procesuali principali potrivit art. 88 alin. (3) C. pr. pen., de a se prezenta de câte ori este solicitat de organul judiciar, asigurând o apărare concretă potrivit art. 91 alin. (3) C. pr. pen., de a păstra confidențialitatea datelor și actelor de care a luat cunoștință prin studierea dosarului în faza de urmărire penală.

Bineînțeles că pe lângă obligațiile stipulate în Codul de procedură penală, există și alte obligații ale avocatului prevăzute în art. 40-41 din Legea nr. 51/1995, și anume: studierea temeinică a cauzelor care i-au fost încredințate, prezentarea la organele judiciare conform mandatului încredințat, pledarea cu probitate profesională, chiar dacă a fost desemnat din oficiu. Pe lângă aceste obligații, Legea nr. 51/1995 mai prevede la art. 39 și alte obligații.

Activitățile specifice avocatului sunt asistența juridică (facultativă sau obligatorie) și reprezentarea.

În unele cazuri, asistența juridică a suspectului sau inculpatului este obligatorie²⁰, spre exemplu, *când suspectul sau inculpatul este minor, internat într-un centru de detenție ori într-un centru educative, când este reținut sau arestat, chiar în altă cauză, precum și în alte cazuri prevăzute de lege*.

Discuții există cu privire la asistența juridică obligatorie în cazul procedurii aplicabile în cauzele cu infractori minori²¹, însă noi considerăm că dispozițiile art. 507 alin. (3) C. pr. pen. potrivit cărora „inculpatul care a săvârșit

¹⁷ D. Hîncu (Barbu), *op. cit.*, p. 225-228.

¹⁸ N. Volonciu, A.S. Uzlău ș.a., *op. cit.*, p. 226.

¹⁹ Art. 480 alin. (2), art. 484 alin. (2) C. pr. pen.

²⁰ Art. 90, art. 91 și art. 93 alin. (4) și (5) C. pr. pen.

²¹ Art. 504-520 C. pr. pen., care presupune reguli speciale în legătură cu persoanele chemate la judecată, întocmirea referatului de evaluare, compunerea instanței, publicitatea și desfășurarea ședinței de judecată, fără să se menționeze și asistența juridică obligatorie.

infracțiunea în timpul când era minor este judecat potrivit procedurii aplicabile în cauzele cu infractori minori, dacă la data sesizării instanței nu a împlinit 18 ani” lămurește în mod complet această controversă²².

Asistența juridică este obligatorie în cursul judecății în cazurile în care legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii mai mare de 5 ani, interpretare care se face potrivit dispozițiilor art. 187 C. pen. (fiind vorba de pedeapsa prevăzută pentru fapta incriminată săvârșită în forma consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de majorare sau reducere a pedepsei)²³, de unde se poate deduce concluzia că în faza de urmărire penală asistența juridică nu este obligatorie pentru suspectul/inculpatul cercetat în stare de libertate, indiferent de pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta reținută în sarcina sa, dacă nu se află în niciunul dintre cazurile prevăzute la art. 90 C. pr. pen.²⁴

Menționăm că există și cazuri de asistență juridică obligatorie a persoanei vătămate, a părții civile și a părții responsabile civilmente, dacă organul judiciar apreciază că nu-și pot face singură apărarea, ori în cazul în care persoana vătămată sau partea civilă este lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă.

De asemenea, victimelor infracțiunilor de trafic de persoane li se asigură asistență juridică obligatorie conform art. 44 alin. (1) din Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane.

Sancțiunea pentru încălcarea dispozițiilor referitoare la asistența juridică obligatorie a suspectului, inculpatului sau a celorlalte părți este nulitatea absolută, de unde rezultă concluzia că legiuitorul a omis în mod nejustificat prevederea sancțiunii cu nulitatea absolută a încălcării dispozițiilor referitoare la asistența juridică a persoanei vătămate²⁵.

Încălcarea dispozițiilor referitoare la asistența juridică obligatorie în cursul urmăririi penale poate fi invocată până la încheierea procedurii în camera preliminară, cu excepția cazului în care instanța a fost sesizată cu un acord de recunoaștere a vinovăției, când se poate invoca în orice stare a procesului²⁶. În cazul lipsei asistenței juridice obligatorii a părții civile/responsabile civilmente, când instanța a fost sesizată cu rechizitoriu, nerespectarea prevederilor legale nu poate fi ridicată decât de inculpat sau de către instanță, din oficiu.

²² I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală. În lumina noului Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 235.

²³ N. Volonciu, A.S. Uzlău, *op. cit.*, p. 218.

²⁴ G. Antoniu, A. Vlășceanu, A. Barbu, *Noul Cod penal comentat prin raportare la Codul penal anterior*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 311-312.

²⁵ N. Volonciu, A.S. Uzlău, *op. cit.*, p. 219.

²⁶ A se vedea art. 478-488 C. pr. pen.

În cauzele aflate în curs de judecată la data de 1 februarie 2014, încălcarea dispozițiilor legate de asistența juridică obligatorie, în cursul urmăririi penale, poate fi invocată până la începerea dezbaterilor²⁷.

În camera preliminară, excepția privind asistența juridică obligatorie poate fi invocată până la închiderea procedurii în camera preliminară sau remediată prin admiterea contestației și rejudecarea cauzei²⁸, iar în cursul judecății poate fi invocată de orice parte în orice stare a procesului sau remediată prin admiterea apelului și rejudecarea cauzei sau prin admiterea contestației în anulare²⁹.

În ceea ce privește reprezentarea, este evident că legiuitorul nu a înțeles să reglementeze doar reprezentarea prin avocat, ci și alte forme de reprezentare de unde putem trage concluzia că în procesul penal există reprezentare convențională, legală sau tehnică³⁰.

Problema reprezentării legale a suspectului/inculpatului nu se impune în procesul penal, deoarece persoanele lipsite de capacitate de exercițiu, minorii sub 14 ani nu răspund penal, neputând apărea ca subiecte în procesul penal.

În actuala reglementare, regula este că suspectul, inculpatul, celelalte părți, precum și persoana vătămată pot fi reprezentați, cu excepția cazurilor când este obligatorie prezența lor³¹.

3. Concluzii

Cele mai importante modalități prin care avocatul intervine și totodată contribuie la desfășurarea procesului penal sunt legale de asistența juridică acordată părților și subiecților procesuali principali, și de reprezentarea acestora.

Art. 31 din Legea nr. 51/1995, republicată, este identic cu art. 88 alin. (1) C. pr. pen., potrivit căruia avocatul asistă sau reprezintă părțile ori subiecții procesuali în condițiile legii³².

Se impune să subliniem că, pe lângă situațiile prezentate mai sus, există în legislația internă și situații când asistența juridică este gratuită (spre exemplu, victimele violenței în familie)³³.

Deși în Codul de procedură penală nu se fac distincții cu privire la asistența juridică obligatorie, subliniem faptul că partea sau subiectul procesual principal

²⁷ Art. 4 alin. (3) din Legea de aplicare nr. 255/2013.

²⁸ Art. 425 alin. (7) pct. 2 C. pr. pen.

²⁹ Art. 426 lit. f) C. pr. pen.

³⁰ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 221.

³¹ I. Neagu, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 218-221

³² V. Pasca, *Exercitarea dreptului la apărare și sancțiunea încălcării sale*, în *Dreptul* nr. 3/1995, p. 85.

³³ Art. 6 lit. e) din Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie care a fost republicată în M. Of. nr. 205 din 24 martie 2014.

poate alege avocatul, spre deosebire de legislația străină în care inculpatul nu poate să-și aleagă avocatul, fiind nevoit să-l accepte pe cel din oficiu³⁴.

Există situații pentru care trebuie să subliniem că este necesar pe lângă delegația de asistență juridică în cazul în care avocatul îndeplinește și rolul de reprezentant al părții sau al subiectului procesual principal, și de un mandat special, pentru situațiile prevăzute de lege³⁵.

În prezent, în multe țări, cu un sistem democratic și a statului de drept, procedura penală pune orice îndoială în favoarea inculpatului. Este nevoie de această prevedere, cunoscută și sub numele de prezumția de nevinovăție, de exemplu, în țările care sunt membre ale Consiliului Europei, în conformitate cu art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, și care este inclus în alte documente.

Sistemul de justiție penală este privit ca un sistem cu trei părți care constă din judecător, procuror și avocatul apărării. Fiecare parte din acest sistem are un rol specific. Rolul judecătorului este de a da o decizie imparțială bazată exclusiv pe faptele prezentate și legile aplicabile infracțiunii incriminate. Pentru a decide imparțial, judecătorul trebuie să fie în măsură să audă argumentele din ambele părți. Rolul procurorului este de a susține partea statului care încearcă să dovedească vinovăția inculpatului, iar rolul avocatului apărării este de a argumenta, în numele inculpatului, acesta din urmă neavând sarcina probei.

³⁴ W.J. Ganhof van der Meersch, *Convention europeene de droits de l'homme*, lucrare editată de Consiliul Europei, 1983, p. 148; I. Neagu, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 242.

³⁵ Conform art. 368 alin. (3) C. pr. pen., renunțarea la calea apelului sau revenirea asupra renunțării poate fi făcută cu mandat și prin mandat special. De asemenea, conform art. 222 alin. (3) C. pr. pen., plângerea poate fi făcută și prin mandatar, mandatul trebuind să fie special, iar împuternicirea să rămână atașată plângerii.

CAMERA PRELIMINARĂ

MODALITATE DE SIMPLIFICARE A PROCESULUI PENAL?

*Nadia Claudia CANTEMIR-STOICA**

Abstract:

Pre-Trial Chamber is a new institution, innovative, aimed to create a modern legal framework, in order to remove excessive length of proceedings at the trial stage. Having in mind the fact that Pre-Trial Chamber applies for about a year, this study aims to answer the question whether it has achieved the desire of the participating investors and simplifying judicial proceedings and reducing process time.

Keywords: *the pre-trial chamber, celerity, the pre-trial chamber juge*

Instituția camerei preliminare introdusă în legislația penală în cadrul noului Cod de procedură penală reprezintă, la prima vedere un element de noutate legislativă în materie. Aplecându-ne asupra Codului lui Carol al II-lea, constatăm că era reglementată instituția camerei de acuzare în cadrul art. 269¹ unde în ședința pregătitoare se examina dacă probele existente în cadrul dosarului sunt suficiente, legal administrate pentru a se dispune astfel trimiterea inculpatului în fața Curții cu Jurați. Într-adevăr, exista o altă filosofie în cadrul instituției evocate prin prisma faptului că judecătorului de instrucție îi incumba obligația de a face o analiză și cu privire la temeinicia trimiterii în judecată pe lângă verificarea legalității urmăririi penale și a caracterului complet.

Legiuitorul român a avut ca și sursă de inspirație Codul de procedura penală german² și italian³. Făcând o trecere în revistă de drept comparat, constatăm că în cadrul sistemului de drept anglo-saxon, în procedura "audierii preliminare" (*preliminary hearing, "a probable cause hearing"*) se verifică dacă procurorul a administrat suficiente probe care să susțină acuzația imputată inculpatului, judecătorul apreciind astfel dacă inculpatul urmează a se prezenta în fața "Camerei Marelui Juriu" sau dacă probele nu sunt întemeiate va închide dosarul. În Regatul Unit al Marii Britanii, scopul audierii preliminare este acela de a vedea dacă "Coroana" are destule dovezi pentru a justifica o trimitere în

* Avocat, Baroul București; drd., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; e-mail: av.nadiacantemir@yahoo.com.

¹ cauzele primite la procuror sunt supuse spre examinare într-o ședință pregătitoare, în scopul ca în fața instanței de fond să ajungă spre judecare numai acele cauze la care sunt probele necesare, suficiente și legal administrate, astfel încât instanța, judecând cauza în fond să poată hotărî dacă faptele sunt dovedite și dacă învinuitul le-a săvârșit și este vinovat de săvârșirea lor;

² Art.199-204.

³ Art. 418-425.

judecată. Cu acest prilej, acuzatul are posibilitatea să ia cunoștință de acuzațiile care i se aduc și dacă sunt destule dovezi, judecătorul trimite dosarul în judecata iar dacă apreciază că nu sunt destule dovezi, cazul va fi respins⁴.

Încercând să aflăm care a fost rațiunea legiuitorului atunci când a reglementat instituția camerei preliminare ne îndreptăm atenția către Expunerea de motive a proiectului Legii privind Codul de procedura penală unde se afirmă de către inițiatori că în considerarea deficiențelor cu care se confruntă sistemul procedural penal, a apărut necesitatea gândirii unui sistem modern, care să răspundă imperativelor creării unei justiții adaptate așteptărilor sociale, precum și creșterii calității acestui serviciu public. Așa fiind, se impune o intervenție legislativă ce vizează reducerea duratei proceselor și simplificarea procedurilor judiciare penale, prin introducerea de noi instituții, cum este acordul de recunoaștere a vinovăției, compatibilizarea mijloacelor de probă sau a procedurilor probatorii actuale cu standardele europene în materie, reducerea gradelor de jurisdicție, precum și prin reglementarea recursului în casație, ca o cale extraordinară de atac.

Camera preliminară este o instituție nouă, inovatoare, ce are ca scop crearea unui cadru legislativ modern, care să înlăture durata excesivă a procedurilor în faza de judecată. Prin reglementarea procedurii camerei preliminare se urmărește rezolvarea chestiunilor ce țin de legalitatea trimiterii în judecată și de legalitatea administrării probelor, asigurându-se premisele pentru soluționarea cu celeritate a cauzei în fond. În acest mod, sunt eliminate unele dintre deficiențele care au condus la condamnarea României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcarea duratei excesive a procesului penal.

Această instituție de drept procesual penal produce un efect direct, pozitiv asupra celerității soluționării unei cauze penale și înlătură o lacună a actualelor dispoziții procesual penale, în care examinarea legalității rechizitoriului, a probelor administrate în cursul urmăririi penale împiedică pe durată nedeterminată începerea cercetării judecătorești. În acest context, procedura camerei preliminare cuprinde reguli care elimină posibilitatea restituirii ulterioare, în faza de judecată, a dosarului la parchet, datorită faptului că legalitatea probatoriului și a trimiterii în judecată sunt soluționate în această fază⁵.

Având în vedere faptul că instituția supusă discuției se aplică de un an de zile, prezentul studiu își propune să răspundă la întrebarea dacă aceasta și-a

⁴ V. Brutaru, *Camera preliminară, o noua instituție de drept procesual penal*, Revista Dreptul 2/2010 p. 216;

⁵ a se vedea expunerea de motive a a proiectului Legii privind Codul de procedură penală regăsit pe www.just.ro;

atins dezideratul avut în vedere de inițiatori și anume simplificarea procedurilor judiciare și reducerea duratei proceselor.

Dacă aparent verificarea – filtru din camera preliminară nu ridică foarte multe dificultăți, analizând aspectele sesizate în practica instanțelor judecătorești constatăm contrariul. Astfel, judecătorului de cameră preliminară îi incumba obligația de a verifica patru aspecte legate de cauza dedusă judecării, după trimiterea în judecată a inculpatului prin rechizitoriu: competența instanței, legalitatea sesizării, legalitatea administrării probelor și legalitatea actelor efectuate de către organele de urmărire penală.

Primul aspect, pe care dorim să-l punctăm, constă în faptul că rolul judecătorului de cameră preliminară este acela de a face o verificare – filtru însă numai cu privire la legalitatea cauzei penale, neverificând astfel temeinicia probelor sau a trimiterii în judecată ori legalitatea și temeinicia încadrării juridice dată faptei descrise în rechizitoriu. Aceasta nu înseamnă că nu îi recunoaștem judecătorului de cameră preliminară rolul deosebit de important comparativ cu cel al instanței de judecată, având în vedere faptul că excluderea anumitor probe va cântări semnificativ asupra soluționării pricinii penale întrucât probațiunea reprezintă epicentrul procesului penal. Totodată, apreciem că deși factorul decident este judecătorul, o verificare atentă și minuțioasă trebuie realizată și de către apărător punând astfel umărul la începerea judecării unei cauze în care au fost eliminate aspectele de nelegalitate. Mai mult decât atât, odată începută judecata nu mai este posibilă restituirea cauzei la procuror în timpul cercetării judecătorești sau în etapa apelului.

Astfel, în practica judiciară a fost respinsă cererea de calificare a căii de atac a apelului ca fiind în parte apel împotriva sentinței penale, iar în parte contestație împotriva încheierii pronunțate în cursul judecării în primă instanță prin care, anterior datei de 1 februarie 2014, instanța a respins cererile inculpaților de restituire a cauzei către procuror. În consecință, s-a reținut că, pe calea deciziei ce se va pronunța în apel, instanța va ține seama și de necesitatea analizării criticilor cu privire la modalitatea de soluționare de către instanța de fond a cererii de restituire la procuror în vederea refacerii urmăririi penale, precum și de excludere a probelor nelegal administrate. Astfel, în măsura în care se va ajunge la concluzia că s-a nesocotit dreptul la apărare al inculpatului, că probele au fost nelegal administrate, acestea nu vor fi avute în vedere la deliberare⁶.

Verificarea competenței instanței reprezintă primul aspect asupra căruia este necesar a se apleca judecătorul de cameră preliminară. Procurorul este cel care decide ce instanță este competentă din punct de vedere material, funcțional, teritorial și după calitatea persoanei însă această decizie va trece prin filtrul judecătorului de cameră preliminară care poate, potrivit dispozițiilor

⁶ CAB, S. I pen., înch. din 1 iulie 2014, nepublicată.

art. 346 alin. (6) C. pr. pen. să decline competența unei alte instanțe, pronunțând astfel o încheiere definitivă. Așadar, *ab initio*, înainte de a parcurge etapa comunicării copiei rechizitoriului inculpaților trimiși în judecată și celorlalte părți (potrivit Deciziei Curții Constituționale nr. 641 din 11 noiembrie 2014 s-a apreciat ca în această procedură este necesar să participe toate părțile din procesul penal), judecătorul de cameră preliminară își va verifica propria competență.

Prin verificarea legalității sesizării instanței judecătorul de cameră preliminară constată dacă actul de sesizare este regulat întocmit. Așadar, potrivit dispozițiilor art. 328-329 C. pr. pen. se va aprecia în urma analizării rechizitoriului dacă acesta se limitează la fapta și persoana pentru care s-a efectuat urmărirea penală, cuprinde datele privitoare la fapta reținută în sarcina inculpatului cât și încadrarea juridică a acesteia, menționează probele și mijloacele de probă, stabilește cheltuielile judiciare, menționează măsurile preventive și asiguratorii luate în cauză și conține în mod expres dispoziția de trimitere în judecată.

O neregularitate care ar deriva din încălcarea celor precizate anterior ar exista atunci când fapte sau persoane ce nu au făcut obiectul urmăririi penale sunt sesizate instanței prin rechizitoriu ori atunci când în același act de sesizare regăsim fapte sau persoane pentru care nu s-a pus în mișcare acțiunea penală ori pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală prin rechizitoriu. În atare situație, judecătorul de cameră preliminară va dispune restituirea cauzei la procuror pentru refacerea actului de sesizare întrucât în atare situație nu ne aflăm în fața unor omisiuni care să fie remediate în procedura de cameră preliminară.

Un aspect deosebit de important care face obiectul acestei verificări îl constituie menționarea probelor și a mijloacelor de probă în cuprinsul actului de sesizare a instanței. Astfel, procurorului îi incumbă atât obligația enumerării mijloacelor de probă administrate cât și verificarea manierei în care aceste probe i-au format convingerea că fapta există, constituie infracțiune, a fost săvârșită de inculpat și acesta răspunde din punct de vedere penal. Așadar, procurorul trebuie să expună în cuprinsul actului de sesizare mecanismul logico-juridic folosit prin trimitere directă la probatoriu atunci când apreciază că se impune trimiterea în judecată a inculpatului.

Atunci când probatoriile nu au fost indicate ori, deși indicate, procurorul a omis să facă o evaluare a lor, apreciem că judecătorul de cameră preliminară, în cursul procedurii filtru, la cererea inculpatului sau din oficiu, trebuie să comunice omisiunile sesizate procurorului, el având posibilitatea de a le remedia în această etapă, fără a fi necesară restituirea cauzei la procuror pentru refacerea actului de sesizare⁷.

⁷ N. Volonciu și alții, *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 880.

Un alt element care se circumscrie legalității sesizării instanței este descrierea de o manieră rezonabilă a faptelor pentru care este trimis în judecată inculpatul, pentru a se putea stabili obiectul judecății așa cum este definit în cadrul art. 371 C. pr. pen.⁸ Din punctul nostru de vedere, este necesar ca faptele să fie descrise de o manieră clară și inteligibilă pentru ca inculpatul să își poată exercita dreptul la apărare întrucât numai în fața unei acuzații concrete se pot face apărări concrete.

Alteori, într-o manieră la fel de greșită în opinia noastră, descrierea faptelor este rezumată și confundată cu redarea exclusiv a conținutului constitutiv al infracțiunii, așa cum este descris în norma de incriminare. Însă conținutul constitutiv al infracțiunii ține de încadrarea juridică a faptei, iar obiectul judecății la instanța de fond este dat de fapta și persoana arătate în actul de sesizare, nu de încadrarea juridică a acesteia⁹. Aceste deziderate teoretice se aplică în mod direct în practica instanțelor de judecată¹⁰ unde se statuează că simpla indicare a infracțiunii cu referiri juridice echivoce și interpretări discreționare, ca și limitarea doar la enumerarea probatoriilor ori la redarea fragmentării a unora dintre acestea fără o corelare analitică, la obiect între faptă și ansamblul probator, nu sunt în măsură să convingă asupra legalității întocmirii rechizitoriului.

În ipoteza în care sunt trimiși în judecată mai mulți inculpați pentru mai multe fapte prevăzute de legea penală, procurorul are aceeași obligație de a se apleca asupra fiecărei fapte pentru a o descrie întrucât numai prin această manieră inculpatul se poate apăra pentru fiecare faptă în parte iar instanța de judecată poate pronunța o hotărâre raportându-se la infracțiuni în mod separat. Raportând aceste aspecte de ordin teoretic la practica instanțelor de judecată¹¹ observăm că judecătorul de cameră preliminară a constatat în baza art. 345 alin. (2) C. pr. pen., neregularitatea actului de sesizare emis de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – DNA, în ceea ce privește descrierea faptelor reținute în sarcina inculpatelor D.V. și F.G. judecătorul de cameră preliminară a constatat că nu există nicio descriere a infracțiunii reținute în sarcina inculpatelor, nici din punct de vedere descriptiv, narativ, nici în considerarea prevederilor legale care ar trebui să se distingă în concret, obiectul juridic al infracțiunii, explicația punctuală a participației penale sub forma complicității, identificarea subiectului pasiv, elementul material al laturii obiective tradus în concretețea activității infracționale, în ce măsură, raportat la modul de abordare a instrumentării cauzei este reflectată latura subiectivă a infracțiunii și prin ce rezultă intenția directă, calificată. Astfel, s-a sesizat procurorului necesitatea de a înlătura omisiunile legate de redarea în concret a faptelor reținute în sarcina

⁸ Judecata se mărginește la faptele și persoanele arătate în actul de sesizare a instanței;

⁹ N. Volonciu și alții, *op. cit.*, p. 881.

¹⁰ CAB, S. I pen., înch. din 19 ianuarie 2015, dosar nr. 4878/2/2014, nepublicată.

¹¹ *Idem*.

inculpatei, identificarea probatoriilor care susțin acuzațiile precum și reperele legale în raport de care se poate aprecia săvârșirea infracțiunilor prin încălcarea lor și care să poată permite verificarea în condițiile art. 342 și 346 C. pr. pen.

Nu în ultimul rând, legalitatea, loialitatea administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală reprezintă ultimul aspect asupra căruia este necesar a se pronunța judecătorul de camera preliminară din oficiu sau la cererea inculpatului trimis în judecată. Această activitate presupune o verificare minuțioasă atât a probelor, mijloacelor de probă și a procedeele probatorii, a fiecărui act procesual sau procedural efectuat de organul de cercetare penală, procuror sau chiar judecătorul de drepturi și libertăți (spre exemplu încheierea prin care s-a admis cererea procurorului de supraveghere tehnică a inculpatului pe o perioadă de 30 de zile).

Facem precizarea că nu pot face obiectul verificării relevanța, conclundența sau utilitatea administrării probatoriului, aceste aspecte putând fi fructificate numai atunci când se va dezbate fondul cauzei.

Raportându-ne și de această dată la practica instanțelor de judecată constatăm că inculpatul S.C.D. a solicitat înlăturarea declarației sale de martor, invocând incidența dispozițiilor art. 114, art. 118 și art. 101 C. pr. pen. S-a arătat că principiul loialității probelor statuat prin lege a fost încălcat de parchet în instrumentarea cauzei și a motivat că declarația de martor i-a fost luată în condițiile în care ar fi preexistat, potrivit procurorului probe pentru incriminarea sa ca inculpat. Judecătorul de cameră preliminară a considerat că s-au încălcat dispozițiile legale [art. 102 alin. (2) C. pr. pen. și art. 118 C. pr. pen.] și întrucât inculpatul a fost audiat la data de 20.06.2014 în calitate de martor iar la data de 23.06.2014 s-a dispus prin ordonanța continuarea urmăririi penale a suspectului și ulterior și-a rezervat dreptul la tăcere prin declarația din data de 26.06.2014¹².

Procedura în cameră preliminară poate fi împărțită în trei faze și anume: măsuri premergătoare (art. 344 C. pr. pen.), soluționarea cererilor și excepțiilor invocate (art. 345 C. pr. pen.) și soluțiile (art. 346 C. pr. pen.). Procedura în cameră preliminară a suferit numeroase modificări prin declararea neconstituționalității a art. 344 alin. (4) C. pr. pen., art. 345 alin. (1) C. pr. pen., 346 alin. (1) C. pr. pen. și art. 347 alin. (3) C. pr. pen. prin decizia nr. 641 din 11 noiembrie 2014 publicată în M. Of. Nr. 887 din 5 decembrie 2014¹³, reținându-se în esență că această procedura trebuie să respecte condițiile de contradictorialitate și oralitate și că norma legală trebuie să permită comunicarea către toate părțile din procesul penal – inculpat, parte civilă, parte responsabilă civilmente – a documentelor care sunt de natură să influențeze

¹² CAB, S. I pen., înch. din data de 28 noiembrie 2014, dosar nr. 4878/2/2014, nepublicată.

¹³ www.ccr.ro.

decizia judecătorului și să prevadă posibilitatea tuturor acestor părți de a discuta în mod efectiv observațiile depuse instanței. Curtea apreciază că rezultatul procedurii în cameră preliminară referitor la stabilirea legalității administrării probelor și a efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală are o influență directă asupra desfășurării judecății pe fond, putând să fie decisiv pentru stabilirea vinovăției/nevinovăției inculpatului. Or, reglementând în acest mod procedura camerei preliminare și având în vedere influența pe care această procedură o are asupra fazelor de judecată ulterioare, Curtea constată că legiuitorul a încălcat dreptul părților la un proces echitabil în componenta sa privind contradictorialitatea, oralitatea și egalitatea armelor.

În urma publicării acestei decizii constatăm că organele legislative nu s-au conformat dispozițiilor Curții Constituționale și nu au modificat articolele din cadrul Codului de procedură penală care au fost declarate neconstituționale. În pofida acestui aspect, constatăm din practica instanțelor de judecată că acestea aplică în mod direct decizia nominalizată chiar dacă nu avem dispoziții procesual penale în acest sens.

Un alt aspect pe care dorim să îl supunem atenției vizează procedura în cameră preliminară și anume care este modalitatea prin care procurorul poate remedia neregularitățile actului de sesizare, potrivit dispozițiilor art. 345 alin. (3) C. pr. pen. Astfel, constatăm că în ipoteza în care s-au formulat cereri și excepții ori judecătorul de cameră preliminară a invocat din oficiu excepții, în urma analizării se va pronunța cu privire la acestea în cameră de consiliu, cu participarea procurorului și a inculpatului. Mergând mai departe cu raționamentul, constatăm că judecătorul de cameră preliminară are următoarele posibilități: să pună în vedere parchetului să remedieze neregularitățile actului de sesizare, să excludă probele administrate în faza urmăririi penale în măsura în care va constata că au fost încălcate dispozițiile legale și nu în ultimul rând să constate nulitatea actelor de urmărire penală în măsura în care acestea au fost efectuate cu încălcarea normelor de procedură penală.

Constatăm așadar că singurul aspect care poate fi remediat în această procedură de către reprezentantul Ministerul Public constă în neregularitățile din actul de sesizare a instanței iar rațiunea pentru care i se comunică acestuia faptul că au fost excluse o parte din probe, respectiv că au fost sancționate cu nulitatea absolută sau relativă anumite acte de urmărire penală rezidă în poziția acestuia de a-și menține sau nu dispoziția de trimitere în judecată.

Problema care se ridică este ce fel de act procesual va emite procurorul în măsura în care dorește să se conformeze dispozițiilor judecătorului de cameră preliminară care a considerat că rechizitoriul este neregulat întocmit? În practica judiciară s-au conturat două opinii: fie se emite o ordonanță prin care se aduc modificări actului de sesizare fie procurorul va comunica un nou exemplar al aceluiași rechizitoriu dar cu modificările aferente.

Îmbrățișăm cea de a doua opinie întâlnită în practica instanțelor de judecată pentru argumentele care vor fi expuse. Potrivit art. 286 C. pr. pen. (intitulat „Actele organelor de urmărire penală”): „(1) Procurorul dispune asupra actelor sau măsurilor procesuale și soluționează cauza prin ordonanță, dacă legea nu prevede altfel. (2) Ordonanța trebuie să cuprindă: a) denumirea parchetului și data emiterii; b) numele, prenumele și calitatea celui care o întocmește; c) fapta care face obiectul urmăririi penale, încadrarea juridică a acesteia și, după caz, datele privitoare la persoana suspectului sau inculpatului; d) obiectul actului sau măsurii procesuale ori, după caz, tipul soluției, precum și motivele de fapt și de drept ale acestora; e) date referitoare la măsurile asigurătorii, măsurile de siguranță cu caracter medical și măsurile preventive luate în cursul urmăririi; f) alte mențiuni prevăzute de lege; g) semnătura celui care a întocmit-o.” Potrivit art. 327 C. pr. pen. atunci când constată că au fost respectate dispozițiile legale care garantează aflarea adevărului, că urmărirea penală este completă și există probele necesare și legal administrate, procurorul va emite rechizitoriu prin care dispune trimiterea în judecată, dacă din materialul de urmărire penală rezultă că fapta există, că a fost săvârșită de inculpat și că acesta răspunde penal sau va emite ordonanță prin care clasează sau renunță la urmărire, potrivit dispozițiilor legale.

Constatăm așadar că voința legiuitorului a fost aceea ca la finele urmăririi penale să întocmească fie un rechizitoriu prin care să dispună trimiterea în judecată fie o ordonanță prin care să dispună clasarea sau renunțarea la urmărirea penală, astfel este evident că acesta nu mai poate emite vreo ordonanță în legătură cu acea cauză, ci doar în cursul și până la finalizarea urmăririi penale. În condițiile în care instanța a fost sesizată printr-un rechizitoriu este clar că urmărirea penală a fost finalizată și am trecut astfel în următoarea fază a procesului penal și anume camera preliminară.

Din punctul nostru de vedere, unicul act cu care poate fi investită instanța este rechizitoriul validat prin încheierea judecătorului de cameră preliminară care dispune începerea judecății sau unul completat în urma aplicării dispozițiilor art. 345 alin. (3) C. pr. pen. ori un nou act de sesizare după ce s-a dispus restituirea în vederea refacerii conform art. 346 alin. (3) C. pr. pen.

În niciun text legal nu apare vreo mențiune care să valideze *un appendice* (adresă, precizare, comunicare, răspuns, ordonanță etc.) la rechizitoriul inițial, indiferent cum ar fi el identificat ca act procesual și care să fie ridicat la rang de rechizitoriu și să se alăture, în pofida art. 328 alin. (3) C. pr. pen. raportat la art. 327 C. pr. pen. coroborat cu art. 329 C. pr. pen., rechizitoriului cu privire la care s-au semnalat neregularități. A accepta teza potrivit căreia remedierea neregularităților se face de către procuror prin ordonanță, înseamnă a vulnerabiliza rechizitoriul, care ar putea deveni obiect al unor multiple modificări – ordonanței i-ar putea succeda alte ordonanțe – producând un

dezechilibru categoric al echității procesului penal inclusiv cu privire la drepturile procesuale ale inculpatului, care își construiește apărarea în raport de rechizitoriul care are o stabilitate consacrată prin lege și definit ca singur act de sesizare al instanței¹⁴.

Mai mult decât atât, legiuitorul când a edictat normele a oferit o forță și un efect juridic distinct rechizitoriului prin prisma faptului că este unicul act prin care se poate dispune soluția trimiterii în judecată și nu putem aduce niciun alt act la rangul acestuia. Nu în ultimul rând, dacă legiuitorul ar fi dorit ca remedierea neregularităților să se efectueze prin emiterea unei ordonanțe nu vedem care era impedimentul să fi reglementat în mod expres acest aspect în cadrul art. 345 alin. (3) C. pr. pen.

Prin această oportunitate oferită reprezentantului Ministerului Public de a îndrepta neregulile actului de sesizare s-a urmărit ca judecata care urmează a se efectua să se desfășoare în condiții de legalitate, echitate și în vederea respectării drepturilor și garanțiilor față de persoanele pentru care a fost formulată o acuzație în materie penală. Procurorul are în atare situație două posibilități: fie să remedieze neregularitățile completând rechizitoriul inițial cu aspectele învederate de judecătorul de cameră preliminară fie să mențină dispoziția de trimitere în judecată fără a dat curs solicitărilor judecătorului.

Nu este vorba de o chestiune formală sau de formularistică. A lipsi de importanța dată de legiuitor rechizitoriul al cărui titular absolut, exclusiv este procurorul de caz, demonetizând actele acestuia legate inclusiv de actul de sesizare, înseamnă a dezechilibra eșafodul normativ prin care s-a statuat și s-a garantat stabilirea actului de acuzare și respectarea corelativă a dreptului la apărare și eficientizarea actului de justiție¹⁵.

Nu trebuie să confundăm remedierea neregularităților actului de sesizare așa cum este reglementată în cadrul art. 345 alin. (3) C. pr. pen. cu ipoteza restituirii cauzei la parchet când rechizitoriul este neregularitar întocmit, iar neregularitatea nu a fost remediată în termen. Astfel, în prima ipoteză, procurorul are obligația doar de a completa rechizitoriul cu aspectele semnalate de către judecătorul de cameră preliminară, pe când în cea de a doua ipoteză operează dezinvestirea instanței urmând ca aceasta să fie investită cu un nou rechizitoriu de către procuror, acesta putând efectua acte de urmărire penală suplimentare în măsura în care consideră necesar, întrucât o astfel de restituire ne plasează din nou, în faza de urmărire penală.

În măsura în care procurorul a considerat că poate remedia neregularitățile invocate de inculpați sau de către judecătorul de cameră preliminară din oficiu printr-o ordonanță sau orice altă denumire act, precizare, adresă, sesizare, judecătorul de cameră preliminară constatând că reprezentantul Ministerului

¹⁴ CA, S. I pen., înch. din 19 ianuarie 2015, dosar nr. 4878/2/2014, nepublicată, p. 12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

Public nu s-a conformat dispozițiilor va dispune restituirea cauzei la parchet potrivit dispozițiilor art. 346 alin. (3) lit. a) C. pr. pen.

Dacă instituția camerei preliminare pare la început seducătoare, analizând cu atenție dispozițiile legale constatăm că sunt ridicate numeroase probleme atât teoretice și practice. Dacă în dosarele în care există un inculpat maxim doi nu se ridică foarte multe probleme, constatăm că în dosarele unde sunt trimiși în judecată numeroși inculpați cu pluralități de infracțiuni unde probatoriul este complex iar dosarul voluminos am observat că instituția nu și-a atins dezideratul avut în vedere de Inițiatorul Proiectului de lege care a apreciat că reducerea duratei proceselor și simplificarea procedurilor judiciare penale poate fi realizată astfel. Constatăm analizând practica instanțelor judecătorești că sunt nenumărate cauze penale în care procedura în cameră preliminară durează de aproximativ 8 luni. Din păcate, arhivele și-au sporit capacitatea în urma introducerii acestei noi proceduri iar celeritatea rămâne la acest moment un veșnic deziderat.

Scopul camerei preliminare – înfăptuirea unei justiții penale legale și echitabile – va fi atins atunci când destinatarii legii procesual penal și mă refer aici la categoria celor care o aplică în mod direct, vor înțelege care a fost *ratio legis* și anume că procedura camerei preliminare se circumscrie unei exigențe cu trei valențe de legalitate, celeritate și echitate în măsură să se realizeze, între altele verificarea conformității probelor administrate în cursul urmăririi penale, prin compatibilizarea mijloacelor de probă, a procedurilor probatorii actuale cu garanțiile consacrate prin lege.

Bibliografie:

1. Codul de procedură penală;
2. Codul penal;
3. Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală;
4. Constituția României;
5. Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală – Partea generală*, ed. Universul Juridic, București, 2014;
6. N. Volonciu și alții, *Noul Cod de procedură penală comentat*, ed. Hamangiu 2014;
7. M. Udroi, *Procedură penală, Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2014;
8. A. Zarafiu, *Procedură penală, Partea generală. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2014;
9. P. Buneci ș.a., *Noul Cod de procedură penală Note. Corelații. Explicații.*, ed. C.H. Beck, București, 2014;

10. V. Brutaru, *Camera preliminară, o noua instituție de drept procesual penal*, Revista Dreptul 2/2010;

11. I. Narița, *Camera preliminară – sub spectrul neconstituționalității?* – Revista Dreptul nr. 5/2014;

12. L.F. Ușvat, *Este camera preliminară o cameră distinctă a procesului penal?*, Revista Dreptul nr. 3/2014;

13. CAB, Secția I penală, încheierea din data de 19.01.2015, dosar nr. 4878/2/2014, nepublicată;

14. CAB, Secția I penală, încheierea din data de 28.11.2014, dosar nr. 4878/2/2014, nepublicată

15. www.ccr.ro;

16. www.just.ro.

CONFISCAREA VENITURILOR ILICITE ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ

Mihaela AGHENITEI*

Abstract:

Confiscation is defined by the Council Framework Decision 2005/ 212/ JHA of 24th February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property, as a judicial order "resulting in the final deprivation of property". That includes property of any description "whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, and legal documents or instruments evidencing title to or interest in such property" (Council Framework Decision 2003/ 577/ JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence).

Focusing on confiscation of criminal wealth can send an important message by removing negative role models from local communities.

As such the confiscation of criminal assets seeks ultimately to reduce and prevent crime by making known that criminals will not be allowed to enjoy their illicit means.

Keywords: *criminal assets, confiscation, European Union Decisions, Council Framework Decisions*

1. Concentrându-se pe confiscarea averii ilicite, poate trimite un mesaj important prin îndepărtarea persoanelor, de modele negative, din comunitățile locale.

Ca atare confiscarea bunurilor dobândite ilicit, urmărește în cele din urmă, reducerea și a prevenirea criminalității prin prevenția generală a comunicării faptului că infractorilor nu li se va permite să se bucure de mijloace dobândite ilicit.

Motivul concentrării pe confiscarea veniturilor ilicite cuprinde cel puțin două aspecte:

- se referă la faptul că o bogăție enormă dobândită penal, generată mai ales de diferite forme de infracțiuni de trafic, mărește riscurile destabilizării sistemelor financiare și corupției societății legitime;

- încearcă să submineze "rațiunea de a fi" a activității crimei organizate, și anume prin desființarea maximizării profitului prin mijloace ilicite.

* Lector universitar, doctor, Universitatea „Dunăre de Jos” Galați, Cercetător Asociat Institutul de Cercetări Juridice – Academia Română (maghenitei@gmail.com)

Confiscarea produselor infracțiunii a fost mult timp văzută în Uniunea Europeană și în afara ei, ca o armă importantă pentru combaterea crimei organizate.

2. Confiscarea este definită prin Decizia-cadru 2005/212 / JAI a Consiliului din 24 februarie 2005 privind confiscarea produselor având legătură cu infracțiunea: "a încasărilor, a instrumentelor și a bunurilor, de către un ordin judecătoresc ", și a condus la „deposedarea definitivă de proprietate". Aceasta include un bun de orice fel "dacă documentele sau instrumentele dovedesc un titlu sau interes în astfel de bunuri corporale sau necorporale, mobile sau imobile, precum și juridice" (Decizia-cadru 2003/577 / JAI a Consiliului din 22 iulie 2003 privind executarea în Uniunea Europeană a ordinelor de confiscare a bunurilor sau a probelor).

Decizia-cadru a Consiliului privind confiscarea produselor, conexe încasărilor instrumentelor și a bunurilor, definește noțiunea de venituri ilicite ca "orice avantaj economic provenit din infracțiuni". Pentru a evita disiparea probabilă a activelor infracționale suspectate înaintea unui ordin de confiscare, acesta din urmă este frecvent precedat de confiscarea vremelnică a activelor în cursul unei anchete. Confiscarea presupune că o instanță sau de altă autoritate competentă, să dispună "interzicerea temporară de transferare, distrugerea, transformarea, distribuția sau circulația bunurilor sau asumarea temporară a custodiei bunurilor" (Consiliul de la Convenția Europeană privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea de bunuri provenite din infracțiuni precum și finanțarea terorismului din 16 mai 2005).

3. Prima încercare serioasă la nivel internațional pentru a promova confiscarea bunurilor ilicite, a fost Convenția Națiunilor Unite împotriva traficului ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope, numit Convenția de la Viena, de 1988. Deși se concentrează doar asupra criminalității legate de droguri, Convenția de la Viena conține de anvergură și dispoziții inovatoare privind confiscarea veniturilor ilicite care au modelat și influențat multe alte instrumente care abordează confiscarea penală la nivel internațional, regional și local și pentru a permite ca aceasta să aibă loc, statele Uniunii Europene care au fost notificate în noiembrie 1990, prin Convenția de la Viena, trebuie să se asigure că bancile, societățile financiare sau comerciale sunt disponibile ca acces și că secretul bancar nu este un obstacol. Tot prin această Convenție, se solicită ca problemele de cooperare internațională și asistență juridică reciprocă relevante pentru punere în aplicare a ordinelor de confiscare emise de autoritățile competente ale altui stat, să fie rezolvate în timp util. Aceasta prevede confiscarea veniturilor obținute din infracțiuni și la confiscarea bunurilor în proporții, reprezentând valoarea proprietății ilicite, în cazul în care veniturile ilicite au fost amestecate cu activități legitime. Se ridică problema

schimbului de bunuri de confiscare între autoritățile din diferite state, care au combinat eforturile pentru a asigura confiscarea efectivă și posibilitatea ca bunurile confiscate să poată fi utilizate pentru prevenirea criminalității sau alte măsuri menite să reducă criminalitatea. Poate cel mai semnificativ punct al Convenției de la Viena este acela de a da posibilitatea ca statele să poată lua în considerare inversarea sarcinii probei cu privire la originea licită a produsului prezumat ilicit.

Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate, numită Convenția de la Palermo, din decembrie 2000, este concepută pentru a promova cooperarea, pentru a preveni și combate mai eficient criminalitatea organizată transnațională. Convenția identifică confiscarea veniturilor ilicite ca un mijloc important pentru a atinge acest scop. Se cere statelor să introducă măsuri care să permită confiscarea bunurilor provenind din activități infracționale și ridică posibilitatea de a inversa sarcina probei în cadrul procedurilor de confiscare.

Convenția Națiunilor Unite împotriva Corupției, numit UNCAC, din decembrie 2005 este concepută, printre altele, pentru promovarea cooperării internaționale împotriva corupției, inclusiv în recuperarea bunurilor. Aceasta conține multe din dispozițiile privind confiscarea-provizioanelor aferente convențiilor Organizației Națiunilor Unite prezentate anterior. În plus, UNCAC prevede dispoziții detaliate privind recuperarea și returnarea bunurilor confiscate, inclusiv obligația statelor de a adopta măsuri legislative pentru a le permite să se întoarcă bunurilor confiscate, către proprietarii legitimi înainte ca acestea să se deterioreze ori să despăgubească victimele infracțiunii. UNCAC prevede, de asemenea ca statele (care au ratificat Convenția) să ia în considerare a lua orice măsuri necesare pentru a permite confiscarea bunurilor fără condamnare penală, în condițiile în care infractorul nu poate fi urmărit din cauza "morții, sustragerii, absenței sau în alte cazuri asemănătoare".

Convenția Consiliului Europei privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii, numită și Convenția de la Strasbourg din 1990, este o piatră de hotar reală, privind promovarea confiscării penale. Această convenție a considerat că una dintre cele mai eficiente măsuri de combatere a crimei organizate a fost confiscarea penală. Cu acest obiectiv, Convenția a urmărit să promoveze cooperarea internațională în identificarea, urmărirea, confiscarea provizorie și confiscarea activelor de origine criminală. Statele trebuie să adopte măsuri legislative care să permită confiscarea produselor infracțiunii și măsuri provizorii în vederea confiscării finale; ele sunt obligate să coopereze în cea mai mare măsură posibilă în ceea ce privește investigațiile și procedurile care vizează confiscarea și trebuie să ia măsuri provizorii, cum ar fi înghețarea conturilor bancare, în vederea confiscării.

Convenția de la Strasbourg - a doua - mai 2005 - a fost completată de Convenția Consiliului European privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și

confiscarea veniturilor provenite din activitatea infracțională și finanțarea terorismului și recunoaște atât asemănările cât și caracteristicile distinctive dintre spălarea banilor și finanțarea terorismului, având un domeniu de aplicare mai larg și recunoscând că banii utilizați pentru a susține grupurilor teroriste ori să efectueze atacuri, nu trebuie neapărat să aibă origini penale. După Prima Convenție (1990), Convenția de la Strasbourg - a doua - permite posibilitatea unei abordări mai largi de confiscare cu privire la toate infracțiunile, dar, de asemenea, permite statelor să facă și rezervări. Convenția doua transmite un mesaj important că o confiscare obligatorie poate fi de dorit în ceea ce privește anumite infracțiuni foarte grave, cum ar fi traficul de persoane, dar nu merge atât de departe încât să oblige părțile să legisfeze în acest sens. Pe de altă parte, Convenția a doua are nevoie de state, în ceea ce privește infracțiunile grave, pentru a adopta măsuri legislative sau de altă natură care necesită existența unui infractor, pentru a demonstra originea licită a produsului prezumat penal.

O altă evoluție semnificativă în Convenția de la Strasbourg - a doua - cuprinde obligațiile statelor părți (statele Uniunii Europene) la Convenție, să furnizeze informații la solicitările altei părți – stat, dacă o persoană fizică sau juridică care face obiectul unei anchete penale, are un cont în bancă, pentru a furniza informații privind tranzacțiile bancare și pentru a monitoriza tranzacțiile bancare. Aceste dispoziții sunt în mare parte provenite din Protocolul Uniunii Europene din 16 octombrie 2001 la Convenția privind asistența reciprocă în materie penală între statele membre ale Uniunii Europene. Dar există mai mulți membri în Consiliul Europei, inclusiv astfel de țări precum ar fi Albania, Azerbaidjan și Moldova, care au adoptat aceeași poziție cuprindere la confiscarea bunurilor de proveniență ilicită, iar impactul potențial al acestor dispoziții poate merge dincolo de granițele Uniunii Europene, de la care sunt inspirate.

4. Planul de acțiune al Uniunii Europene de combatere a crimei organizate, din aprilie 1997, a concluzionat: "Consiliul European subliniază importanța pentru fiecare stat din Uniunea Europeană că ar fi bine de dezvoltat și legislația de largit în domeniul confiscării produselor infracțiunii ..." În mod similar trei ani mai târziu, prevenirea și controlul criminalității organizate, a devenit o strategie a Uniunii Europene pentru începutul noului mileniu, numită Strategia Millennium Uniunea Europeană ce prevede că: "Consiliul European este hotărât să se asigure că sunt luate măsuri concrete pentru urmărirea, înghețarea, sechestrarea și confiscarea rezultatelor infracțiunii."

Astfel, Uniunea Europeană a făcut pași importanți pentru a evidenția rolul confiscării penale și pentru a stabili că statele Uniunii Europene se apropie de înghețarea și confiscarea a bunurilor infracționale.

Acțiunea comună din 03 decembrie 1998 adoptată de Consiliu în temeiul articolului K3 din Tratatul Uniunii Europene, privind spălarea banilor, identificarea, urmărirea, înghețarea, sechestrarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunii, a fost o primă încercare de a asigura o punere în aplicare la nivelul Uniunii Europene a Convenției Consiliului Europei de la Strasbourg. Prezenta acțiune comună a fost modificată printr-o decizie-cadru din 26 iunie 2001 privind spălarea banilor, identificarea, urmărirea, înghețarea, sechestrarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunii. Luate împreună, în scopul de acțiune comună și Decizia-cadru a fost dispusă pentru a asigura o abordare minimă comună a statelor în raport cu aceste infracțiuni, pentru care ar trebui să se prevadă confiscarea. Abordarea este, în general, că, dacă o infracțiune se pedepsește cu închisoarea mai mare de un an, trebuie să fie posibilă, în temeiul dreptului național, de a dispune confiscarea produselor generate de acea infracțiune. Decizia acțiunii comune și cadru necesită, de asemenea, ca statele Uniunii Europene să pună în aplicare un sistem de confiscare a valorilor și să se asigure că toate cererile din partea altor state ale Uniunii Europene cu privire la identificarea activelor, urmărirea, înghețarea și confiscarea, sunt prelucrate cu aceeași prioritate ca și aceea acordată unor astfel de măsuri, în cadrul procedurilor interne.

De exemplu, acțiunea comună spune că pentru a promova asistența reciprocă în Uniunea Europeană și statele Uniunii Europene ar trebui să elaboreze și să actualizeze periodic "un ghid, inclusiv de informații de user-friendly despre posibilitatea obținerii de consiliere" privind identificarea, urmărirea, înghețarea și confiscarea activelor infracționale, iar statele "vor încuraja contactele directe între anchetatorii ... și procurorilor utilizarea adecvată a rețelelor de cooperare disponibile", pentru a reduce, în cazul în care este posibil, numărul de cereri formale de asistență. Este un precursor evident pentru Camden, Valorificarea Activelor inter-agenții de rețea (CARIN), care este o rețea informală alcătuită în principal din Uniunea Europeană ce permite experților care lucrează în domeniul identificării activelor infracționale și a recuperării, având ca scop, îmbunătățirea cooperării între agenții, în traversarea frontierelor identificate, înghețarea și confiscarea produselor infracțiunii.

Actul Consiliului din 16 octombrie 2001, de instituire, în conformitate cu articolul 34 din Tratatul privind Uniunea Europeană, a Protocolului la Convenția privind asistența reciprocă în materie penală între statele membre ale Uniunii Europene, cere statelor Uniunii Europene să răspundă la o cerere dintr-un alt stat, pentru a stabili dacă o persoană fizică sau juridică care face obiectul anchetei penale, deține sau controlează unul sau mai multe conturi bancare de pe teritoriul său; a furniza, la cerere dintr-un alt stat, detaliile conturilor bancare și a tranzacțiilor bancare și de a solicita monitorizarea tranzacțiilor bancare.

Obligația de a stabili dacă o persoană deține sau controlează unul sau mai multe conturi și de a oferi detalii cu privire la aceste conturi, se aplică numai în

cazul investigațiilor de infracțiuni mai grave, inclusiv cele care prevăd o pedeapsă cu închisoarea de un maxim de cel puțin patru ani, în statul solicitant și doi ani în statul solicitat. Protocolul a intrat în vigoare în majoritatea statelor Uniunii Europene.

Decizia-cadru din iulie 2003 privind recunoașterea reciprocă a ordinelor de înghețare a bunurilor sau a probelor, extinde practica recunoașterii reciproce pentru hotărârile, cu scopul de a permite autorităților judiciare competente să profite de proprietate, la cerere, cu acordul autorităților judiciare un alt stat membru al Uniunii Europene. În anumite cazuri, inclusiv în spălare de bani, fraudă, participarea la grupuri criminale, nu se poate cere nici o cerință de dubla incriminare care ar putea fi de altfel un obstacol pentru executarea ordinului de confiscare. Instrumentul solicită autorităților judiciare competente ale statelor să trateze direct cu o altă și să comunice decizia privind un ordin de confiscare, în cazul în care este posibil, în termen de 24 de ore de la primirea acestuia. Statele Uniunii Europene s-au obligat să ia măsurile necesare pentru a se conforma deciziei-cadru până în august 2005.

Decizia-cadru din februarie 2005 privind confiscarea produselor având legătură cu infracțiunea, a instrumentelor și a bunurilor, urmărește să asigure un grad suplimentar de armonizare a legislației statelor Uniunii Europene, privind confiscarea penală. Instrumentul abordează noțiunea de "confiscare extinsă". În esență, aceasta înseamnă că statele trebuie să se asigure că există măsuri corespunzătoare pentru a permite unei instanțe de a dispune confiscarea activelor unei persoane condamnate pentru anumite infracțiuni în cazul în care activele în cauză sunt derivate din activități infracționale, inclusiv, dar nu limitat la veniturile provenite din activitatea ilicită pentru care persoana a fost condamnată. Aceeași decizie include printre obiectivele sale, că statele Uniunii Europene ar trebui să aibă norme eficiente în ceea ce privește sarcina probei privind sursa bunurilor deținute de un infractor condamnat. Astfel, spre deosebire de Convenția a doua de la Strasbourg, decizia-cadru 2005 nu merge atât de departe încât să spună că statele impun infractorilor să demonstreze originea licită a bunurilor lor. Statele Uniunii Europene vor trebui să decidă dacă acestea interpretează această dispoziție în acest fel. Decizia-cadru include idei interesante, deși nu în mod obligatoriu, cum ar fi ideea de confiscare ce ar trebui să fie posibilă nu numai în ceea ce privește persoana condamnată, ci și în ceea ce privește bunurile dobândite de către cei mai apropiați acestora precum și a bunurilor sale transferate unei persoane juridice asupra căreia persoana condamnată și / sau relațiile sale ar avea o influență dominantă, ceea ce nu este altceva decât punerea în aplicare a deciziei-cadru până în martie 2007.

Decizia-cadru discutată în Parlament în a doua parte a anului 2006, privind aplicarea principiului recunoașterii reciproce pentru hotărârile de confiscare, stabilește normele conform cărora autoritățile judiciare ale unui stat al Uniunii Europene va recunoaște și executa pe teritoriul său un ordin de confiscare emis

de autoritățile judiciare competente ale altui stat. În cazul în care ordinul de confiscare se bazează pe o condamnare pentru una sau mai multe din lista de mai mult de 30 de infracțiuni ce se pedepsește cu o pedeapsă cu închisoarea de cel puțin trei ani în statul emitent, ordinul de confiscare nu poate fi refuzat pe motiv că fapta care a dus la hotărârea de confiscare nu ar fi constituit o infracțiune în statul de executare. Instrumentul conține, de asemenea, dispoziții privind schimbul bunurilor confiscate - dacă nu se convine altfel de către părțile implicate, regula generală fiind că valoarea bunurilor confiscate vor fi împărțite în mod egal între emitent și statul de executare.

În al treilea rând, combaterea a spălării banilor, se realizează prin Directiva din octombrie 2005 ce conține prevederi noi, importante, dintre care multe sunt concepute pentru a reflecta revizuirii ale celor Patruzeci de Recomandări ale FATF privind spălarea banilor și nouă recomandări speciale privind finanțarea terorismului. Directiva poate avea, de asemenea, un impact important în modul în care politica a Uniunii Europene se dezvoltă în zona de confiscare infracțională. Acest lucru se datorează faptului că, pentru prima dată, directiva cere statelor Uniunii Europene să "asigure că acestea sunt în măsură să revizuiască eficacitatea sistemelor lor de combatere a spălării banilor și a finanțării terorismului prin efectuarea unor statistici complete privind aspectele relevante în acest sens, de astfel de sisteme". Aceeași dispoziție se aplică fiecărui stat în ideea că aceste statistici sunt ca o acoperire a minimului de "cât de multă proprietate a fost confiscată provizoriu, sechestrată sau confiscată" de către autoritățile competente. În viitor, disponibilitatea informațiilor statistice comparabile ar trebui să permită concluzii importante care să fie trase în ceea ce privește eficacitatea abordărilor diferite ale fiecărui stat membru al Uniunii Europene, la confiscarea bunurilor infracționale. Aceste cerințe au fost dispuse pentru punere în aplicare de către statele Uniunii Europene până la mijlocul lunii decembrie 2007.

Planul de acțiune al Consiliului și Comisiei din iunie 2005, de punere în aplicare a Programului de la Haga privind consolidarea libertății, securității și justiției în Uniunea Europeană a identificat o serie de domenii pentru consolidarea luptei împotriva aspectelor financiare ale criminalității organizate. Acestea includ examinarea standardelor pentru restituirea bunurilor confiscate pentru despăgubirea victimelor identificabile sau în scopuri de utilitate publică. Planul de acțiune, de asemenea, solicită o revizuire și, dacă este necesar, o consolidare a legislației în vigoare privind confiscarea bunurilor de proveniență infracțională.

Bibliografie:

1. Convenția pentru Implementarea Înțelegerii Schengen
2. Tratatul Uniunii Europene
3. Programul de la Haga pentru întărirea libertății, securității și justiției

4. A. Weyembergh, "Approximation of Criminal Laws, the Constitutional Treaty and the Hague Program" (2005), 42 Common Market Law Review p. 1567-1574

5. Decizia Consiliului Europei cu privire la Eurojust – din 28.02.2002 amendat de Decizia Consiliului din 18.06.2003

6. Framework Decision on Euro Counterfeiting (2000)

7. Framework Decision on combating terrorism (2005)

8. Convention of 15.05.1972 – the Council of Europe Convention on Transfer of Proceedings of 15 May 1972

9. Convention Implementing the Schengen Agreement

10. Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle ne bis in idem (2005)

11. European Commission, Directorate General Justice Freedom and Security, Unit D2 – Fight against Economic, Financial and Cyber Crime

12. Council Framework Decision (2005) – 24th February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property

13. Council Framework Decision of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property of evidence

14. Convenția Consiliului Europei cu privire la Spălarea, Măsurarea și Confiscarea Produselor Infraționale și a celor utilizate în Finanțarea Terorismului din 16 May 2005

15. Convenția Națiunilor Unite despre Corupție din Decembrie 2005

16. Strasbourg Convention on 1990 – on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime

17. Second Strasbourg Convention – May 2005

18. Protocolul UE din 16 October 2001 cu privire la Convenția despre asistența mutuală în materie penală între Statele Membre ale UE

19. Prevenția și Controlul asupra Crimei Organizate: Strategia Uniunii Europene pentru Începutul Noului Mileniu (2000)

20. Councils Framework Decisions 2001-2008 – Revista de Drept Penal European (vol. 77)

PROCEDURA REDESCHIDERII PROCESULUI PENAL – EXIGENȚE ALE PROCESULUI ECHITABIL

Ionuț NEFLIU*

Abstract:

The requirements of fair trial imply in the case of retrial the examination of the sphere of subjects entitled to retrial, the undeniable observance of adversarial character of proceedings and also of the burden of proof. As a whole, the present Romanian Criminal Procedure Code stands the pace with other european legislations regarding in absentia trial, though there are some aspects to be improved such as the impartiality of the adjudicator.

Keywords: *fair trial, acknowledge of summon, duty to attend, justification of failure to attend*

Dreptul condamnatului român judecat în lipsă de a cere rejudecarea cauzei sale în prezența sa, a fost introdus din 2004 în CPP român prin art. 522¹ ca urmare a Deciziei-cadru nr. 2002/584/JAI a Consiliului UE, care a prevăzut drept garanție a executării unui Mandat european de arestare dreptul persoanei predate de a cere rejudecarea cauzei în care a fost judecată și condamnată în lipsă¹. CPP actual consacră actualmente un set de 5 articole (art. 466-470), ceea ce constituie un pas înainte pentru o reglementare mai cuprinzătoare față de singurul articol din CPP anterior.

După cum semnala și prof. dr. Damião da Cunha (Portugalia), "*într-un proces de structură acuzatorie, ședința de judecată și administrarea probelor dobândesc un loc central în procesul penal*"², ceea ce implică cu necesitate **asigurarea contradictorialității în administrarea probelor**, deci și prezența obligatorie a inculpatului și/sau a apărătorului acestuia în fața instanței, mai ales în momentele cu semnificație probatorie.

Și jurisprudența CEDO este constantă în a considera că "*în stabilirea acuzațiilor în materie penală ascultarea inculpatului în persoană ar trebui, oricum, să fie regula generală.*" (cauza Popa și Tănăsescu c. României, par. 46, 10 apr. 2012)³.

* Avocat definitiv, Baroul București; email: ionefliu@gmail.com

¹ Mihaela Laura PAMFIL, *Judecata în lipsă. Aspecte teoretice și de practică judiciară*, Revista de Drept Penal, nr. 4/2011, p. 154.

² José Damião da CUNHA, *O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento* (arts. 356.º e 357.º do CPP), Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nr. 3/1977, p. 405.

³ *Cipleu versus România*, dosar 36470/08, 14 ian. 2014, par. 32.

Din punctul nostru de vedere, exigențele procesului echitabil asupra procedurii redeschiderii procesului penal pot fi examinate pe următoarele aspecte:

1. Prin *persoană condamnată* se poate înțelege atât persoana care a primit o pedeapsă cu închisoarea sau cu amendă, dar și persoana achitată în penal, dar condamnată pe latura civilă în procesul penal. Textul art. 466 CPP, dacă ar fi interpretat altfel, în sensul restrâns al sferei de persoane condamnate (numai persoane condamnate la o pedeapsă), ar aduce atingere exigențelor constituționale de egalitate în fața legii (art. 16 par. 1 din Constituția României).

O problemă aparte se ridică atunci când un inculpat este achitat și implicit nu primește pedeapsă, dar este condamnat la o măsură de siguranță. CPP actual nu prevede nimic în privința condamnării la o măsură de siguranță, în ce condiții și circumstanțe de la sfârșitul deliberării se poate lua *doar* o atare măsură, art. 396 CPP neprecizând în ce poate consta condamnarea, astfel că revine practicii judecătorești și doctrinei un rol de creativă interpretare! În sistemul CPP italian, rejudecarea absentului poate fi propusă atât de cel condamnat, cât și de cel supus unei măsuri de siguranță prin sentință devenită definitivă și care a fost absent pe toată durata procesului (a judecății), dacă probează că absența este datorată unei necunoașteri neculpabile a datei instaurării procesului⁴.

Conform aceluiași autor italian⁵, poate accede la rejudecare, în egală măsură, și condamnatul absent, a cărui pedeapsă a fost ulterior grațiată. Este de menționat că nici art. 18 CPP român nu interzice o atare ipoteză, sintagma de „*continuare a procesului penal*” la cererea suspectului sau inculpatului trebuind a fi înțeleasă ca reprezentând manifestarea de voință a inculpatului, necenzurabilă și protectoare a prezumției de nevinovăție, în sensul determinării obiective a adevărului judiciar cu privire la o acuzație penală, cu beneficiul pentru inculpat al aplicării, în subsidiar, a cauzei de nepedepsire.

În ce privește alte persoane îndreptățite legal să inițieze procedura de rejudecare, CPP-ul în vigoare în mod corect permite și avocatului, în numele și în beneficiul condamnatului, să inițieze un atare demers procedural, care trebuie desigur însușit de condamnat.

Cu privire însă la alte părți decât inculpatul, prevederile art. 469 alin. (8) CPP român arată că instanța poate hotărî *ex officio* cu extindere și la alte părți care nu au făcut cerere, respectând principiul *non reformatio in pejus*. Ceea ce nu

⁴ Giovanni CONTI, *Il processo in absentia: le ricadute sul giudicato*, p. 1, comunicare ținută la Întrunirea în memoria Președinților Curții de Casație Italiene Torquato Gemelli și Giovanni Silvestri, Roma, 19 feb. 2015, articol disponibil la

http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1425059551CONTI_2015.pdf (ultima dată consultat la 06 mar. 2015).

⁵ Giovanni CONTI, *op. cit.*, p. 2.

clarifică textul este ce se întâmplă când la rejudecare persoana vătămată vine *ex novo* cu o cerere de constituire de parte civilă. În opinia noastră este posibilă și admisibilă o atare constituire, pentru că dacă textul împuternicește instanța să se pronunțe cu privire la situația altor părți din proces, fără a o agrava, atunci cu atât mai puternic cuvânt, partea civilă se poate constitui în noul proces redeschis pentru a obține desigur o situație mai favorabilă a satisfacerii pretențiilor sale civile. Dacă respectiva constituire de parte civilă nu a avut loc, cererea este admisibilă, necontrazicând principiul de nereformare *in pejus*, însă dacă constituirea de parte civilă a avut loc deja în absența condamnatului, iar instanța s-a pronunțat asupra pretențiilor civile, o nouă pronunțare asupra pretențiilor civile ar viola principiul *non reformatio in pejus* în ce-l privește pe petentul condamnat.

2. Asigurarea unei proceduri adversariale și implicit respectarea *dreptului la un mod contradictoriu, oral și nemijlocit, de formare a probei* consacrat în sediu european prin dispozițiile art. 6 par. 3 lit. d) din Convenția europeană.

Inițial, legiuitorul român a ales, în mod discutabil, să reglementeze procedura de soluționare a cererii de rejudecare după modelul cererii de revizuire, art. 522¹ alin. (2) CPP anterior prevăzând *expressis verbis* că devin aplicabile pentru rejudecare atât etapa admiterii în principiu, cât și etapa rejudecării de la calea extraordinară de atac a revizuirii.

Fosta procedura a rejudecării absentului (*id est* art. 522¹ CPP anterior) după calapodul revizuirii era însă foarte departe de a fi compatibilă cu exigențele judecării în primă instanță, pe fondul pricinii, întrucât nu se poate echivala, cel puțin din perspectiva exigențelor procesului echitabil, o cale extraordinară de atac cu judecata pe fond, întrucât judecata pe fond presupune o vigoare nealterată a prezumției de nevinovăție și un contradictoriu neafectat de prejudecăți și nici influențat de anterioare judecăți.

Pentru că s-a și arătat în doctrină, examinarea în principiu a cererii de revizuire se desfășoară în camera de consiliu, *fără prezența părților, care nu sunt nici citate, și fără participarea procurorului*⁶. Instanța decide pe baza probatorului administrat de către procuror în cadrul actelor de cercetare, neavând posibilitatea să mai administreze probe noi⁷. Este greu de acceptat că putem vorbi de un proces echitabil la rejudecarea absentului, când instanța se bazează unilateral pe probele unei singure părți – procurorul, fără posibilitatea unei confruntări adversariale pe tărâm probatoriu.

⁶ Grigore Gr. THEODORU, *Tratat de Drept procesual penal*, ed. a III-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 752.

⁷ *Idem*.

Recentissim, Curtea Constituțională a României a readus CPP-ul actual⁸ într-o logică adversarială, statuând în Dec. 641 din 11 nov. 2014 (M. Of. nr. 887 din 5 dec. 2014) următoarele: "din perspectiva contradictorialității, ca element definitoriu al egalității de arme și al dreptului la un proces echitabil, norma legală trebuie să permită *comunicarea către toate părțile din procesul penal* – inculpat, parte civilă, parte responsabilă civilmente – *a documentelor care sunt de natură să influențeze decizia judecătorului și să revadă posibilitatea tuturor acestor părți de a discuta în mod efectiv observațiile depuse instanței.*" (par. 43); în aceeași decizie a mai subliniat Curtea și că "în ce privește dreptul la o procedură orală, numai în cadrul unor dezbateri desfășurate oral procesul poate fi urmărit efectiv, în succesiunea fazelor sale, de către părți. Totodată, dreptul la o procedură orală conține și *dreptul inculpatului, al părții civile și al părții responsabile civilmente de a fi prezente în fața instanței.*" (par. 57).

3. Sarcina probei; dovada că nu a fost asigurat un mecanism de cunoaștere certă a datei și locului desfășurării procesului penal, incumbă petentului, nu organelor jurisdicționale, însă declarația de absență nu se referă doar la controale strict formale asupra mecanismului de cunoaștere, ci și la controale substanțiale asupra elementelor de fapt din care să rezulte cunoașterea procedurii din partea inculpatului⁹. Două sunt de altfel necesitățile generale și irenunciabile ale instalării contradictoriului ca premisă majoră a procesului echitabil: aducerea la cunoștință a acuzațiilor și efectivă *vocatio in iudicium* (notificare asupra desfășurării procesului)¹⁰.

Procedura comportă două momente distincte: ***etapa admisibilității***, în care să se examineze mecanismele concrete, formale și informale, de cunoaștere de către inculpat a deschiderii procedurii împotriva sa (așa-numitele *garanții comunicative, de notificare*) și ***etapa judecării pe fond*** (așa-numitele *garanții participative*¹¹), etape care însă ***nu ar trebui judecate de către același judecător***, întrucât imparțialitatea organului judecătoresc, la nivel de

⁸ CCR a declarat prin Dec. 641/2014 din 11 nov. neconstituționalitatea art. 344 alin. (4), 345 alin. (1), art. 346 alin. (1), art. 347 alin. (3) CPP, constatând că soluțiile legislative potrivit cărora judecătorul de cameră preliminară se pronunță „fără participarea procurorului și inculpatului” sunt neconstituționale, încălcând art. 6 par. 1 din Convenția EDO, dar și art. 21 alin. (3) din Constituția României.

⁹ Giovanni CONTI, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰ Agostino DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, Archivio Penale 2014, n.3, p. 14, articol disponibil la <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2014/03/web.06.2014.Orientamenti.DeCaro.pdf>

Ultima dată consultat-06 mar. 2015

¹¹ Gianrico RANALDI, *La rescissione del giudicato: esegesi di una norma imperfetta*, Processo penale e giustizia, nr. 1/2015, p. 123.

subconștient, poate fi afectată de prejudecata că executarea imperfectă a garanțiilor de notificare ar avea legătură cu gradul de vinovăție al inculpatului, cu alte cuvinte că sustragerea de la judecată ar trebui să atragă o pedeapsă mai severă, întrucât rolul educativ al judecății ar fi fost eludat prin absența intenționată a inculpatului.

Sistemul german nu recunoaște procesul în contumacie; absența inculpatului suspendă procedura și în tot acest răstimp este posibilă doar strângerea de probe care să fie valorificabile pe viitor¹².

Potrivit dispozițiilor art. 230 din StPO (*Codul de procedură penală german*), o ședință de judecată poate avea loc doar în prezența inculpatului, iar doctrina interpretează aceste dispoziții atât ca instituind o obligație de prezență (*Anwesenheitspflicht*), cât și consacrând un drept al inculpatului de a fi prezent (*Anwesenheitsrecht*) în fața instanței de judecată¹³.

Dreptul oricărei persoane de a beneficia de o audiere în fața unei instanțe de judecată, în conformitate cu legea, are în Germania rang constituțional, art. 103 din Constituția Federală reluând prevederile similare din art. 14 par. 1 ale Pactului Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice (16 dec. 1966).

Este permis ca ședința de judecată să aibă loc în absența inculpatului doar în câteva cazuri excepționale¹⁴, menționate ca atare în StPO, când judecătorul reține că absența inculpatului are legătură cu o strategie a aceluia de paralizare a procesului¹⁵.

Aceste cazuri excepționale se circumscriu următoarelor situații:

A) Art. 231 alin. (2) StPO, când inculpatul lipsește sau nu se mai întoarce după întreruperea ședinței de judecată, ședința poate continua dacă acesta a fost audiat cu privire la acuzație, iar curtea nu consideră că prezența sa mai este necesară.

B) Art. 231A StPO, când inculpatul cu intenție și într-un mod deliberat se pune în situația de a nu fi capabil să stea în judecată și, în cunoștință de cauză, împiedică continuarea ședinței de judecată în prezența sa, ședința va continua, dacă inculpatul nu a fost audiat cu privire la acuzație, dacă și Curtea consideră că prezența acestuia nu mai este necesară.

¹² Ida D'Ambrosio, *Il procedimento in contumacia nel confronto con gli ordinamenti di Francia, Portogallo e Germania*, p. 5, articol publicat pe siteul SIOI (Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale), 18 feb. 2008 – site: <http://www.sioi.org/Sioi/Dambrosio.pdf> (ultima dată consultat la data de 6 mar. 2015).

¹³ Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 11. Auflage, C.F. Müller, 2010, p. 77.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Agostino De Caro, *op. cit.*, p. 3.

C) Art. 213B StPO, când inculpatul este îndepărtat din sala de judecată și dus în arest din cauza comportamentului turbulent, dar va beneficia în orice caz de ocazia de a i se lua o declarație cu privire la acuzație.

D) Art. 231C StPO, inculpatul va putea absenta, la cerere, dacă ar putea fi afectat psihic de părți/segmente din depozițiile altor coinculpați.

E) Art. 232 StPO, ședința de judecată poate avea loc în absența inculpatului, dacă acesta a fost regulat citat și dacă a fost avertizat prin citație, că ședința poate avea loc în absența sa, și doar dacă este de așteptat în acea procedură o amendă penală de până la 180 de zile, o interdicere a dreptului de a conduce, o confiscare sau o obligație de desființare ori de aducere în stare de neîntrebuințare a unui lucru. O pedeapsă mai gravă sau o măsură de siguranță mai gravă nu va putea fi aplicată în acea procedură.

F) Art. 233 StPO, inculpatul, la cererea sa, este scutit de obligația de a compărea în fața instanței de judecată, dacă este *de așteptat* ca pedeapsa să nu depășească 6 luni de închisoare sau să constea într-o amendă penală de până la 180 de zile ori o interdicere a dreptului de a conduce ori o confiscare sau o obligație de desființare ori de aducere în stare de neîntrebuințare a unui lucru. Inculpatul scutit de a se prezenta în instanță va fi audiat de o comisie sau de un judecător anume desemnat.

G) Art. 247 StPO, inculpatul poate fi îndepărtat în cursul ședinței de judecată, la ordinul curții, dacă există temerea că un coinculpat sau un martor nu va spune adevărul dacă este examinat în prezența inculpatului. Este oarecum un caz în oglindă cu cel prevăzut în art. 231C StPO.

Sentința pronunțată *in absentia* este supusă reexaminării, doar dacă inculpatul nu compare în fața instanței de judecată sau nu se îndepărtează de la judecată fără să aibă autorizarea cuvenită primită de la instanță¹⁶.

Încălcarea dreptului inculpatului de a fi prezent în ședința de judecată constituie un caz **absolut** de revizuire, potrivit art. 338 alin. (5) StPO: „*atunci când ședința de judecată a avut loc în lipsa procurorului sau a unei persoane a cărei prezență este cerută de lege*”.

Procesul în contumacie portughez, după 1 ianuarie 1988 (data intrării în vigoare¹⁷ a CPP portughez¹⁸), se îndepărtează de modelul francez *par défaut*, fiind regândit în sensul suprimării sale aproape complete pentru maximizarea apărării personale a inculpatului¹⁹. Doar în cazuri excepționale, inculpatului i se

¹⁶ Ida D'Ambrosio, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷ Procesul penal portughez dobândește o nouă și democratică fizionomie odată cu Decretul-lege nr. 78/87 din 17 feb. prin care se aprobă „*o Código de Processo Penal*”.

¹⁸ Maria João Antunes, *Código de Processo Penal*, 21^a Edição, Janeiro 2015, Coimbra Editora, p. 217.

¹⁹ Ida D'Ambrosio, *op. cit.*, p. 5.

permite să solicite rejudecarea, dacă s-a aflat într-o situație de imposibilitate practică, gravă și permanentă.

Declarația de contumacie, prevăzută de art. 335-337 CPP, are ca efect suspendarea procedurii în curs până la prezentarea sau reținerea inculpatului, cu excepția realizării actelor urgente, actele urgente fiind definite în art. 320 CPP ca fiind cele care, prin întârzierea efectuării lor, pot pune în pericol strângerea sau conservarea probelor ori descoperirea adevărului. Declarația de contumacie comportă pentru inculpat nu doar suspendarea procedurii în curs, ci și emiterea imediată a unui mandat de arestare, dar și o serie de consecințe extraprocesuale²⁰ – incapacitatea de a dispune de propriile drepturi, imposibilitatea de a obține anumite documente ori certificate de la autoritățile publice, anulabilitatea contractelor de natură patrimonială încheiate după declarație, anulare care se ia în discuție la cererea Ministerului Public. Dacă există dosare conexe, declarația de contumacie produce separarea aceloră în care a fost pronunțată. Eficacitatea efectelor declarației de contumacie se produce prin intermediul Registrului de contumacie, care conține informații publice și verificabile *online* despre inculpații sau condamnații declarați contumaci.

Curtea de Apel din Porto a reținut printr-o decizie din 12 mar. 2008²¹ că, deși cererea de comisie rogatorie nu constituie *per se* un act urgent, ea trebuie dispusă pentru un inculpat plecat în Brazilia, întrucât este un act procesual care tinde să pună capăt situației de contumacie prin faptul că permite localizarea inculpatului, iar procesul poate astfel să-și reia cursul său firesc. Cu alte cuvinte, a reținut Curtea portugheză²², în situația contumaciei inculpatului, pe lângă actele urgente permise de art. 335 alin. (3) CPP, trebuie efectuate și *actele apte să conducă la caducitatea declarației de contumacie*, potrivit dispozițiilor art. 336 alin. (1) CPP portughez: "*Declarația de contumacie este anulată de îndată ce inculpatul se prezintă sau este arestat.*"

Curtea de Apel din Coimbra a subliniat printr-o decizie din 07 iun. 2006²³ că declarația de contumacie, așa cum este definită în art. 336 și 337 CPP, impune inculpatului anumite restricții care vizează, pe de o parte, să-l demotiveze pe acesta să se mențină în această situație și, pe de altă parte, să-l facă să iasă din această situație de contumacie prin prezentarea sa, voluntară sau forțată, în fața instanței de judecată.

²⁰ *Idem.*

²¹ <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bf1ed9b072d67d7b8025742d003a5c7d?OpenDocument> (link consultat ultima dată la 6 mar. 2015).

²² Portuens= provenind, locuind în Porto, cf. Dicționarului portughez online PRIBERAM <http://www.priberam.pt/dlpo/portuense>

²³ <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8b196c85a86463f08025719a002ff8cc?OpenDocument> (link consultat ultima dată la 06 mar. 2015).

Se observă în sistemul portughez o paralizie a procesului, cu riscul prescrierii faptelor penale imputate²⁴, în schimb mecanismul este mai apt în a asigura mai bine contradictoriul²⁵, oferind un model defensiv mai protecționist față de drepturile inculpatului, neadmițând o judecată *in absentia*, fără să existe certitudinea cunoașterii celebrării procesului. Practic nu vorbim de o rejudecare în sistemul CPP portughez, ci de o reluare/continuare a judecării.

De menționat că procedura rejudecării nu este aplicabilă în mai multe legislații (italian, român) acelor persoane condamnate care au renunțat în mod cert să participe în proces conștient și voluntar, fie sustrăgându-se de la urmărire penală sau judecată, fie lăsând un mandat de reprezentare unui avocat ales sau lăsând o cerere de judecare în lipsă. În acest sens sunt și prevederile art. 466 alin. (2) CPP român, respectiv cele ale art. 466 alin. (4).

Remarcăm desigur un progres în procedura penală română odată cu art. 466 și urm. CPP față de vechea reglementare pe mai multe paliere:

1. Prin faptul că poate accede la rejudecare și persoana care a avut cunoștință de proces, dar a lipsit în mod justificat de la judecarea cauzei și nu a putut încunoștința instanța, nu doar persoana care nu a luat la cunoștință în niciun mod oficial despre desfășurarea procesului.

2. Prin faptul că cererea se adresează direct instanței de judecată.

3. Prin faptul că instanța de judecată judecă, din nou, pe fond sau în apel, acuzațiile. Cu alte cuvinte și absența de la judecata în apel se poate asana prin rejudecare, ceea ce este desigur în acord cu cerințele procesului echitabil.

4. Faptul că cererea se judecă de urgență, potrivit art. 469 alin. (2) CPP.

O scădere importantă a procedurii, aspect din păcate foarte des întâlnit în procedura penală românească, este lipsa de grijă a legiuitorului, *pentru a asigura imparțialitatea judecătorului, situându-l la adăpost de orice prejudecată și parti-pris-uri*. Faptul că același judecător se succede și în etapa admisibilității și în cea propriu-zisă a rejudecării ridică desigur nedumeriri atât cu privire la respingeri premature, cât și referitor la admiteri pripite, fiind greu de admis că încă din etapa admisibilității anumite elemente de fapt referitoare la cunoașterea acuzațiilor sau la notificare nu ar sedimenta convingerea judecătorului spre o soluție sau alta în etapa a II-a, cea a rejudecării.

²⁴ Agostino De Caro, *op. cit.*, p. 3.

²⁵ *Idem*.

SIMPLIFICAREA NORMATIVULUI PROCESUAL PENAL ÎN MATERIA MĂSURILOR DE SUPRAVEGHERE TEHNICĂ

*Dominic George POP**

Abstract:

In the process of drafting the corresponding legislation, which is in constant evolution dynamics driven by both technical methods and also by the vision of the Strasbourg Court on special research methods, the main difficulty remains finding a legal framework suitable, simple and predictable. It becomes necessary to reconsider the position of legislature by improving the Criminal Procedure Code and maintaining a minimal coding, comprehensive and uninterpretable.

Keywords: *criminal law, technical supervision, codification, Criminal Procedure Code*

1. Introducere

Măsurile de supraveghere tehnică, reprezentând una dintre cele mai severe intruziuni în viața privată a persoanei, au beneficiat de o atenție deosebită din partea legiuitorului ulterior anului 1990, centrată pe necesitatea ralierei legislației procesual penale la aceste metode investigative moderne, demersuri destinate însă în mod primordial asigurării conformității între reglementarea procesual penală și exigențele legii fundamentale, astfel cum acestea sunt edictate în Capitolul II al Titlului II al Constituției României, precum și cu cerințele normative și jurisprudențiale izvorâte din art. 8 al Convenției europene a drepturilor omului.

În acest proces de elaborare a legislației corespunzătoare, aflat într-o continuă dinamică determinată de evoluția atât a metodelor tehnice, dar și a viziunii Curții de la Strasbourg asupra metodelor de cercetare specială amintite, principala dificultate a fost și este reprezentată de găsirea unui cadru normativ adecvat, simplu și predictibil, care să satisfacă necesitatea combaterii și descoperirii infracțiunilor, dar și să limiteze ingerința în drepturile fundamentale ale persoanei.

2. Cadrul normativ

Deși în redactarea originară a Codului de procedură penală (1969) aceste mijloace de cercetare a infracțiunilor lipseau, opera legislativă a ultimilor 20 de ani a cunoscut chiar un exces de reglementare, astfel încât anterior intrării în

* Avocat, Baroul București; student doctorand în cadrul Școlii Doctorale a Universității București, Facultatea de Drept, specializarea Drept procesual penal; e-mail: pop.dominic@gmail.com.

vigoare a Noului Cod de procedură penală, dincolo de sediul materiei reprezentat de art. 91¹-91⁶ C. pr. pen.¹ și art. 224¹-224⁴ C. pr. pen. (1969)², nu mai puțin de 16 acte normative³ cuprindeau dispoziții relevante în materie.

Legislația internă amintită se completează în mod corespunzător cu cea comunitară, cea mai relevantă în acest sens fiind Recomandarea Rec(2005)10 a Comitetului de Miniștri⁴ privitoare la tehnicile speciale de investigare.

Prin noul Cod de procedură penală (Titlul IV al Părții generale, Capitolul IV, art. 138-154) o reglementare amplă este dedicată metodelor speciale de supraveghere și cercetare, legiuitorul manifestând în mod cert dorința de a armoniza cadrul legislativ intern cu exigențele art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului și practica relevantă în materie, deziderat legitim și realizat în buna parte.

Astfel, au fost extinse garanțiile necesare pentru prevenirea abuzurilor în încălcarea dreptului la respectarea vieții private și a corespondenței prin redimensionarea rolului judecătorului în materie (de ex., art. 152 NCPP), au fost edictate în mod expres cerințele necesității și proporționalitățile în cazul restrângerii drepturilor individuale (de ex., art. 150 NCPP) și, nu în ultimul rând, au fost aduse necesare precizări și distincții terminologice⁵ (de ex., departajarea comunicațiilor de comunicări și înregistrarea conversațiilor).

Ar mai fi de menționat că în conformitate cu Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, dispozițiile privitoare la măsurile de supraveghere cuprinse în normativul speciale se abrogă, o opțiune adecvată a legiuitorului în linia unei codificări unitare a cadrului normativ în materie.

Cu toate acestea, este lesne de identificat menținerea unui exces de reglementare în privința metodelor tehnice de supraveghere, dar și utilizarea unei terminologii neunitare și imprecise ori cuprinderea unor norme repetitive,

¹ Dispozițiile Secțiunii V¹ din Capitolul II al Titlului III al Părții generale a Codului de procedură penală au fost introduse prin Legea nr. 141/2006 și modificate prin Legea nr. 281/2003, Legea nr. 356/2006 și O.U.G. nr. 60/2006.

² Introduse prin Legea nr. 281/2003 și modificate prin Legea nr. 356/2006.

³ În acest sens sunt relevante Legea nr. 51/1991, Legea nr. 14/1992, Legea nr. 1/1998 privind organizarea și funcționarea Serviciului de Informații Externe, Legea nr. 191/1998, Legea nr. 78/2000, Legea nr. 143/2000, Legea nr. 678/2001, Legea nr. 656/2002, O.U.G. nr. 43/2002, Legea nr. 182/2002, Legea nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției Române, Legea nr. 39/2003, Legea nr. 161/2003, Legea nr. 508/2004, Legea nr. 535/2004, O.U.G. nr. 30/2007 privind organizarea și funcționarea Ministerului Internelor și Reformei Administrative.

⁴ Disponibilă pe <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849269&Site=CM>

⁵ Doctrina a sesizat încă anterior adoptării Noului Cod de procedură penală că normativul special (Legea nr. 543/2002) utilizează în mod eronat termenul de *comunicații* ca obiect al interceptării și nu noțiunea corectă de *comunicări*; a se vedea M. Udrioiu, R. Slavoiu, O. Predescu, *Tehnici de investigare în justiția penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 15.

toate acestea fiind contrarii dezideratului de simplificare a cadrului normativ de interes.

3. Definiții legale superflue și imprecise

În privința metodelor propriu-zise de cercetare prin intermediul supravegherii tehnice, legiuitorul a preferat definirea legală a acestora în cadrul art. 138 NCPP, alin. (2)-(7) și (9) din articolul amintit.

Cu titlu general, remarcăm modalitatea oarecum confuză de definire legală a procedurilor probatorii amintite, atât datorită nerespectării ordinii de tratare a acestora din cuprinsul art. 138 alin. (1) lit. a)-e) NCPP, cât și datorită intercalării nejustificate a metodei percheziționării trimiterilor poștale [art. 138 alin. (7)].

Totodată, nu vedem necesitatea definirii în art. 138 alin. (4) și (5) NCPP a noțiunilor de sistem informatic și date informatice care și în prezent sunt definite în mod exhaustiv prin dispozițiile art. 35 din Legea nr. 161/2003.

Este adevărat că normele procesuale trebuie să fie redactate atât de precis și clar⁶, încât interpretarea lor să fie extrem de restrictivă, dar în același timp un conținut sintetic și cuprinzător al normei asigură buna desfășurare a procesului penal, astfel încât un exces de reglementare este virtual apt să producă dificultăți în aplicare.

Se remarcă definiția dată potrivit art. 138 alin. (2) NCPP interceptării comunicațiilor sau a oricărui tip de comunicare, prin aceasta înțelegându-se interceptarea, accesul, monitorizarea, colectarea sau înregistrarea comunicărilor efectuate prin telefon, sistem informatic sau orice alt mijloc de comunicare.

Este în primul rând de observat că verbul „a intercepta” semnifică în limbaj comun⁷ a surprinde și controla o convorbire telefonică sau o corespondență între două persoane. De asemenea, verbul „a înregistra” desemnează⁸, printre altele, și acțiunea de a imprima cu mijloace tehnice sunetele, imaginile.

Prin urmare, utilizarea în cuprinsul definiției legale a conceptelor de monitorizare, colectare sau acces la comunicări este superfluă, noțiunile de înregistrare și interceptare utilizate anterior în cuprinsul art. 91¹ alin. (1) C. pr. pen. (1969) fiind atotcuprinzătoare.

În același registru, enumerarea mijloacelor de efectuare a comunicărilor – telefon, sistem informatic – urmată de referirea la orice alt mijloc de comunicare, este la rândul său aptă să producă confuzii.

Afirmăm aceasta întrucât inclusiv scrisorile poștale sunt mijloace de comunicare, iar în privința acestora Noul Cod de procedură penală a prevăzut o procedură distinctă de cea a mijloacelor de supraveghere tehnică, dar comună

⁶ V. Dongoroz s.a., *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală*, ed. a II-a, Ed. Academiei Române, București, 2003, vol. V, p. 15.

⁷ Conform DEX Online, www.dexonline.ro

⁸ Conform DEX Online, www.deconline.ro

în aspectele esențiale (organe, acte procedurale și procesuale etc.), fapt care dovedește din nou excesul de reglementare, omniprezent în Noul Cod de procedură penală.

Ca referință comparativă, Codul de procedură penală francez (art. 100)⁹ se referă exclusiv la interceptarea, înregistrarea și transcrierea comunicărilor (corespondenței) prin mijloace de telecomunicație, acoperind printr-o reglementare succintă ipotezele posibile de comunicare electronică.

Codul de procedură penală german¹⁰, în art. 100c, se limitează să reglementeze supravegherea și înregistrarea telecomunicațiilor, fără știința persoanelor vizate, de asemenea o norma suplă și cuprinzătoare.

Este adevărat însă că referirea în cuprinsul art. 138 alin. (2) NCPP la sisteme informatice și orice alte mijloace de efectuare a comunicărilor, acoperă în plus față de cele două legislații comparate orice posibilitate tehnică de comunicare, însă aceasta nu scuză formularea repetitivă și imprecisă.

În mod similar, supravegherea video, audio sau prin fotografiere este înțeleasă ca fotografierea persoanelor, observarea sau înregistrarea conversațiilor, mișcărilor ori altor activități ale acestora [art. 138 alin. (6) NCPP].

Din nou, nu putem să nu observăm exprimarea confuză și sărăcăcioasă folosită de legiuitor în definirea metodei de investigare prin supraveghere video, audio sau fotografiere.

Astfel, adjectivul „video”¹¹ se referă la orice sisteme de înregistrare a imaginii, fie ea statică sau dinamică, condiții în care supravegherea prin fotografiere este subînțeleasă în cazul supravegherii video¹², fiind prin urmare în prezența unei exprimări pleonastice.

Totodată, sfera activităților persoanelor enumerate în art. 138 alin. (6) NCPP (conversații, mișcări sau alte activități), deși se vrea exhaustivă, omite utilitatea înregistrărilor ambientale ale altor evenimente sau împrejurări (de ex., cele produse de obiecte, mecanisme, identificarea unor bunuri etc.) care, petrecându-se sau aflându-se eventual în sfera privată a individului (de ex., locuința autorului unei infracțiuni), reprezintă, de asemenea, o ingerință în drepturile protejate de art. 8 din Convenție.

Ca atare, apreciem că referirea la supravegherea audio-video a persoanelor este limitativă și constrângătoare, sens în care este utilă comparația cu viziunea legiuitorului german din cuprinsul art. 100c, 100f și 100h C. pr. pen. ger.¹³

⁹ Code de procedure penale, disponibil pe www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰ Straffprozessordnung (StPO), disponibil pe www.gesetze-im-internet.de.

¹¹ Conform DEX Online, www.dexonline.ro.

¹² În același sens, a se vedea M.V. Tudoran, *Teoria și practica interceptărilor și înregistrărilor audio sau video judiciare*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 35.

¹³ Straffprozessordnung (StPO), disponibil pe www.gesetze-im-internet.de

Astfel, potrivit art. 100c C. pr. pen. ger., pot fi utilizate mijloace tehnice de înregistrare a conversațiilor în mediul privat, în timp ce art. 100f încuviințează înregistrarea autorizată a conversațiilor din afara locuinței persoanei vizate, dacă acestea nu sunt destinate publicului. Conform art. 100h C. pr. pen. ger., înregistrările de imagini sunt admisibile doar în ipoteza în care acestea sunt efectuate în afara locuinței persoanei cercetate, iar acestea sunt necesare pentru stabilirea situației de fapt, indiferent de obiectul înregistrărilor.

În aceste coordonate, ar fi fost recomandabilă simpla referire în cuprinsul art. 138 alin. (6) NCPP la înregistrările de imagini și/sau audio, în mediul privat sau public, utile pentru stabilirea situației de fapt.

4. Determinarea necorespunzătoare a sferei infracțiunilor

Edificator este cuprinsul Recomandării REC (2005) 10 a Consiliului de Miniștri, unde se arată (Capitolul II b.5, teza a II-a) că în procesul de decizie asupra folosirii tehnicilor speciale de investigare este necesară o evaluare din prisma gravității infracțiunii și în considerarea naturii intruzive a investigațiilor speciale, pentru a se păstra proporționalitatea între necesitatea recurgerii la metodele de supraveghere și interesul și drepturile individuale.

În legislația internă, categoriile de infracțiuni pentru care pot fi autorizate metodele de supraveghere tehnică sunt enumerate prin dispozițiile art. 139 alin. (2) NCPP, iar acestea sunt atât cele arătate în mod expres, dar și orice alte infracțiuni pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani sau mai mare.

Remarcăm, în concordanță cu alte opinii doctrinare¹⁴, că orice enumerare a infracțiunilor pentru care poate fi autorizată o metodă specială de investigare este inutilă, fiind suficientă determinarea unui minim de pedeapsă, în funcție de care să fie acoperită în mod obiectiv noțiunea de *infracțiune gravă*, fără a încălca norma procesuală cu enumerarea unor infracțiuni, care oricum satisfac acest criteriu.

5. Omisiunea delimitării ingerinței în viața privată

Constatăm că, în ciuda unui exces de reglementare a infracțiunilor eligibile pentru aplicarea unei măsuri de supraveghere, legiuitorul a trecut cu ușurință peste reglementarea problemei controversate a sferei private a unei persoane, noțiune intrinsecă materiei de interes.

Referitor la comunicările din spațiul privat al persoanei, în privința acestora operând prezumția de confidențialitate, intră în această arie toate convorbirile purtate în domiciliul sau reședința individului¹⁵, atât locuința legal obținută sau ocupată, cât și cea asimilată acesteia prin legăturile suficiente și continue ale persoanei cu locul respectiv, dar și locul unde aceasta își desfășoară activitatea

¹⁴ M.V. Tudoran, *op. cit.*, p. 68

¹⁵ M.V. Tudoran, *op. cit.*, p. 39

profesională (sediul societății, cabinetul avocatului etc.)¹⁶. Sunt subsumate spațiului privat și locațiile accesibile publicului, însă care, conjunctural, sunt folosite în scopuri private (de ex., separeul unui restaurant, întregul restaurant închiriat pentru petreceri private, loja unui teatru etc.)¹⁷.

De interes este în acest context o hotărâre a Curții Supreme a Statelor Unite ale Americii¹⁸ care a statuat că instalarea de mijloace tehnice de înregistrare într-o cabină telefonică utilizată în mod repetat de făptuitor pentru purtarea convorbirilor de natură infracțională, reprezintă o ingerință în sfera privată a unei persoane. În motivarea hotărârii, s-a arătat că față de caracteristicile cabinei telefonice (o construcție din sticlă delimitată) și față de utilizarea repetată a acesteia de către subiect, operează o prezumție de confidențialitate, iar pătrunderea în această locație putea fi încuviințată de judecător ca urmare a caracteristicilor fizice ale acesteia, care permiteau individualizarea.

Nota bene, conform art. 706-96 C. pr. pen. fr., măsurile de supraveghere audio sau video necesită autorizarea și controlul judecătorului de instrucție atunci când acestea privesc înregistrările conversațiilor private sau confidențiale ale persoanelor, desfășurate în locuri sau vehicule publice sau private, precum și atunci când privesc înregistrările de imagini în locuri private.

Prin urmare, legiuitorul francez nu distinge asupra locului efectuării înregistrării conversațiilor, ceea ce importă fiind natura acestei conversații, în timp ce înregistrările de imagini sunt supuse autorizării necondiționat când se desfășoară într-un loc privat, fiind însă prohibită în mod expres montarea tehnicii de interceptare în birourile avocaților sau ale notarilor, precum și în cabinete medicale [art. 706-96 alin. (3)], locații care presupun un nivel de confidențialitate care nu justifică ingerința autorităților judiciare¹⁹.

În dreptul britanic a fost dezvoltată teoria „locului privilegiat”, potrivit căreia supravegherea convorbirilor este necesar a fi autorizată exclusiv în situațiile în care acestea se desfășoară într-un loc privat²⁰.

Lipsa unui cadru normativ care să legitimeze alte posibile intruziuni în viața privată a persoanei prin mijloace tehnice de supraveghere a fost criticată în doctrina de specialitate²¹, motiv pentru care teoria locului privilegiat se dovedește insuficientă și nu poate constitui un reper pentru legislația noastră internă.

¹⁶ M. Udriou, R. Slavoiu, O. Predescu, *op. cit.*, p. 31

¹⁷ M.V. Tudoran, *op. cit.*, p. 40

¹⁸ Hotărârea din cauza *Katz c. United States*, 1967.

¹⁹ J. Pradel, France, *Procedural nullities and exclusions*, în S. C. Taman, *Exclusionary rules in comparative law*, Ed. Springer, 2013, p. 156

²⁰ Regulatory of Investigatory Powers Act 2000 și in Police Act 1997; www.legislation.gov.uk

²¹ A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process*, 3rd edition, Oxford University Press, 2005, p. 113.

Mult mai potrivită apare teoria „naturii comunicărilor”, consacrată de art. 706-96 C. pr. pen. fr., citat și în precedent, potrivit căreia determinant în stabilirea caracterului public sau privat al convorbirii nu este locul desfășurării acesteia, ci titlul privat sau confidențial al comunicării.

Adecvată este și opțiunea legiuitorului german, care, prin art. 100f C. pr. pen. ger. a reglementat înregistrarea comunicărilor purtate în mediul public („cuvântul rostit în afara locuinței”) atunci când aceasta nu este destinată publicului (*nichtöffentlich*), impunând în toate cazurile autorizarea supravegherii tehnice a acestor comunicări.

Propunând o viziune mixtă, s-a sugerat în doctrina națională²² că în ipoteza comunicărilor din afara spațiului privat al persoanei, pentru a distinge asupra caracterului confidențial al comunicării, este necesară distingerea elementelor concrete din care să rezulte poziția subiectivă a autorilor comunicării.

Prin urmare, respectând necesitatea interpretării clare și univoce a normelor procesual penale, apreciem că orice comunicare între două sau mai multe persoane, indiferent de mijlocul folosit sau locul unde se poartă, intră sub protecția art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului atunci când ea nu este destinată publicității, urmând ca această trăsătură a comunicării să fie dedusă din factorii obiectivi de desfășurare, atât mijlocul de comunicare folosit, cât și locația în care se poartă, permițând stabilirea intenției celor care poartă convorbirea.

Ar fi fost binevenită intervenția legiuitorului în sensul definirii noțiunii de sferă privată și predeterminarea în acest fel a obiectului măsurilor de supraveghere.

6. Concluzie

Deși cele anterior constatate nu au un caracter limitativ cu privire la inconsecvența și maniera confuză de a proceda a legiuitorului, se desprinde totuși concluzia unei reglementări a măsurilor de supraveghere tehnică ce nu satisface cerința unei codificări simple și accesibile.

Trecând peste limbajul utilizat, deseori abscons sau de specialitate excesivă, precum și ignorând deficiențele de exprimare, esențială rămâne lipsa unei opțiuni a legiuitorului, fie în sensul protejării prioritare a necesităților instrucției penale, fie în discriminarea pozitivă a persoanelor supuse măsurilor de supraveghere, obiectul principal de controversă în sistemele de drept contemporane.

Curentul favorabil extinderii capacităților investigative ale autorităților, chiar în detrimentul drepturilor și libertăților individuale, a fost cel mai bine reliefat în sistemul *common law*, unde prioritară a devenit descoperirea și sancționarea faptelor prevăzute de legea penală.

²² M. Udrioiu, R. Slavoiu, O. Predescu, *op. cit.*, p. 19.

Astfel, după cum în mod explicit a arătat Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii, confruntată cu limitarea posibilităților de obținere a probelor prin mijloace de supraveghere electronică²³, „impunerea oricăror standarde care interzic administrarea de probe dobândite în alt mod decât printr-o conduită etică plăcută (*nice ethical conduct*) a oficialilor guvernamentali, ar provoca suferințe societății și ar acorda infractorilor o imunitate nemaîntâlnită”.

În schimb, în sistemul comunitar dreptul la o viață privată este prevalent, indiferent dacă intruziunea este mai mult sau mai puțin sensibilă sau dacă persoana ale cărei drepturi au fost încălcate a resimțit vreun inconvenient²⁴.

A arătat Curtea de Justiție a Uniunii Europene că securitatea publică, sub componenta sa de combatere a infracțiunilor grave, justifică restrângerea drepturilor și libertăților persoanei, însă esențială rămâne asigurarea proporționalității și limitarea restrângerii doar la ceea ce este strict necesar, motive pentru care protejarea datelor personale trebuie realizată în afara oricărui abuz, fiind excluse orice măsuri de supraveghere tehnică generale și nediscriminatorii.

Menționăm reverberația avută de hotărârea enunțată în practica instanței de contencios constituțional²⁵ și apreciem, la rândul nostru, că ceea ce legitimează restrângerea drepturilor individuale prevăzute de art.8 din Convenția europeană a drepturilor omului este tocmai gravitatea infracțiunii ce reclamă intervenția organelor judiciare în sfera privată a persoanei, necesitatea asigurării echilibrului între efectele utilizării tehnicilor de investigare speciale și obiectivul urmărit prin aceasta fiind un imperativ.

Pentru aceste motive, este necesară reconsiderarea poziției legiuitorului, prin perfecționarea Codului de procedură penală în sensul arătat și menținerea unui minim de codificare, cuprinzătoare și neinterpretabilă.

²³ Decizia în cauza *Olmstead c. United States* (1928), citată în J.R. Vile, *Essential Supreme Court Decisions*, 15th edition, p. 318.

²⁴ CJUE, hotărârea din cauza C-293/12 din data de 08.04.2014.

²⁵ A se vedea deciziile CCR 440/08.07.2014 și 461/16.09.2016.

Cuprins

SIMPLIFICAREA – O PRIORITATE A MODERNIZĂRII DREPTULUI Mircea Duțu	3

ALOCUȚIUNI INTRODUCTIVE

CODIFICAREA CA INSTRUMENT DE SIMPLIFICARE A DREPTULUI. ANALIZĂ CRITICĂ A CODULUI CIVIL ÎN VIGOARE Marilena Uliescu	6
DESPRE DREPT ȘI VALOARE, CU SPECIALĂ PRIVIRE ASUPRA JUSTIȚIEI Sofia Popescu	10

SECȚIUNEA DREPT PRIVAT

SIMPLIFICAREA REGLEMENTĂRII FIDUCIEI – O NECESITATE Gheorghe Buta	18
LIBERTATEA CONTRACTUALĂ, ÎNTRE CONTINUITATE ȘI REFORMĂ.....	23
Sache Neculaescu, Adrian Țuțuianu	23
MECANISMUL EXCEPȚIEI DE NEEEXECUTARE A CONTRACTULUI – MIJLOC EFICIENT ȘI NATURAL DE APĂRARE ACTIVĂ A CREDITORULUI-DEBITOR DIN CONTRACTUL SINALAGMATIC Nora-Andreea Daghie	39
UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND REGLEMENTĂRILE LEGALE REFERITOARE LA VÂNZAREA TERENURILOR AGRICOLE DIN EXTRAVILAN Cristian Jora	48
VÂNZAREA COMERCIAL REZONABILĂ – SIMPLIFICARE SAU UNIFORMIZARE Dragoș Daghie.....	57
FORME SIMPLIFICATE DE CONTRACT. LIBERTATEA CONTRACTUALĂ ȘI LIMITELE EI Lucia Uță	65

REPERE PENTRU SIMPLIFICAREA UNOR REGLEMENTĂRI DE DREPT CIVIL, ÎN PRINCIPAL DIN MATERIA SUCCESIUNILOR Bogdan Pătrașcu, Ilioara Genoiu	73
MODERNIZAREA NORMELOR PRIVIND PROCEDURA SUCCESORALĂ CU ELEMENTE DE EXTRANEITATE Alexandra Crișan, Mădălina Tulcan	82
COMPLEXITATE ȘI HAOS ÎN DREPTUL ROMÂNESC AL INSOLVENȚEI Dumitru Dobrev	86
CLAUZELE NESCRISE, FORMA SIMPLIFICATĂ DE ÎNLĂTURARE A ACESTORA ȘI FORMELE SIMPLIFICATE DE ÎNLĂTURAREA NULITĂȚII Filip Pavel	92
CLAUZELE ABUZIVE, FUNDAMENT AL LIMITĂRII PRINCIPIULUI FORȚEI OBLIGATORII A CONTRACTULUI Victor Marcusohn	100
DESPRE MODURILE DE CONSTITUIRE A CONTRACTULUI DE RENTĂ VIAGERĂ ÎN ACTUALUL COD CIVIL Mihaela Gabriela Berindei	111
SIMPLIFICAREA DREPTULUI PRIVAT. ASPECTE DE DREPT EUROPEAN Andrei Duțu-Buzura	116
INFLUENȚA CONVENȚIEI DE LA HAGA DIN 2005 ASUPRA REGLEMENTĂRII ACORDULUI DE ALEGERE A FORULUI ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT ROMÂNESC Cosmin Dariescu	124
SIMPLIFICAREA PROCEDURILOR DE RECUNOAȘTERE ȘI PUNERE ÎN EXECUTARE A HOTĂRĂRIILOR JUDECĂTOREȘTI PRONUNȚATE ÎN STRĂINĂTATE ÎN MATERIA DREPTULUI FAMILIEI Cristiana-Mihaela Crăciunescu	132
ELEMENTE DE ANALIZĂ COMPARATIVĂ PRIVIND INSTITUȚIA CĂSĂTORIEI ȘI EVOLUȚIA ACESTEIA ÎNTRE NORMA VECHIULUI TESTAMENT ȘI CODUL CIVIL ÎN VIGOARE Liviu-Bogdan Ciucă	144

CONSIDERAȚII PRIVIND CONCEPTUL DE RĂSPUNDERE CIVILĂ PREVENTIVĂ SAU ANTICIPATIVĂ Adela Maria Cerchez	151
NECESITATEA SIMPLIFICĂRII ȘI CLARIFICĂRII LEGISLAȚIEI ÎN MATERIA CAPACITĂȚII SUCCESORALE A COPILULUI CONCEPT DAR NENASCUT SUB IMPERIUL DEZVOLTĂRII TEHNOLOGICE Diana Anca Artene	159
PARADIGMA FLEXICURITĂȚII ȘI SIMPLIFICAREA ARANJAMENTELOR CONTRACTUALE ÎN DREPTUL MUNCII	169
Raluca Dimitriu	169
COMPLETAREA ȘI MODIFICAREA CODULUI MUNCII – NECESITATE OBIECTIVĂ PENTRU O REGLEMENTARE CORESPUNZĂTOARE A RAPORTURILOR DE MUNCĂ ÎN ROMÂNIA ¹⁷⁷ Dan Țop	177
SIMPLIFICAREA LEGISLAȚIEI MUNCII DIN ROMÂNIA CE REGLEMENTEAZĂ EGALITATEA DE TRATAMENT Isabela Delia Popa	186
CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA SIMPLIFICAREA REGULILOR DE DETERMINARE A COMPETENȚEI INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI Nicolae-Horia Țiț	194
MODUL DE FORMARE AL CONTRACTELOR ÎN ACTUALUL COD CIVIL George Chiocar	206
CONSIDERAȚII ASUPRA REGLEMENTĂRII POLITICII DE PROTECȚIE A CONSUMATORILOR Petruța-Elena Ispas	218
ASPECTE DE INTERES PRACTIC ALE TEZEI LIPSEI CARACTERULUI “INTUITU PERSONAE” AL CONTRACTULUI INDIVIDUAL DE MUNCĂ Lidia Seceleanu	227

SECȚIUNEA DREPT PUBLIC I

JURISDICȚIA CONSTITUȚIONALĂ CU PRIVIRE LA CONTROLUL ORDONANȚELOR GUVERNULUI IEȘITE DIN VIGOARE Dana Apostol Tofan	232

ÎNDEPLINIREA DE CĂTRE LEGUIITOR A OBLIGAȚIILOR IZVORÂTE DIN DECIZIILE CURȚII CONSTITUȚIONALE Tudorel Toader, Marieta Safta	241
COMPLEXITATE ȘI SIMPLIFICARE ÎN DREPT DIN PERSPECTIVĂ EPISTEMOLOGICĂ Ion Craiovan	254
SIMPLITATEA FORMEI ȘI COMPLEXITATEA CONȚINUTULUI NORMATIV AL CONSTITUȚIEI Marius Andreescu	264
VALORILE GENERAL-UMANE CA PLATFORMĂ A SIMPLIFICĂRII ȘI AMELIORĂRII CALITĂȚII DREPTULUI Valentin-Stelian Bădescu	275
OPORTUNITATEA – FUNDAMENT AL RĂSPUNDERII JURIDICE? OPPORTUNITY – LEGAL BASIS FOR LIABILITY? Ana Mocanu-Suciu	288
“SMART REGULATION” – FACTOR ESENȚIAL ÎN AMELIORAREA ACCESULUI LIBER LA JUSTIȚIE Minodora Cliveti	294
EXPERTIZA TEHNICĂ JUDICIARĂ ÎN PERSPECTIVA MODERNIZĂRII ȘI AMELIORĂRII CALITĂȚII DREPTULUI Cristina-Maria Dabu	301
PROVOCĂRI ȘI TENDINȚE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNEASCĂ PRIVIND SECURITATEA NAȚIONALĂ Dan Constantin Măță.....	309
JUSTIȚIA EXPEDITIVĂ, EFECT AL APLICĂRII NECORESPUNZĂTOARE A PRINCIPIULUI CELERITĂȚII PROCESULUI JUDICIAR Emilian Ciongaru, Ion Flămânzeanu.....	317
INTERPRETAREA NORMEI JURIDICE ÎNTRE SIMPLIFICAREA ȘI BIROCRATIZAREA DREPTULUI Iosif Friedmann-Nicolescu	326

PLÂNGERE CONTRAVENȚIONALĂ. SANȚIONAREA COMPORTAMENTUL INCORECT AL AGENTULUI ECONOMIC FAȚĂ DE CONSUMATOR. PREZUMȚIA CA MIJLOC DE PROBĂ. NOTORIETATEA Elena Ilie.....	332
PARTENOGENEZA FORMELOR DE RĂSPUNDERE JURIDICĂ – REFLEX AL FENOMENULUI DE INFLAȚIE JURIDICĂ SAU DE ADAPTARE A DREPTULUI LA MUTAȚIILE VIEȚII SOCIALE CONTEMPORANE Lucian-Sorin Stănescu.....	348
ESTETICA DREPTULUI ROMÂNESC ÎNTRE COMPLEXITATE ȘI SIMPLIFICARE Claudiu Ramon Butculescu.....	356
COMPETENȚA PRAGMATICĂ – INSTRUMENT DE SIMPLIFICARE A DISCURSULUI JURIDIC. CONFLUENȚĂ ȘI CONTRADICȚIE ÎNTRE TEHNICITATEA ȘI ACCESIBILITATEA LIMBAJULUI ACTELOR LEGISLATIVE Horațiu Mărgoi.....	366
SISTEMUL LEGISLATIV ROMÂNESC – REALITĂȚI ȘI AȘTEPTĂRI Andrei Constantin.....	376
INSTRUMENT COMPARATIV ȘI STRATEGIC DE ACȚIUNE – GENERATOR DE PROPUNERI DE LEGE FERENDA Speranța-Liliana Neagu.....	385
SMART REGULATION ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ ȘI SIMPLIFICAREA SISTEMULUI JURIDIC ÎN ROMÂNIA – ASPECTE SELECTIVE Nicolae Pavel.....	395
ARMONIZAREA ȘI DREPTUL SUPLU – MIJLOACE DE SIMPLIFICARE A DREPTULUI. STUDIU DE CAZ: TRANSPORTUL MĂRFURILOR PERICULOASE Monica Diana Stanciu.....	402

SIMPLIFICAREA LEGISLAȚIEI – O PROVOCARE CONSTANTĂ LA NIVEL EUROPEAN ȘI NAȚIONAL	
Ștefan Iustin.....	411
FUNDAMENTE ȘTIINȚIFICE ALE DREPTULUI ÎN OPERA LUI MIRCEA DJUVARA	
Viorel Miulescu.....	425
UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND DREPTUL CONTEMPORAN	
Florin-Bogdan Lăcraru.....	432
NORMELE DE DREPT INFLUENȚATE DE PRECEPTE RELIGIOASE	
Georgeta Crețu.....	438

SECȚIUNEA DREPT PUBLIC II

DIRECTIVA – ACT DE DREPTUL UNIUNII EUROPENE – ȘI SIMPLIFICAREA NORMATIVĂ	
DIRECTIVE – ACT OF EUROPEAN UNION LAW – AND THE ISSUE OF REGULATORY SIMPLIFICATION	
Daniel-Mihail Șandru	446
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ȘI SIMPLIFICAREA DREPTULUI UNIUNII EUROPENE. REPERE DIN JURISPRUDENȚA RECENTĂ	
Constantin Mihai Banu.....	454
COORDONATELE JURIDICE ALE COOPERĂRII JUDICIARE ÎN MATERIE CIVILĂ ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ	
Nicoleta Diaconu.....	462
REALIZAREA ȘI APLICAREA DREPTULUI DIN PERSPECTIVA PROTECTIEI JURIDICE A DREPTURILOR OMULUI	
Mihail Niemesch	469
REGLEMENTAREA FOLOSIRII FORȚEI ÎN DREPTUL CONTEMPORAN – ACTUALITATE ȘI PERSPECTIVE	
Ina Raluca Tomescu	476
SIMPLIFICAREA ȘI MODERNIZAREA DREPTULUI UNIUNII EUROPENE, DUPĂ INTRAREA ÎN VIGOARE A TRATATULUI DE LA LISABONA	

Augustin Fuerea.....	484

APLICAREA PRINCIPIILOR SUBSIDIARITĂȚII ȘI
PROPORȚIONALITĂȚII ÎN ELABORAREA LEGISLAȚIEI DIN UNIUNEA
EUROPEANĂ. SMART REGULATION

Gabriel Liviu Ispas, Daniela Danca	491

EXPERIENȚA EUROPEANĂ ÎN DOMENIUL CODIFICĂRII LEGISLATIVE

Florin Făiniși, Victor Al. Făiniși.....	498

ROLUL CONFERINȚEI DE LA HAGA ASUPRA DREPTULUI
INTERNAȚIONAL PRIVAT ÎN DOMENIUL UNIFICĂRII PROGRESIVE A
NORMELOR SPECIFICE DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT

Laura Magdalena Trocan.....	507

NECESITATEA SIMPLIFICĂRII NORMELOR CONCURENȚIALE ÎN
LEGISLAȚIA NAȚIONALĂ ȘI EUROPEANĂ ACTUALĂ

Roxana Păun.....	519

TEHNICI DE SIMPLIFICARE ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL: ROLUL
INSTRUMENTELOR IBA LA CONFLUENȚA DINTRE SISTEMELE DE
DREPT CIVIL ȘI CELE DE DREPT ANGLO-SAXON

Ileana M. Smeureanu	526

ANALIZĂ ASUPRA SIMPLIFICĂRII CU IMPACT ÎN REGIMUL JURIDIC AL
INVESTIȚIILOR STRĂINE

Cristina Elena Candea.....	534

SIMPLIFICAREA PROCEDURII SUCCESORALE ÎN UNIUNEA
EUROPEANĂ, CA URMARE A REGLEMENTĂRII CERTIFICATULUI
EUROPEAN DE MOȘTENITOR

Gabriela Chiran, Elena Cristina Dobrin	541

SIMPLIFICAREA PROCEDURILOR FISCALE-PREMISĂ A
ÎMBUNĂTĂȚIRII RELAȚIEI ADMINISTRAȚIEI FISCALE CU
CONTRIBUABILII

Arina Dragodan.....	552

DREPTUL LA TĂCERE – ELEMENT ESENȚIAL AL DREPTULUI LA APĂRARE

Denisa Barbu 565

CONTRACTUL DE AMBARCARE

Constantin Anechitoae 574

CARTA DREPTURILOR FUNDAMENTALE – INSTRUMENT DE SIMPLIFICARE NORMATIVĂ A PROTECȚIEI DREPTURILOR OMULUI LA NIVEL EUROPEAN

Alina Gentimir 585

SECȚIUNEA ȘTIINȚE PENALE**ECONOMIA DE MIJLOACE DE EXPRIMARE ȘI ACCESIBILITATEA – CA PRINCIPII DE TEHNICĂ LEGISLATIVĂ ÎN MATERIE PENALĂ**

Anca-Lelia Lorincz 596

SIMPLIFICAREA ÎN DREPTUL PENAL SPECIAL ROMÂN

Constantin Duvac 607

SIMPLITATEA ADEVĂRULUI ȘTIINȚIFIC ÎN EXPERTIZA TEHNICĂ JUDICIARĂ

Ana Maria Grănescu, Mihaela Agheniței 614

CONSIDERAȚII PRIVIND FRAUDA INFORMATICĂ

Doinel Dinuică, Mioara-Ketty Guiu 622

TENDINȚE ȘI EVOLUȚII ÎN UTILIZAREA ȘI IMPLEMENTAREA CONVENȚIEI PRIVIND CRIMINALITATEA INFORMATICĂ

Gheorghe-Iulian Ioniță 629

REGULILE PENITENCIARE EUROPENE, DETENȚIE, RECUNOAȘTEREA RECIPROCĂ ȘI ARESTUL PREVENTIV

Bogdan Buneci 639

DESPRE CONFIDENȚIALITATEA INFORMAȚIILOR ȘI VIAȚA PRIVATĂ A PACIENȚILOR

George Coca, Oana Lazăr 645

PERSPECTIVE CONSTITUȚIONALE ȘI PENALE ASUPRA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ Mihai Ștefănoaia	657
PROBLEME TEORETICE ȘI PRACTICE REFERITOARE LA APLICAREA LEGII PENALE ÎN TIMP Roxana Ifrim	664
SIMPLIFICAREA – IMPERATIV AL MODERNIZĂRII ȘI AMELIORĂRII CALITĂȚII LEGISLAȚIEI PENALE Ion Ifrim	669
UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND MODIFICĂRILE ADUSE ASUPRA INFRAȚIUNII PREVĂZUTE DE ART. 139 IND. 8 DIN LEGEA NR. 8/1996 PRIN LEGEA NR. 187/2012 PENTRU PUNEREA ÎN APLICARE A LEGII NR. 286/2009 PRIVIND CODUL PENAL Bujorel Florea	673
MĂSURILE EDUCATIVE ÎN NOUL COD PENAL Lorena Zidaru	678
CONSIDERAȚII PRIVIND LEGISLAȚIA ÎN MATERIA PROBAȚIUNII Aura Preda	687
O PERSPECTIVĂ A SIMPLIFICĂRII LEGISLAȚIEI DROGURILOR – LEGALIZAREA PONDERATĂ ȘI CONDIȚIONATĂ Tiberiu Viorel Popescu	695
ACORDUL DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI – INSTRUMENT JURIDIC NECESAR PNETRU SIMPLIFICAREA ACTIVITĂȚII PROCESUAL PENALE Ion Ristea	704
ACORDUL DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI – PROCEDURĂ SIMPLICATĂ DE SOLUȚIONARE A DOSARELOR PENALE – PROBLEME APĂRUTE ÎN PRACTICĂ Gabriela-Nicoleta Chihai	713
RECUNOAȘTEREA VINOVĂȚIEI ÎN CODUL PENAL ROMÂN. IMPERATIV AL MODERNIZĂRII DREPTULUI PENAL Versavia Brutaru	724

ROLUL AVOCATULUI ÎN PROCESUL PENAL

Florin-Octavian Barbu..... 741

CAMERA PRELIMINARĂ

MODALITATE DE SIMPLIFICARE A PROCESULUI PENAL?

Nadia Claudia Cantemir-Stoica..... 749

CONFISCAREA VENITURILOR ILICITE ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ

Mihaela Agheniței..... 760

PROCEDURA REDESCHIDERII PROCESULUI PENAL – EXIGENȚE ALE
PROCESULUI ECHITABIL

Ionuț Nefliu..... 768

SIMPLIFICAREA NORMATIVULUI PROCESUAL PENAL ÎN MATERIA
MĂSURILOR DE SUPRAVEGHERE TEHNICĂ

Dominic George Pop..... 776