

Revista de Științe Juridice



Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale

SISTEMUL JURIDIC ÎNTRE STABILITATE ȘI REFORMĂ

Coordonator număr:

Prof. univ. dr. Ion DOGARU

Membru corespondent al Academiei Române



Vol. 22, nr. 2/2012

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Copyright © **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

S.C. Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al
S.C. Universul Juridic S.R.L.

REDACȚIE: tel./fax: **021.314.93.13**
tel.: **0732.320.665**
email: **redactie@universuljuridic.ro**

DEPARTAMENTUL tel.: **021.314.93.15**
DISTRIBUȚIE: fax: **021.314.93.16**
email: **distributie@universuljuridic.ro**

www.universuljuridic.ro

ISSN: 1454-3699

Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:
<http://drept.ucv.ro/RSJ>

Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:
rsj@universuljuridic.ro

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

Redactor-șef:

Prof. univ. dr. SEVASTIAN CERCEL – Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Conf. univ. dr. LUCIAN BERND SĂULEANU – Universitatea din Craiova

Secretar de redacție:

Lect. univ. dr. MATEI DIACONU – Universitatea din Craiova

■ COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- Prof. dr. Pirangelo Catalano** – Universitatea „La Sapienza” din Roma
Prof. dr. Patrick Charlot – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii Doctorale și al Centrului de Studii Cercetări Juridice și Politice
Prof. dr. Xu Guodong – Universitatea din Xiamen, China
Prof. univ. dr. Yan Laidie – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța
Prof. univ. dr. Mihael Martinek – Universitatea Saarland din Saarbrücken, Germania
Prof. dr. Nicolas Queloz – Universitatea din Fribourg, Elveția, fost Decan al Facultății de Drept, Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză

* * *

- Conf. univ. dr. Flavius Baias** – Universitatea din București, Decan al Facultății de Drept
Prof. univ. dr. Gabriel Boroș – Universitatea „Nicolae Titulescu” din București
Prof. univ. dr. Eugen Chelaru – Universitatea din Pitești, Decan al Facultății de Științe Juridice și Administrative
Prof. univ. dr. Ion Dogaru – Universitatea din Craiova, membru corespondent al Academiei Române
Prof. univ. dr. Ioan Leș – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Decan al Facultății de Drept
Prof. univ. dr. Radu I. Motica – Universitatea de Vest din Timișoara, Decan al Facultății de Drept și Științe Administrative
Prof. univ. dr. Nicolae Popa – fost Președinte al Curții Constituționale a României, fost Președinte al Înaltei Curți de Casatie și Justiție
Prof. univ. dr. Tudorel Toader – Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Decan al Facultății de Drept
Prof. univ. dr. Paul Vasilescu – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Decan al Facultății de Drept
-

■ COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Conf. univ. dr. Lucian Bercea** – Universitatea de Vest din Timișoara – Drept comercial, Drept bancar
Conf. univ. dr. Daniel Ghiță – Universitatea din Craiova – Drept procesual civil, Statute profesionale
Prof. univ. dr. Edmond Gabriel Olteanu – Universitatea din Craiova – Dreptul proprietății intelectuale
Lect. univ. dr. Sebastian Spinei – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu
Prof. univ. dr. Adi Oroveanu Hanțiu – Universitatea din Craiova – Drept procesual penal
Conf. univ. dr. Daiana Maura Vesmaș – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu
Asist. univ. Mihai David – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca – Drept civil
Lect. univ. dr. Dan Constantin Tudurache – Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Editura UNIVERSUL JURIDIC

ERATĂ: În Revista de Științe Juridice nr. 1/2012 la articolul „Câteva clauze care înlătură răspunderea în Noul Cod civil român” a fost menționat coautor și d-na prof. univ. dr. Adi Oroveanu Hanțiu, unicul autor fiind d-na prof. univ. dr. Călina Jugastru. Din acest motiv articolul sus menționat este republicat în acest număr al revistei.



*Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice
conform ordinului ministrului ECTS nr. 4691/2011*

Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO și Index Copernicus.

CUPRINS

Creditul bancar la impactul cu noul Cod civil român <i>Lucian BERCEA</i>	9
Câteva cauze care înlătură răspunderea în noul Cod civil român <i>Călina JUGASTRU</i>	17
Despre fundamentele generale ale teoriei inconvenientelor anormale de vecinătate (I) <i>Cornelia MUNTEANU</i>	28
Noua reglementare de drept internațional privat <i>Claudiu Paul BUGLEA</i>	39
Speranțele neîmplinite de noul Cod civil în materia mediului <i>Anca Ileana DUȘCĂ</i>	51
Sistemul de reglementare a dreptului comercial în regimul noului Cod civil <i>Viorel GĂINĂ</i>	60
Încheierea tratatului internațional în Republica Franceză <i>Mihai FLOROIU</i>	67
Precizări conceptuale privind evaziunea și fraudă fiscală internă și internațională <i>Cristina ONET</i>	76
Particularități privind integrarea României în Uniunea Europeană <i>Florin VODIȚĂ</i>	88
Reforma sistemului electoral – între necesitate și interese de partid <i>Claudia GILIA</i>	98
Noul drept penal al minorilor – analiză comparativă între dreptul român și cel elvețian <i>Mădălina Cristina PUTINEI</i>	109
Răspunderea juridică în materia discriminării femeilor <i>Diana-Nicoleta CĂLIN</i> <i>Mariana-Daniela SPERILĂ (CRĂCIUNESCU)</i>	135
Limitele criticii admisibile în mass-media <i>Valentina MIHALCEA (CHIPER)</i> <i>Ion PARASCHIV</i>	150
Metodologia cercetării juridice și importanța acesteia în formarea unei viitoare carriere în domeniul dreptului <i>Cristina-Eugenia BURTEA-CIOROIANU</i> <i>Simina BADEA</i>	160

Coproprietatea forțată asupra despărțiturilor comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți reglementată în dispozițiile noului Cod civil	
<i>Raluca Lucia CISMARU</i>	168
Un punct de vedere referitor la reglementarea principiului autorității lucrului judecat în noul Cod de procedură civilă	
<i>Cristina COJOCARU</i>	185
Reglementarea daunelor morale în sistemul legislativ românesc	
<i>Florin CORNEANU</i>	
<i>Alexandra FLORESCU</i>	190
Prezumția de nevinovăție - mijloc de garantare a siguranței persoanei cu ocazia aplicării legii penale	
<i>Anca Costina GHERGHE</i>	200
Reforma administrativ- teritorială în România	
<i>Florentina-Janina MITOIU</i>	215
Accesul cetățenilor la serviciile comunitare de utilități publice	
<i>Camelia Raluca VOINEA</i>	227
Drepturi și obligații specifice contractului de credit de consum	
<i>Matei DIACONU</i>	233

CONTENTS

The impact of the new Romanian Civil Code on bank loans <i>Lucian BERCEA</i>	9
Few cases of exoneration from responsibility within the Romanian new civil Code <i>Călina JUGASTRU</i>	17
About the general fundamentals of the abnormal neighborhood disadvantages (I) <i>Cornelia MUNTEANU</i>	28
The new regulation of private international law <i>Claudiu Paul BUGLEA</i>	39
The expectations unfulfilled by the New Civil Code in the environment matter <i>Anca Ileana DUȘCĂ</i>	51
The system of the commercial law regulation in the regime of the new Civil Code <i>Viorel GĂINĂ</i>	60
Conclusion of the international treaty in the French Republic <i>Mihai FLOROIU</i>	67
Conceptual specifications regarding the domestic and international tax evasion and fraud <i>Cristina ONET</i>	76
Particulars regarding the Romania's integration in the European Union <i>Florin VODITĂ</i>	88
The reform of the electoral system – between necessity and party's interests <i>Claudia GILIA</i>	98
The new criminal law for minors - comparative analysis between romanian and swiss law <i>Cristina PUTINEI</i>	109
Judicial liability in the matter of the discrimination against women <i>Diana-Nicoleta CĂLIN</i> <i>Mariana-Daniela SPERILĂ (CRĂCIUNESCU)</i>	135
The acceptable limits of criticism in media <i>Valentina MIHALCEA (CHIPER)</i> <i>Ion PARASCHIV</i>	150
Methodology of the legal research and its importance for the development of a future career in the field of law <i>Cristina-Eugenia BURTEA-CIOROIANU</i> <i>Simina BADEA</i>	160

The forced co-ownership over the common divisions within the buildings with several housing offices belonging to certain different owners and regulated under the provisions of the new Civil Code <i>Raluca Lucia CISMARU</i>	168
An opinion regarding the regulation of the principle of res judicata in the new Code of civil procedure <i>Cristina COJOCARU</i>	185
Regulation of non-pecuniary damages in the Romanian judicial system <i>Florin CORNEANU</i> <i>Alexandra FLORESCU</i>	190
Presumption of innocence-a mean to guarantee the individual's safety when enforcing the criminal law <i>Anca Costina GHERGHE</i>	200
Administrative and territorial reform in Romania <i>Florentina-Janina MITOIU</i>	215
The citizens' access to the community services of public utilities <i>Camelia Raluca VOINEA</i>	227
Rights and obligations which are specific to the consumer credit contract <i>Matei DIACONU</i>	233

Creditul bancar la impactul cu noul Cod civil român

Conf. univ. dr. Lucian BERCEA



The impact of the new Romanian Civil Code on bank loans

Abstract: The new Civil Code has accomplished the codification of the banking contracts, a first in the Romanian private law. The surprising absence from the new Civil Code of a general regulation of the bank loan agreement has generated a failure in its positive law conceptualisation and the retention of this agreement in the class of innominate contracts. The new Civil Code regulation of a single bank loan form – the credit facility – is the result of a selective legal transfer from the Italian Civil Code that deprived the imported text of its coherence in the system of origin. Therefore, the Romanian legislator has also failed in its attempt to clarify the genus–species relationship in the field of bank loans. Moreover, the codification has invested the legal norms with an immunity that will hinder the legislative intervention for the amendment of the text.

Keywords: legal transfer, banking contract, bank loan, credit facility, new Romanian Civil Code.

1. Considerații introductive. După mai multe studii publicate și intervenții susținute în cadrul unor conferințe¹ în care am tratat critic, în ansamblu, codificarea contractelor bancare, îmi propun să particularizez analiza reglementării acestora în noul Cod civil prin abordarea câtorva probleme privind contractul de credit bancar, rezultate în

¹ Vezi, în acest sens, (1) L. Bercea, *Câteva observații privind contractele bancare în noul Cod civil român*, în I. Silberstein (ed.), *Criza financiară în lume*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, pp. 153-170; (2) L. Bercea, *Contractele bancare în noul Cod civil român*, în R. I. Motica, V. Pașca, L. Bercea (ed.), *Noile coduri ale României. Studii și cercetări juridice*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 335-344. Totodată, tema a fost abordată în cadrul intervențiilor pe care le-am susținut în cadrul mai multor conferințe: (3) L. Bercea, *Contractele bancare în noul Cod civil*, în cadrul Conferinței internaționale de drept bancar, organizată de Asociația Consilierilor Juridici din Sistemul Financiar-Bancar, Constanța, 2-4 iunie 2009; (4) L. Bercea, *Contractele bancare în noul Cod civil sau despre codificarea prin traducere selectivă*, în cadrul Conferinței internaționale *Dreptul afacerilor 2010: Integrarea dreptului comercial în Codul civil*, organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității București, 16-17 aprilie 2010.

urma procesului de reformă a materiei contractelor speciale: (i) conceptualizarea creditului bancar cu ocazia codificării contractelor bancare și (ii) relația gen – specie în materia creditului bancar în raport cu conținutul concret al reglementării noului Cod civil. Scopul analizei este să argumenteze teza eșecului legiuitorului în tentativa sa de a consacra legislativ, pentru prima dată într-o codificare în România, contractul de credit bancar, precum și să analizeze consecințele acestui eșec.

2. Dezideratele redactorilor noului Cod civil. Intențiile declarate ale redactorilor noului Cod civil, în ceea ce privește reglementarea contractului de credit bancar, sunt echivoce.

De la bun început, redactorii și-au propus codificarea contractelor bancare, în ansamblu, fără a fi animați în acest demers de pretenții de exhaustivitate, arătând că „(...) vor fi reglementate în Codul civil (...) o serie de contracte bancare” (Tezele prelabile ale proiectului noului Cod civil). Așadar, noua reglementare nu era *ab initio* construită în scopul de a include toate contractele bancare, ci doar unele dintre acestea, probabil cele mai importante din perspectiva redactorilor codificării. Oricât de scurtă ar fi fost, însă, această listă, contractul de credit bancar nu putea să lipsească din „seria contractelor bancare” codificate. Pe de o parte, necesitatea unei reglementări generale a contractului de credit bancar ar fi fost, astfel, justificată de rațiuni care țin de asigurarea coerenței codificării, întrucât creditul bancar, ca gen, reprezintă contractul-cheie în materie. Pe de altă parte, imperativul codificării contractului de credit bancar venea pe fondul absenței unei definiții legale a acestuia, subsecvent abrogării în 2007 a Legii bancare nr. 58/1998.

Subsecvent intenției declarate de mai sus, redactorii au abordat contractele bancare ca specii ale unor contracte clasice, argumentând, cu titlu exemplificativ, că „necesitatea unei reglementări a contractului de cont curent bancar se justifică (...) prin particularitățile pe care acesta le prezintă față de contractul de cont curent comercial (...)” (Expunerea de motive la proiectul noului Cod civil). Era de așteptat, în acest context, aplicarea aceluiași raționament în cazul tuturor contractelor bancare care își aveau ascendentul într-un contract clasic, deci și în cazul creditului bancar, derivat din împrumutul de sume de bani.

În declarațiile lor de intenții, redactorii menționau, totodată, că „(...) alături de contractul de cont bancar se propune și reglementarea altor operațiuni bancare curente care se realizează prin intermediul unui cont curent sau care reprezintă o aplicație a unui contract clasic (închirierea casetei de valori)” (Expunerea de motive la proiectul noului Cod civil). Lăsând la o parte faptul că propunerea de reglementare conține o eroare fundamentală de calificare a contractelor bancare (depozitul bancar și creditul bancar reprezentând, în realitate, operațiunile bancare principale, care nu pot fi reglementate de pe poziția unor „operațiuni bancare curente care se realizează prin intermediul unui cont curent”, acesta din urmă având caracter conex activităților bancare propriu-zise), chiar și acest argument viciat ar fi impus soluția reglementării simetrice a depozitului bancar și a creditului bancar.

În contextul menționat, în pofida calificărilor și a clasificărilor neconvingătoare de tipul celor amintite și a faptului că redactorii noului Cod civil nu își propuneau explicit nimic cu privire la creditul bancar ca gen contractual, cred că un demers rezonabil ar fi presupus includerea creditului bancar în sfera de codificare a contractelor bancare.

3. Sursa de inspirație a redactorilor noului Cod civil. Pentru a materializa dezideratele propuse, redactorii noii codificări au apelat la traducerea selectivă a unor texte considerate relevante din secțiunea III *Dell'apertura di credito bancario* (art. 1842-1845) a capitolului XVII *Dei contratti bancari* al titlului III *Dei singoli contratti* aparținând Cărții a IV-a *Delle obbligazioni* din Codul civil italian de la 1942, din acest transfer legal rezultând secțiunea a 3-a *Facilitatea de credit* (art. 2193-2195) a capitolului XV *Contul bancar curent și alte contracte bancare* din titlul IX *Diferite contracte speciale*, aparținând cărții a V-a *Despre obligații* din noul Cod civil.

Iată traducerea textelor originare din secțiunea amintită a Codului civil italian²:

Art. 1842. *Noțiune* – Deschiderea de credit bancar este contractul prin care banca se obligă să țină la dispoziția celeilalte părți o sumă de bani pentru o anumită perioadă de timp sau pe perioadă nedeterminată.

Art. 1843. *Utilizarea creditului* – Dacă nu s-a convenit altfel, persoana creditată poate să utilizeze creditul în mai multe tranșe, potrivit uzanțelor, și poate, prin vărsăminte succesive, să îi reactiveze disponibilitatea.

Art. 1845. *Retragerea din contract* – (1) În lipsa unei convenții contrare, banca nu se poate retrage din contract înainte de împlinirea termenului decât pentru justă cauză. (2) Retragerea suspendă de îndată utilizarea creditului, dar banca trebuie să acorde un termen de cel puțin 15 zile pentru restituirea sumelor utilizate și a accesoriilor acestora. (3) Dacă deschiderea de credit este pe durată nedeterminată, fiecare dintre părți poate să se retragă din contract, cu un preaviz stabilit în contract, după uzanțe sau, în lipsa acestora, de 15 zile.

² Art. 1842 *Nozione* – L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

Art. 1843 *Utilizzazione del credito* – (1) Se non è convenuto altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità. (2) Salvo patto contrario, i prelevamenti e i versamenti si eseguono presso la sede della banca dove è costituito il rapporto.

Art. 1845 *Recesso dal contratto* – (1) Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa. (2) Il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori. (3) Se l'apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni.

Sursa de inspirație relativ veche, inadecvată față de evoluțiile pe care le-a cunoscut în ultima jumătate de secol dreptul bancar la nivel mondial³, sub influența tehnologiilor informatice, a diversificării mecanismelor de finanțare bancară și a globalizării economiei, a exclus, așadar, *de plano* un demers al redactorilor Codului civil în sensul unei conceptualizări moderne a creditului bancar.

4. Transferul legal operat de redactorii noului Cod civil. Secțiunea corespondentă din noul Cod civil român, rezultată prin preluarea textelor menționate, are următorul conținut:

Art. 2193. *Noțiune* – Facilitatea de credit este contractul prin care o instituție de credit, o instituție financiară nebancaară sau orice altă entitate autorizată prin lege specială, denumită finanțator, se obligă să țină la dispoziția clientului o sumă de bani pentru o perioadă de timp determinată sau nedeterminată.

Art. 2194. *Utilizarea creditului* – Dacă părțile nu au stipulat altfel, clientul poate să utilizeze creditul în mai multe tranșe, potrivit uzanțelor, și poate, prin rambursări succesive, să reînnoiască suma disponibilă.

Art. 2195. *Denunțarea unilaterală* – (1) În lipsa unei clauze contrare, finanțatorul nu poate să denunțe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru motive temeinice, dacă acestea privesc beneficiarul facilității de credit. (2) Denunțarea unilaterală stinge de îndată dreptul clientului de a utiliza creditul, iar finanțatorul trebuie să acorde un termen de cel puțin 15 zile pentru restituirea sumelor utilizate și a accesoriilor acestora. (3) Dacă facilitatea de credit s-a încheiat pe durată nedeterminată, fiecare dintre părți poate să denunțe contractul, cu respectarea unui termen de preaviz de 15 zile, dacă din contract sau din uzanțe nu rezultă altfel.

Reglementările nepreluate din Codul civil italian în codificarea românească privesc atât specii de credit bancar *in integrum* (creditele cu garanții reale mobiliare constituite

³ Doctrina italiană remarcă, în acest context, atât caracterul selectiv al reglementării Codului civil italian din 1942, determinat de factori specifici epocii în care a fost adoptat, □inând mai degrabă de politică decât de cultura juridică [„Si può ipotizzare che, se le operazioni di credito speciale rimangono fuori dal codice civile, questo non dipende tanto dalla cultura dei giuristi dell'epoca che non avevano sufficientemente elaborato questi contratti, ma, probabilmente, vi è implicita la scelta, di più ampio significato politico (...)”], cât și diminuarea progresivă a rolului reglementării Codului civil italian din 1942 în domeniul contractelor bancare, în detrimentul normelor bancare uniforme elaborate de organisme profesiei bancare, mult mai bine adaptate noilor realități economice [„(...) queste elaborazioni, non solo modificano la disciplina dei contratti noti al codice, non solo creano nuovi contratti, ma – fenomeno questo più complesso e più problematico – in qualche caso finiscono con alterare le strutture essenziali di contratti legalmente tipizzati al punto che ad un norme vecchio corrisponde in realtà un contratto tutto nuovo e si può affermare che le N.B.U. (norme bancare uniformi – n.n.) divengono, in quegli anni, la vera legge regolatrice dei contratti posti in essere dalle banche. La dottrina giuridica coglie, almeno in parte, questa nova realtà: si sviluppano, infatti, gli studi sui nuovi contratti e servizi bancari; si presta una attenzione maggiore alle condizioni dell'ABI (Asociatia Bancară Italiană – n.n.) piuttosto che alle norme del codice civile (...)”]. Vezi C. Angelici, F. Belli, G.L. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina, *I contratti delle banche*, ed. a 9-a, UTET Libreria, Torino, 2006, p. 3-10.

pe titluri sau mărfuri sau creditul prin scont⁴), cât și secvențe ale reglementării importate (garanțiile accesorii facilității de credit). Dacă absența creditelor cu garanții reale mobiliare constituite pe titluri sau mărfuri poate fi justificată prin relativa desuetudine a reglementării de origine, creditul prin scont reprezintă o operațiune de creditare bancară a cărei recunoaștere legislativă era necesară cel puțin sub forma unei definiții legale. Cât privește selecția operată de redactorii din textele care reglementează specia de credit bancar preluată prin transfer în Codul civil român, ea nu a făcut altceva, așa cum vom arăta, decât să deturneze mecanismul operațiunii respective de la modul de funcționare în sistemul de origine.

5. Consecințele transferului legal operat de redactorii noului Cod civil. Alegerea pe care au făcut-o redactorii noului Cod civil cu ocazia procesului de codificare a contractelor bancare este discordantă în raport cu dezideratele acestora. În noul Cod civil, așa cum rezultă din simpla lectură a titlurilor secțiunilor capitolului dedicat contractelor bancare, nu este reglementat contractul de credit bancar ca gen, ci doar o specie a acestuia.

Se observă, înainte de toate, în acest context, utilizarea de către redactorii noului Cod civil a sintagmei „facilitate de credit”, anglicism consacrat în practica bancară ca rezultat al preluării literale a sintagmei „credit facility”. Sensul acesteia în sistemele bancare de origine (cele anglo-saxone⁵) este, însă, unul mai extins⁶, parțial diferit de cel atribuit de legiuitorul român, care asociază denumirea de „facilitate de credit” cu mecanismul liniei de credit, funcționând ca un credit *revolving*.

Soluția rezonabilă, în raport cu dezideratele expuse de redactorii noului Cod civil, implica raportarea noii codificări la activitățile pe care legea specială în materie (în prezent Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului), în concordanță cu reglementările Uniunii Europene în materie⁷, le califică într-o manieră expresă și limitativă drept activități bancare: atragerea de depozite și acordarea de credite. În consecință, pentru păstrarea coerenței calificării legale, noul Cod civil ar fi trebuit să reglementeze, cu titlu de contracte bancare,

⁴ Secțiunea IV *Dell'anticipazione bancaria* (art. 1846-1851) și secțiunea VI *Dello sconto bancario* ale Capitolului XVII *Dei contratti bancari* al titlului III *Dei singoli contratti* aparținând Cărții a IV-a *Delle obbligazioni* din Codul civil italian de la 1942.

⁵ Termenul *facility* desemnează caracteristica oricărui credit bancar de a fi disponibil, la cerere, în limita unui anumit plafon. Vezi G. Klein, *Dictionary of Banking*, ed. a II-a, Pitman Publishing, Londra, 1995, p.110 [„(...) it is an understanding that overdraft and loans are available, if required, up to a given amount”].

⁶ ”Commercial lending by banks can take various forms. Bankers often use the generic term ‘facility’ to describe them all. The most basic is the term loan, where a specified maturity date sets the time for ultimate repayment. (...) A term loan can have a fixed repayment schedule. It can also be a revolving facility, in that during its term the borrower can repay amounts but then re-borrow, so long as the overall limit of the facility is not exceeded”. Vezi R. Cranston, *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, Londra, 2006, p. 299.

⁷ Este vorba, în special, de Directiva nr. 2006/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 14 iunie 2006 privind accesul la activitate și desfășurarea activității de către instituțiile de credit.

contractele asociate acestor activități, inclusiv (și, poate, în primul rând) contractul de credit bancar.

Absența surprinzătoare din noul Cod civil a unei reglementări generale a contractului de credit bancar are ca efect includerea acestui contract, în continuare, în categoria contractelor nenumite.

Mai mult, menținerea retrogradării contractului de credit bancar în clasa contractelor nenumite, din care nu mai fac parte, subsecvent codificării, decât extrem de puține figuri contractuale (cele mai importante fiind reglementate fie în noul Cod civil, fie în legi speciale) este dublată de faptul că, deși o serie semnificativă de specii ale creditului bancar reprezintă contracte numite (reglementate fie în noul Cod civil, fie în legi speciale), calificarea genului contractual însuși ca fiind un contract nenumit nu se schimbă.

Or, potrivit art. 1.168 din noul Cod Civil, „*contractelor nereglementate de lege li se aplică prevederile prezentului capitol* (prevederile generale referitoare la contract ca izvor de obligații – n.n.), *iar dacă acestea nu sunt îndestulătoare, regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult*”. Deși ar putea fi identificate similitudini între facilitatea de credit și celelalte specii ale creditului bancar, extinderea aplicării regulilor speciale destinate acestei instituții la restul speciilor creditului bancar, condiționată, de altfel, de caracterul neîndestulător al prevederilor generale referitoare la contract ca izvor de obligații, este nejustificată. Conceptual, facilitatea de credit este o specie particulară a creditului bancar caracterizată prin elemente definitorii inaplicabile celorlalte forme de creditare bancară: dreptul potestativ al clientului de a efectua trageri de sume de bani, în tranșe, în limita unui plafon pus la dispoziție de instituția de credit, și posibilitatea clientului de a efectua rambursări succesive care reînnoiesc suma disponibilă. Dreptul băncii de a denunța unilateral contractul de facilitate de credit pentru motive temeinice care privesc beneficiarul facilității reprezintă, la rândul său, o modalitate de încetare a contractului specifică mecanismului particular al facilității de credit, a cărei aplicare nu poate fi extinsă la restul formelor creditului bancar, întrucât *exceptio est strictissimae interpretationis*.

Pe de altă parte, intervențiile redactorilor și ale legislatorului noului Cod civil asupra textelor originare (înlocuirea unor sintagme sau omiterea unor texte) influențează în mod negativ domeniul de aplicare și mecanismul de funcționare a speciei de credit bancar preluate prin transfer legal.

Astfel, în noul Cod civil conceptul de „justă cauză”, utilizat în sursa de inspirație a redactorilor (Codul civil italian) și în proiectul noului Cod civil, a fost înlocuit ulterior cu cel de „motive temeinice”. După ce art. 2205 din proiectul noului Cod civil prevedea că, „*în lipsa unei clauze contrare, banca nu poate să denunțe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru justă cauză*”, redactarea finală a codului elimină conceptul în discuție, prevăzând dreptul băncii de denunțare a contractului pentru „motive temeinice (...) [care] privesc beneficiarul facilității de credit”, deși conceptul de „justă cauză” a fost păstrat ca atare în noul Cod civil nu numai în cazul clasice

îmbogățiri fără justă cauză, ci și în cazul altor instituții⁸. Noua sintagmă, aflată într-o relație de sinonimie parțială cu sintagma inițială, este, însă, mai puțin expresivă, lipsindu-i forța de sugestie și sensurile asociate, de-a lungul timpului, justei cauze. Circumstanțierea motivelor temeinice, care pot privi doar beneficiarul facilității de credit și patrimoniul său, nu și împrejurările care privesc patrimoniul băncii sau piața financiară, generează o sferă semantică parțial diferită în raport cu textul original.

O analiză comparativă a textelor Codului civil italian și ale noului Cod civil român relevă, totodată, o omisiune (categoric, deliberată) a redactorilor noului Cod civil. Aceștia nu au preluat, din reglementarea de origine, premisa exercitării de către bancă a dreptului de denunțare unilaterală a facilității de credit⁹:

Art. 1844 *Garanzia* – (1) Dacă pentru deschiderea de credit este dată o garanție reală sau personală, aceasta nu se stinge înainte de încetarea raportului prin simplul fapt că persoana creditată încetează să fie debitor al băncii. (2) Dacă garanția devine insuficientă, banca poate cere un supliment de garanție sau substituirea garantului. Dacă persoana creditată nu dă curs acestei cereri, banca poate reduce creditul proporțional cu diminuarea valorii garanției sau se poate retrage din contract.

Consecințele acestei omisiuni sunt extinderea sensului sintagmei „motive temeinice (...) [care] privesc beneficiarul facilității de credit”, din noul Cod civil român, corespondentă sintagmei „justă cauză” din Codul civil italian, la împrejurări străine textului original și, consecutiv, riscul interpretărilor abuzive ale acestui text din partea băncilor.

6. Sugestii de lege ferenda. Complexitatea conceptului de credit bancar și particularitățile acestuia în raport cu împrumutul de consumație care are ca obiect o sumă de bani ar fi trebuit să determine subsumarea sa unei definiții care să releve elementele esențiale ale oricărei operațiuni de creditare: angajamentul instituției de credit de a pune la dispoziția clientului o sumă de bani și obligațiile corelative ale acestuia din urmă de a rambursa fondurile și de a plăti o remunerație. Vechea definiție legală a creditului bancar, din Legea bancară nr. 58/1998 (care făcea vorbire despre creditul prin punerea la dispoziție a fondurilor, prin amânarea scadenței unei creanțe sau prin achiziția de creanțe), deși nu era, nici ea, la adăpost de critici, putea fi valorificată.

La nivelul speciei de credit bancar reglementate în noul Cod civil, elementele definitorii sunt, de asemenea, doar parțial reglementate: se instituie dreptul potestativ al clientului de a efectua trageri de sume de bani, în tranșe, în limita plafonului pus la dispoziție de instituția de credit, precum și posibilitatea clientului de a efectua rambursări succesive care reînnoiesc suma disponibilă, fiind, însă, omisă obligația clientului de a remunera banca cu dobândă numai pentru sumele de bani trase efectiv și pentru perioadele în care respectivele sume de bani sunt utilizate.

⁸ Cum este, spre exemplu, revocarea promisiunii publice de recompensă.

⁹ Art. 1844 *Garanzia* – (1) Se per l'apertura di credito è data una garanzia reale o personale, questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l'accreditato cessa di essere debitore della banca. (2) Se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto.

Specii importante ale creditului bancar au fost, așa cum am arătat, omise din noul Cod civil, începând chiar cu creditul clasic prin punerea la dispoziție imediată a fondurilor și continuând cu cesiunile de creanță speciale (cum este scontul) sau cu creditele prin semnătură (ca, de pildă, scrisoarea de garanție bancară). Este adevărat că anumite omisiuni pot fi suplinite prin apelul la texte extrinseci capitolului rezervat contractelor bancare (spre exemplu, scrisoarea de garanție, reglementată, în materia garanțiilor personale, cu titlu de garanție autonomă) sau extrinseci noului Cod civil (anumite specii de credit bancar, cum sunt creditul ipotecar sau creditul pentru consum, continuând să beneficieze de legi speciale). Aceste reglementări, însă, nu surmontează lipsa din noul Cod civil a unor necesare definiții (cel puțin) ale speciilor de credit bancar amintite, în special a creditelor prin cesiune de creanță și a creditelor prin semnătură.

În plus, prin codificarea selectivă, normelor transferate li se creează o imunitate care va face dificilă, din păcate, o intervenție rectificatoare.

Câteva cauze care înlătură răspunderea în noul Cod civil român¹

Prof. univ. dr. Călina JUGASTRU



Few cases of exoneration from responsibility within the Romanian new civil Code

Abstract: Under the title “Cases of exoneration from responsibility”, the Romanian new Civil code includes the situations that set aside civil responsibility. Some of these were also regulated within the 1864 Civil code, while others have a legislative novelty character.

The legitimate defense represents a modality of psychical constraint that compels the constrained one to commit a criminal act, in order to save himself or another person. From the perspective of the civil law, the aggression directed towards the mentioned values constrains the attacked one to an immediate response intended to repel the attack and to commit the harmful act. The conditions of the legitimate defense are not found within the new Civil code, and for this reason we must turn to the provisions on the matter of the current Criminal code. The state of necessity and its effects are expressly -regulated, the person harmed by the one affected by the state of necessity may ask for compensation on the ground of unjust enrichment. And this is so because, in civil terms, it is inequitable not to compensate the prejudice caused as a consequence of saving certain values belonging to another person. The new civil regulation assimilates the disclosure of trade secrets to the state of necessity and sets forth express provisions. The persons compelled to keep the trade secret are the professionals that run a business and that have the obligation to keep confidentiality in respect to certain information from the field.

Keywords: civil responsibility, cases of exoneration from responsibility, legitimate defense, state of necessity, disclosure of trade secrets.

¹ „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operational Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013”.

§ Preliminarii

Noul Cod civil acordă un spațiu generos cauzelor de exonerare de răspundere civilă. Legitima apărare, starea de necesitate, forța majoră, cazul fortuit, fapta victimei sau a tertului, săvârșirea faptei în îndeplinirea unei activități impuse sau permise de lege ori în executarea unui ordin al superiorului, săvârșirea faptei păgubitoare în exercitarea normală și legală a unui drept subiectiv, consimțământul victimei înlătură răspunderea civilă². Fiecare dintre acestea necesită o discuție amplă, întrucât noua reglementare civilă păstrează, într-o anumită măsură, o linie de continuitate, dar aduce și elemente de noutate față de Codul civil de la 1865. Abordăm, în cele ce urmează, două dintre cauzele care înlătură caracterul ilicit al conduitei păgubitoare: legitima apărare și starea de necesitate.

§ Legitima apărare

➔ *Noțiune, condiții*

Starea de legitimă apărare înlătură atât răspunderea civilă, cât și răspunderea penală; în sfera răspunderii civile, „fapta prezintă numai pericolozitate materială”³, nu și pericolul social specific dreptului penal. Autorul faptei nu va putea fi obligat la repararea prejudiciului, atâta timp cât sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 1360 alin. (1) C. civ. Persoana care răspunde atacului sub imperiul legitimei apărări nu se bucură de voință de acțiune. Cu privire la legitima apărare – cauză de înlăturare a răspunderii penale – s-a subliniat că este o modalitate a constrângerii psihice, care îl silește pe cel constrâns să comită un fapt penal, pentru a se salva pe el sau pentru a salva pe altul⁴. Din perspectiva dreptului civil, agresiunea îndreptată împotriva valorilor menționate îl constrânge pe cel atacat la o ripostă imediată, menită să respingă atacul și să săvârșească fapta prejudiciabilă.

Înlăturarea ilicitului civil (în acest caz, lipsa caracterului ilicit al faptei) necesită întrunirea condițiilor cumulativ impuse de lege. noul Cod civil nu conține prevederi de definire a legitimei apărări și nici nu menționează care sunt cerințele acesteia, astfel încât recurgem (la fel cum s-a procedat și sub imperiul Codului civil de la 1865⁵) la dispozițiile în materie ale actualului Cod penal (art. 44)⁶.

² Ambele forme ale răspunderii civile sunt guvernate de principiul reparării integrale a prejudiciului și de principiul reparării în natură (pentru conținutul principiilor, a se vedea G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité civile*, 3^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2010, pp. 83-226).

³ C. Niculeanu, *Despre conținutul juridic al legitimei apărări, reglementată de art. 44 alin. (2) ¹ din Codul penal*, în *Dreptul* nr. 8/2003, p. 128.

⁴ V. Dongoroz, *Drept penal* (reeditarea ediției din 1939), Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 359.

⁵ Pentru această cauză de înlăturare a răspunderii civile, potrivit reglementării anterioare, a se vedea L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 363; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, pp. 17-179; I. Dogaru, P. Drăghici, *Bazele dreptului civil. Vol. III. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 271 și 272.

⁶ Cu privire la această cauză de înlăturare a răspunderii penale, O. Schmidt-Hăineală, *Legitima apărare în noua reglementare. Presumție absolută sau relativă*, în *Dreptul* nr. 2/2003, pp. 127-129;

Codul civil prevede că nu este dator să plătească despăgubiri cel care, aflându-se în legitimă apărare, a cauzat agresorului un prejudiciu. Persoana acționează în stare de legitimă apărare atunci când săvârșește fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat și injust, care pune în pericol persoana sau drepturile celui atacat ori interesul obștesc, dacă apărarea este proporțională cu gravitatea atacului. Se prezumă că este în legitimă apărare și cel care comite fapta în scopul de a respinge pătrunderea fără drept a unei persoane, prin violență, efracție ori prin alte asemenea mijloace ori în timpul nopții, într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ținând de acestea.

Pentru a fi în prezența legitimei apărări, sunt necesare următoarele *condiții*, desprinse din textul art. 44 alin. (2) C. pen.: a) *atacul material, direct, imediat și injust* trebuie să fie îndreptat asupra persoanei care se apără, împotriva unei alte persoane ori împotriva unui interes general. Atacul *material/se* realizează prin acțiuni sau inacțiuni ce primejduiesc fizic valoarea apărată prin dispoziția legală. Atacul verbal ori concretizat în scris nu justifică legitima apărare. Materialitatea atacului rezultă atât din utilizarea unor mijloace ofensive, cât și din anumite atitudini pasive agresive. Dacă fapta ilicită creează un pericol nemijlocit pentru valoarea ocrotită, atacul este *direct*. În doctrină s-a considerat că atacul trebuie considerat direct chiar în absența contactului nemijlocit cu valoarea în cauză. Legea impune condiția atacului *imediat*, în sensul că pericolul s-a ivit deja (pericol actual) ori este pe cale de a se produce (pericol iminent). De regulă, reperul în funcție de care este caracterizată agresiunea este intervalul scurt de timp între momentul începerii atacului și momentul apariției pericolului. Simpla presupunere că atacul ar putea avea loc nu este suficientă pentru invocarea legitimei apărări; b) *atacul trebuie să fie îndreptat împotriva persoanei care se apără, împotriva drepturilor acesteia sau împotriva unui interes obștesc*. Persoana atacată sau drepturile acesteia trebuie să se afle într-un *pericol grav*, care să justifice apărarea, în condițiile art. 44 C. pen. Pierderea vieții, cauzarea unei vătămări corporale, a unei infirmități, distrugerea unui bun de valoare și alte asemenea posibile urmări reprezintă pericole grave; c) *apărarea trebuie să fie proporțională cu gravitatea atacului*.

➡ ***Repararea prejudiciului conform art. 1.361 alin. (2) și art. 1.362 C. civ.***

În raport de condiția proporționalității, intră în ecuație depășirea limitelor legitimei apărări, cu relevanță și din perspectiva cauzelor ce exclud răspunderea civilă. Depășirea limitelor legitimei apărări înseamnă riposta prejudiciabilă determinată de starea de tulburare sau de teamă în care se găsea cel atacat, sub presiunea unei agresiuni

C. Naghi, T. Dima, *Institutiile legitimei apărări după modificarea suferită prin Legea nr. 169/2002*, în *Dreptul*, nr. 7/2003, pp. 110-113; F.D. Dăscălescu, *Legitima apărare în contextul evoluției legislative preconizate în cadrul proiectului noului Cod penal*, în *Dreptul* nr. 1/2004, pp. 116-118.

materiale, directe, imediate și injuste, ce pune în pericol grav persoana ori interesul general. noul Cod civil nu aduce explicații privind depășirea limitelor legitimei apărări; precizează doar că săvârșirea unei infracțiuni, prin depășirea limitelor legitimei apărări, justifică obligarea la despăgubiri a celui care a suferit atacul (inițial). Depășirea limitelor legitimei apărări se caracterizează printr-o tulburare emoțională intensă sau prin starea de teamă a celui atacat, împrejurări care îl împiedică să realizeze, într-un timp foarte scurt, o analiză lucidă a proporției dintre atac și apărare⁷.

Legitima apărare se caracterizează printr-o apărare proporțională cu gravitatea atacului; excesul neimputabil are drept caracteristică depășirea limitelor unei apărări proporționale cu atacul, din cauza tulburării sau temerii sub imperiul căreia s-a aflat cel care a săvârșit fapta pentru a înlătura atacul⁸. Facem diferența între excesul neimputabil [care se găsește acum la art. 44 alin. (3) C. pen.] și excesul scuzabil, care constituie, din punctul de vedere al legislației penale, o circumstanță atenuantă legală [art. 73 lit. a) C. pen.]⁹. Dacă riposta exagerată nu a fost determinată de starea de tulburare sau temere provocată de atac, ci de indignarea, mânia, revolta în față agresiunii nejustificate, vom fi în prezența unei circumstanțe atenuante legale, cu repercusiuni asupra individualizării pedepsei. Noul Cod civil reglementează consecințele excesului de apărare în planul dreptului civil și afirmă că depășirea limitelor legitimei apărări (excesul neimputabil) permite indemnizarea. Excesul de apărare justificat înlătură răspunderea civilă.

Art. 1.360 alin. (2) din noul Cod civil prevede că va putea fi obligat la plata unei indemnizații cel care a săvârșit o infracțiune prin depășirea limitelor legitimei apărări. Rezultă că sunt necesare două condiții pentru obligarea autorului la plata indemnizației: fapta să întrunească elementele constitutive ale infracțiunii; limitele legitimei apărări să fie depășite (datorită „tulburării sau temerii”). Prin săvârșirea unei infracțiuni, chiar sub stăpânirea tulburării sau a temerii, victima inițială devine agresor. Fapta sa prezintă pericol social, fiind întrunite toate condițiile infracțiunii. Acesta este argumentul pentru care autorul ripostei-infracțiune va putea fi obligat la indemnizare. Quantumul indemnizației trebuie să fie adecvat și echitabil, în raport cu circumstanțele săvârșirii faptei. Starea de tulburare sau temerea vor fi apreciate de la caz la caz, în funcție de starea psihică și fizică a celui care se apără, putând fi dovedite prin orice mijloc de probă¹⁰. Considerăm că primul criteriu operațional în evaluarea prejudiciului și în stabilirea indemnizației este echitatea. Principiul echității constituie unul dintre principiile generale ale dreptului. Potrivit art. 1 C. civ. „sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului”¹¹. Echitatea este principiu fundamental care acoperă nu numai dreptul civil, ci oricare dintre ramurile dreptului.

⁷ V. Pașca, *Cauzele care înlătură caracterul penal al faptei*, în M. Basarab, V. Pașca, Gh. Mateuț, C. Butiuc, *Codul penal comentat, Vol. I. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 281.

⁸ ÎCCJ, s. pen., dec. nr. 686/26 februarie 2008 (<http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202008/Sp%20r%20686-2008.htm>), pagină web consultată la 25 septembrie 2011).

⁹ A se vedea C. Turianu, *Reflecții în legătură cu diferențierea dintre forma „excesului justificat” și „excesului scuzabil” în cazul legitimei apărări*, în *Dreptul* nr. 4/2002, pp. 161-165.

¹⁰ L. Biro, *Considerații referitoare la depășirea limitelor legitimei apărări*, în *RRD* nr. 3/1970, p. 110.

¹¹ Pentru explicații, a se vedea M. Nicolae, *Codex Juris Civilis. Noul Cod civil*, ed. critică, tomul 1, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 33.

Validitatea normei de drept rațional se legitimează și pe corectitudinea conținutului ei, justificat din perspectivă morală¹².

Dacă fapta păgubitoare, care întrunește trăsăturile infracțiunii, a fost săvârșită prin depășirea limitelor legitimei apărări, dar în interesul unei terțe persoane, devine aplicabil art. 1362 C. civ. Fundamentul și efectele sunt cele ale îmbogățirii fără justă cauză. Temeiul sau cauza îmbogățirii desemnează, în acest context, titlul juridic ce legitimează sporul patrimonial și însărăcirea corelativă.

Într-o scurtă paranteză menționăm că până la noul Cod civil nu a existat un text de principiu dedicat îmbogățirii fără justă cauză, fiind recunoscute doar aplicații legale ale acesteia. Așa cum expresiv s-a subliniat, „instituația îmbogățirii fără titlu – convențional sau legal – este una autonomă, iar *actio de in rem verso* este o veritabilă acțiune originală, suficientă sieși; ambele sunt construcții jurisprudențiale și ficționale, în afara normelor dreptului pozitiv, pentru a complini – poate discutabil – lacunele dreptului”¹³. Noul Cod civil oferă prima reglementare a acestui fapt licit, căruia îi recunoaște calitatea de izvor autonom de obligații civile¹⁴. Fundamentul îmbogățirii fără justă temei a fost plasat diferit, în decursul timpului, fie pe tărâmul echității care trebuie să guverneze dreptul civil, fie în zona „gestiunii de afaceri anormale”, fie în rândul acțiunilor delictuale, ori a riscului activităților generatoare de profit sau a echilibrului patrimonial¹⁵.

Excesul neimputabil presupune întrunirea cumulativă a condițiilor pe care art. 1345 C. civ. le impune îmbogățirii fără justă cauză: *îmbogățirea*¹⁶ (avantaj patrimonial pe care îl dobândește pârâțul în detrimentul reclamantului); *însărăcirea* (diminuarea activului patrimonial); *conexitatea îmbogățire-însărăcire* (un patrimoniu se îmbogățește în detrimentul altuia, fiind suficientă cauza unică sau originea comună celor două fenomene, îmbogățirea și însărăcirea); *absența temeiului legitim* („temei legitim” sau „cauză justă” sunt, spre exemplu, hotărârea judecătorească sau actul juridic în baza cărora are loc creșterea patrimoniului unei persoane, corelativ diminuării patrimoniului alteia sau situațiile prevăzute de art. 1346 C. civ.); *buna-credință a îmbogățitului* (dacă îmbogățitul este în culpă, ne plasăm pe tărâmul răspunderii civile delictuale).

Depășirea limitelor legitimei apărări generează un raport obligațional în temeiul căruia îmbogățitul (cel care a depășit limitele legitimei apărări) devine debitor al obligației

¹² În legătură cu conceptul etic de validitate a dreptului, R. Alexy, *Conceptul și validitatea dreptului*, Ed. Paralela 45, București, 2008, pp. 111 și urm.

¹³ I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 319.

¹⁴ Cu privire la dispozițiile noului Cod civil în materia îmbogățirii fără justă cauză, L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 369-376.

¹⁵ Pentru detalii privind teoriile respective, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 13^e édition, Dalloz, Paris, 2009, pp. 39-41; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4^e édition, Defrénois, Paris, 2009, pp. 579-580; I. Deleanu, *Ficțiunile juridice...*, pp. 316-319.

¹⁶ A se vedea C.A. Păun, *Definirea condițiilor economice ale acțiunii de in rem verso în dreptul românesc*, în RRDP nr. 5/2007, pp. 60-70.

de restituire, al cărei creditor este cel însărcinat. Dubla limită sau dublul plafon care îngreșește pretențiile însărcinatului este menționată în art. 1345 C. civ.: „în limita propriei îmbogățiri” înseamnă în măsura sporului patrimonial de care a beneficiat îmbogățitul, chiar dacă însărcinarea este mai mare (buna-credință care fundamentează creșterea patrimonială explică de ce îmbogățitul nu este ținut să plătească dobânzile legale ori să restituie fructele); „în măsura pierderii patrimoniale”, chiar dacă îmbogățirea a fost mai mare (în cazul în care valoarea îmbogățirii este superioară pagubei reclamantului, restituirea va fi determinată de valoarea cea mai mică, altfel s-ar îmbogăți fără cauză reclamantul).

§ Starea de necesitate

Art. 1.361 C. civ. reglementează efectele stării de necesitate. Persoana care distruge sau deteriorează bunurile altuia pentru a se apăra pe sine sau pentru a apăra propriile bunuri de un prejudiciu sau de un pericol iminent este obligat să repare prejudiciul cauzat. Codul civil de la 1865 nu a definit starea de necesitate, apelul făcându-se la dispozițiile legii penale. Starea de necesitate este definită actualmente în Codul penal, în art. 45 alin. (2).

Nu este obligată la repararea prejudiciului persoana care acționează pentru a salva de la un pericol iminent și care nu putea fi înlăturat altfel, viața, integritatea corporală sau sănătatea sa, a altuia ori un bun important al său sau al altei persoane ori un interes obștesc, dacă urmările faptei nu sunt vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce în cazul când pericolul nu era înlăturat.

Pentru a exista stare de necesitate sunt necesare, în mod cumulativ, câteva *condiții*: a) *pericolul care amenință valorile legal ocrotite să fie iminent* – pe cale de a se produce; b) *pericolul trebuie să amenințe valori strâns legate de ființa umană* – viața, sănătatea, integritatea corporală (a făptuitorului sau a altei persoane) sau bunuri importante din punct de vedere artistic, științific etc. (ale făptuitorului sau ale altuia) *ori interesul obștesc*. Importanța valorilor sociale justifică înlăturarea caracterului ilicit al faptei; c) *amenințarea cu un rău trebuie să fie inevitabilă*, astfel că fapta păgubitoare apare ca indispensabilă salvării valorilor menționate; d) *conduita autorului faptei să fie necesară*, în sensul de a reprezenta singura cale de a evita atingerea vieții, integrității, bunurilor sau interesului obștesc. Dacă cel aflat sub amenințarea pericolului avea la îndemână și alte mijloace de salvare, recurgerea la săvârșirea faptei nu este justificată. În concret, la aprecierea necesității se ține seama de persoana celui în cauză și de toate împrejurările de fapt; e) *valoarea pagubei provocate prin fapta de apărare să fie vădit inferioară valorii prejudiciului ce s-ar fi produs dacă pericolul nu ar fi fost înlăturat.*

Nu este obligată la repararea pagubei, în condițiile răspunderii civile, persoana care distruge sau deteriorează bunurile altuia pentru a se apăra pe sine ori bunurile proprii de un prejudiciu sau pericol iminent. Potrivit art. 1.361 C. civ. persoana păgubită de către cel aflat în stare de necesitate poate cere satisfacție pe temeiul îmbogățirii fără justă cauză. Salvarea bunurilor celui aflat în stare de necesitate se realizează cu prețul atingerii valorilor patrimoniale ale unei persoane în sarcina căreia nu se poate reține vreo culpă. Este fără dubiu că cel păgubit nu își va putea valorifica

pretensiile pe tărâmul răspunderii civile, atâta timp cât sunt întrunite condițiile art. 1.361 C. civ. Ar fi inechitabil însă ca cel prejudiciat să rămână nedespăgubit, ca efect al salvării unor valori care aparțin altuia.

Este rațiunea pentru care, încă sub imperiul vechiului Cod civil, s-au căutat alte soluții în vederea îndeplinirii celui prejudiciat prin fapta de salvare¹⁷. Dreptul francez este, de asemenea, favorabil recurgerii la o soluție de indemnizare¹⁸. Cel prejudiciat va putea face uz de acțiunea în restituire întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză. Se va verifica întrunirea condițiilor cerute îmbogățirii fără justă cauză, conform art. 1.345-1.348 C. civ. În ipoteza în care păgubitul a consimțit la producerea prejudiciului în propriul patrimoniu, pentru salvarea valorilor aparținând altuia, devine operantă restituirea întemeiată pe gestiunea de afaceri. noul Cod civil a consacrat orientarea doctrinară anterioară noului Cod civil. Soluția este întru totul justificată, întrucât dă expresie echității. Precizăm că, dacă fapta a fost săvârșită în interesul unui terț, păgubitul se va îndrepta împotriva acestuia (așa cum rezultă din art. 1.362 C. civ.), *actio de in rem verso* fiind întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză.

Persoana prejudiciată se va putea îndrepta cu acțiune în despăgubiri împotriva celui pentru care a acționat persoana aflată în situația prevăzută la art. 1.360 alin. (2) C. civ. Art. 1.360 alin. (2) se referă la cazul în care fapta prejudiciabilă a fost săvârșită prin depășirea limitelor legitimei apărări, în condițiile în care sunt întrunite și elementele constitutive ale infracțiunii. În asemenea ipoteză, este permis ca cel care depășește limitele legitimei apărări să fie obligat la o indemnizație adecvată și echitabilă. Acțiunea în reparare va fi îndreptată împotriva terțului pentru care a acționat cel ce a depășit limitele stării de legitimă apărare. În a doua situație vizată de art. 1.362 C. civ., persoana aflată în stare de necesitate, a săvârșit fapta prejudiciabilă în interesul unei terțe persoane. Aceasta din urmă va avea calitate procesuală pasivă în acțiunea inițiată de victima prejudiciului.

În ambele ipoteze la care se referă art. 1.362 C. civ., fundamentul reparării prejudiciului îl constituie îmbogățirea fără justă cauză. Autorul faptei este exonerat de răspundere, dar obligația de reparare subzistă pe terenului faptului juridic licit. Soluția este justificată, deoarece nu este echitabil ca cel păgubit, deși nu are nicio culpă, să nu poată obține nicio reparație. Condițiile și efectele îmbogățirii fără justă cauză sunt reglementate la art. 1.345-1.348 C. civ. Terțul va restitui valoarea cu care s-a îmbogățit, în măsura pierderii patrimoniale suferite de cealaltă persoană¹⁹.

§ Divulgarea secretului comercial

Art. 1.363 C. civ. plasează divulgarea secretului comercial în rândul cauzelor care exonerează de răspundere civilă, dacă divulgarea este dictată de rațiuni ce privesc

¹⁷ Cu privire la soluțiile preconizate, a se vedea M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972, pp. 157 și 158; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor...*, p. 180.

¹⁸ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e édition, Litec, Paris, 2009, p. 216.

¹⁹ Depășirea limitelor stării de necesitate constituie circumstanță atenuantă legală, conform art. 75 lit. c) C. pen.

sănătatea sau siguranța publică²⁰. Textul de lege este inedit. Păstrarea secretului comercial revine profesioniștilor²¹ care activează în afaceri și care au obligația de a păstra confidențialitatea cu privire la anumite informații din sfera profesională, în condițiile legii speciale.

Protecția secretului comercial este reglementată, în principal, prin Legea nr. 298/2001 privind modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale²². Dispoziții privind secretul comercial se găsesc însă și în corpul altor acte normative. Secretul comercial constă în informația care, fie în totalitate, fie prin conexarea exactă a elementelor acesteia, nu este în general cunoscută, ori nu este accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, iar deținătorul a luat măsuri rezonabile, ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret. Se menționează că protecția secretului comercial operează cât timp condițiile arătate anterior sunt îndeplinite²³.

Încălcarea secretului comercial este faptă ilicită, care atrage răspunderea civilă a autorului divulgării. Ilicitul civil poate fi dublat de o contravenție sau, după caz, de o infracțiune. Fapta ilicită constă în „divulgarea, achiziționarea sau folosirea unui secret comercial de către un comerciant sau un salariat al acestuia, fără consimțământul deținătorului legitim al respectivului secret comercial și într-un mod contrar uzanțelor comerciale cinstite” [art. 1 pct. 4 lit. b) din Legea nr. 298/2001]. Este considerată a fi contrară uzanțelor comerciale cinstite fapta de a utiliza, în mod neloial, secretele comerciale ale unui comerciant prin practici de genul neexecutării unilaterale a contractului sau utilizării unor proceduri neloiale, abuzului de încredere, incitării la delict și achiziționării de secrete comerciale de către terții care cunoșteau că acea achiziție presupune astfel de practici, de natură să afecteze poziția comercianților concurenți pe piață.

Potrivit art. 1.363 C.civ., dezvăluirea secretului comercial este legitimată numai de împrejurări grave ce privesc sănătatea sau siguranța publică. Evident, secretul comercial se circumscrie doar activităților licite, care presupun folosirea unor tehnici sau procedee care să asigure întâietate producătorului și să stimuleze concurența pentru identificarea unor soluții competitive. Nu intră în discuție, sub haina secretului comercial, activitățile cu caracter ilicit ale unei persoane²⁴.

²⁰ Pentru explicații privind această nouă situație care exonerează de responsabilitate civilă, a se vedea A.-G. Atanasiu ș.a., *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 506; C.S. Ricu ș.a., *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență. Vol. II, Art. 953-1649*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 692.

²¹ Noțiunea de „profesionist” vizează nu numai o singură categorie socioprofesională, ci mai multe – comerciant, întreprinzător, operator economic, alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale (S. Beligrădeanu, *Considerații în legătură cu efectele caracterului „monist” al Codului civil român actual asupra ființării, în continuare, a unui „drept comercial” în România*, în Dreptul nr. 9/2012, p. 19).

²² M. Of. nr. 313 din 12 iunie 2001.

²³ Art. 1 pct. 2 lit. b) din Legea nr. 298/2001.

²⁴ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații, în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 635.

Exemplificativ, împrejurările care se circumscriu acestor imperative de protecție privesc autorul sau circumstanțele săvârșirii unor infracțiuni la regimul sănătății publice, tranzacțiile financiare efectuate de persoane care au comis fapte de evaziune fiscală etc. De asemenea, sunt autorizate să divulge, în condițiile legii, secretul comercial de care au luat cunoștință în exercitarea atribuțiilor de control persoanele care au astfel de atribuții în domeniul protecției consumatorului. Este vorba de personalul special împuternicit de autoritățile publice centrale și teritoriale, potrivit Legii nr. 296/2004 privind Codul consumului. Dovada că împrejurările divulgate erau de resortul sănătății sau siguranței publice aparține celui care a dezvăluit informațiile confidențiale.

Divulgarea secretului comercial, în împrejurări impuse de sănătatea sau de siguranța publică, se asimilează stării de necesitate²⁵. Reglementarea unor situații în care dezvăluirea nu este ilicită este o modalitate de conciliere a secretului comercial cu o anumită transparentă, absolut necesară circuitului comercial²⁶.

Considerăm că se impune reglementarea de principiu a cazurilor în care divulgarea secretului profesional impusă de împrejurări grave înlătură răspunderea civilă. Nu numai activitatea din sfera afacerilor poate cunoaște cazuri de excepție, în care confidențialitatea nu subzistă. Ori de câte ori obligația de păstrare a secretului profesional este impusă prin lege, există și posibilitatea dezvăluirii secretului, în condiții strict reglementate. Obligația de a păstra secretul profesional este expresia obligației de confidențialitate²⁷, impusă prin lege pentru diferite profesii. Exemplificativ, cadrele medicale au obligația de a păstra secretul medical, tot așa cum comercianții au îndatorirea de a păstra secretul comercial. Secretul comercial este numai una dintre fațetele secretului profesional.

În general, necesitatea reglementării păstrării „secretului”, în activitățile profesionale, se fundamentează pe două aspecte: interesul public (general) în asigurarea încrederii impuse de exercitarea anumitor profesii și interesul individului de a se garanta securitatea informațiilor confidențiale privind operațiunile comerciale pe care le efectuează, situația financiară, sănătatea etc. Sunt obligați la păstrarea secretului profesional toți cei cărora le-au fost încredințate anumite informații sau care au intrat în posesia acestor date în virtutea profesiei ori funcției (avocați²⁸, medici, notari, comercianți ș.a.). Încredințarea anumitor date cu caracter confidențial este, de regulă, necesară pentru satisfacerea interesului clientului. Profesionistul devine, astfel, un confident necesar al clientului său. În absența obligației de păstrare a secretului

²⁵ În acest sens, L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului Cod civil*, în RRDP nr. 1/2010, p. 158.

²⁶ D. Kling, *Le monde des affaires et le secret*, în M.-A. Frison-Roche, *Secrets professionnels*, Editions Autrement, Paris, 1999, p. 161.

²⁷ A se vedea I. Schiau, T. Prescure, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Analize și comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 454.

²⁸ Cu privire la răspunderea avocatului față de client, a se vedea V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Teoria generală, Ed. Național, București, 1996, p. 102-104; R. Martin, *Droit de la profession de l'avocat*, în *Semaine Juridique*, Édition Générale, nr. 21 din 24 mai 2000, pp. 961 și 962.

profesional²⁹, persoana nevoită să apeleze la diferiți profesioniști poate fi expusă riscului unor consecințe neconvenabile, ca urmare a indiscreției acestora. Renunțarea la serviciile profesioniștilor (numai și pentru a evita un asemenea risc) ar duce la bulversarea activității unor servicii și a unor relațiilor sociale³⁰.

În anumite cazuri, divulgarea secretului profesional exonerează de răspundere civilă. Motivația pentru care legea permite dezvăluirea informațiilor confidențiale în raport cu o anumită profesie constă într-un interes general, care apare ca superior față de interesul particular. Considerăm că împrejurările grave ce privesc sănătatea sau siguranța publică sunt singurele situații care justifică divulgarea nu numai a secretului comercial, dar și a secretului profesional, în general. Facem trimitere, pentru exemplificare, la secretul medical, care este o formă a secretului profesional, prevăzută expres în legislația de gen.

Codul de deontologie medicală al Colegiului Medicilor din România³¹ prevede că medicul este ținut să păstreze secretul profesional și să acționeze în acord cu dreptul fiecărei persoane la viață privată, din punctul de vedere al informațiilor referitoare la starea de sănătate. Aceste informații pot fi transmise, la cererea pacientului, exclusiv acestuia sau persoanei pe care pacientul o desemnează. Secretul medical este opozabil inclusiv membrilor familiei persoanei în cauză. Obligația de păstrare a secretului profesional subzistă și după încetarea relației profesionale medic-pacient sau după decesul pacientului. Divulgarea datelor privind starea de sănătate este posibilă numai în cazurile expres indicate prin lege.

Legea nr. 46/2003³² rezervă un capitol dreptului la confidențialitate și la viață privată al pacientului, iar Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății³³ statuează în art. 642 alin. (3) că personalul medical răspunde civil pentru prejudiciile ce decurg din încălcarea prevederilor privind confidențialitatea. Această ultimă lege include jurământul lui Hipocrat, în formularea modernă, adoptată de Asociația Medicală Mondială în cadrul Declarației de la Geneva din 1975: „Odată admis printre membrii profesiei de medic [...], voi păstra secretele încredințate de pacienți, chiar și după decesul acestora [...]”³⁴. Unitățile medicale, publice sau private sunt ținute să răspundă, alături de personalul medical, pentru încălcarea secretului profesional. Conțin dispoziții, în acest sens, atât Legea 95/2006, cât și Ordinul ministrului sănătății nr. 386/2004. Acest din urmă act normativ precizează că, în situațiile în care se solicită informații

²⁹ Cu privire la obiectul secretului profesional, *M.-A. Frison-Roche, Secret et profession*, în *M.-A. Frison-Roche, Secrets professionnels...*, pp. 24-29.

³⁰ Nerespectarea obligației de păstrare a secretului profesional antrenează răspunderea civilă, dublată, atunci când fapta este infracțiune, de răspunderea penală.

³¹ M. Of. nr. 298 din 7 mai 2012.

³² Legea nr. 46/2003 privind drepturile pacientului a fost publicată în M. Of. nr. 70 din 3 februarie 2003.

³³ M. Of. 372 din 28 aprilie 2006.

³⁴ Codul francez al deontologiei medicale prevede *in terminis*: secretul profesional este instituit în interesul pacientului și se impune fiecărui medic în condițiile stabilite de lege. În sfera secretului medical intră nu numai informațiile încredințate medicului prin natura profesiei, ci tot ceea ce acesta „a văzut, a auzit sau a înțeles”.

cu caracter confidențial, unitățile au obligația să asigure respectarea cadrului legal privind furnizarea acestora. În al doilea rând, valorile ocrotite prin reglementarea secretului medical sunt primordiale. Actul medical nu poate fi conceput în absența colectării datelor referitoare la pacient, iar legea impune obținerea prealabilă a consimțământului informat al pacientului, întrucât obligația de informare care revine cadrului medical este o obligație de rezultat³⁵. Întră sub incidența secretului medical totalitatea informațiilor privind starea pacientului, rezultatele investigațiilor, diagnosticul, prognosticul, tratamentul, datele personale. Toate acestea rămân secrete chiar și după decesul celui în cauză. Divulgarea secretului medical, în cursul urmăririi penale sau în fața instanței de judecată, este legitimată de același interes general, care se cere ocrotit: sănătatea sau siguranța publică. Dezvăluirea, de către cadrul medical, a identității unui pacient seropozitiv sau infectat cu hepatita C poate fi autorizată, în condițiile legii (pentru a evita riscul de contaminare a altor persoane), fără să atragă răspunderea civilă.

³⁵ L.R. Boilă, *Răspunderea civilă delictuală subiectivă*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 400.

Despre fundamentele generale ale teoriei inconvenientelor anormale de vecinătate (I)¹

Lector univ. dr. Cornelia MUNTEANU



About the general fundamentals of the abnormal neighborhood disadvantages (I)

Abstract: In this approach, we shall expose only the philosophical dispute on the general fundamentals of the liability and the legal dispute on the sources of the owner's obligation for the abnormal neighborhood disadvantages while the specific fundamentals of the abnormal neighborhood disadvantages shall be the subject matter of another study.

In a logical way, in a research of the fundamentals of the liability for abnormal neighborhood disadvantages, the true question should be: which are the fundamentals consecrated in positive law for the liability regimes which, from this point of view, do not constitute any problem? Or, since there is the discussion about guilt and risk as a general fundamental of the liability, the attachment to one or to another does not meet this requirement.

Key words: general fundamentals, disadvantages, liability regimes, positive law.

➔ *1. Preliminarii*

Oricât de binefăcătoare ar fi unele aplicații ale științei pentru a diminua suferința oamenilor, ritmul accelerat în care ele se dezvoltă sau poate ritmul prea lent în care societatea se adaptează la acestea nu este întotdeauna lipsit de pericole.

Dreptul a răspuns consecințelor dezvoltării activității umane, industriale, tehnice, comerciale etc., fie prin texte de lege, fie prin creații pretoriene: astfel, de pildă, accidentelor de circulație le-a răspuns prin răspunderea pentru fapta lucrului, incomodităților prin răspunderea pentru inconveniente anormale de vecinătate.

¹ Cercetarea de față a fost realizată prin contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968, cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial pentru Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

Diversitatea acestora din urmă este probabil caracteristica care frapează cel mai mult la o primă analiză. Catalogul inconvenientelor anormale de vecinătate în jurisprudența străină (ne referim în primul rând la cea franceză) este impresionant. De aceea este foarte dificil să se elaboreze o clasificare a acestora sau a prejudiciilor cauzate de aceste tulburări de vecinătate; cele mai frecvente sunt cele legate de construcțiile imobiliare, de aviație, de activitățile industriale, comerciale, artizanale, agricole, dar și din multiplele munci domestice: zgomotele provenite de la un aerodrom, vibrațiile cauzate de trenuri, privarea de lumină etc. Caracterului permanent, repetitiv, al acestor prejudicii i se adaugă uneori o imposibilitate de a evita consecințele prejudiciabile. Prin urmare, caracterul specific al inconvenientelor de vecinătate constă în faptul că activitatea litigioasă, deși utilă, licită, exercitată fără rea-credință, este totuși prejudiciabilă. Pur material, tulburarea de vecinătate răspunde radical unui criteriu obiectiv de rezultat².

Tulburarea de vecinătate odată stabilită permite celui care o suportă să ceară reparația de la vecinul său. Deși în această formulă sunt conținute condițiile și efectele juridice ale tulburării (anormalitate, vecinătate, reparație), impreciziunea acestor termeni lasă să se prevadă extinderea cercetării. Astfel se poate cerceta un echilibru între două drepturi concurente: la origine sunt cel puțin doi proprietari care se înfruntă: „oricare dintre ei care nu-și folosește proprietatea în condiții normale ale situației imobilului său trebuie să repare prejudiciul pe care îl cauzează”³. Această formulă traduce în termeni juridici dezechilibrul tehnic și pune o problemă teoretică esențială: construcția jurisprudențială a inconvenientelor anormale de vecinătate aparține dreptului bunurilor sau ține de cel al răspunderii?

Unii autori⁴ au pornit de la ideea că daunele respective sunt favorizate de proximitatea proprietăților funciare: regulile reținute de drepturile de vecinătate sunt, într-un fel, limitări ale unor atribute ale proprietății, în special când este pronunțată o interdicție de a desfășura anumite activități. Astfel s-a putut proclama independența inconvenientelor de vecinătate prin raportare la dreptul răspunderii⁵. De asemenea, jurisprudența belgiană pare a fi de aceeași părere făcând apel la noțiunea de ruptură de echilibru între proprietățile vecine, însă unii autori tratează tulburările de vecinătate sub titlul răspunderii civile. Legătura propusă cel mai adesea în doctrină este cea cu art. 1382 C. civ. francez (art. 998 C. civ. român de la 1864 – art. 1357 NCC) și art. 1384 C. civ. francez (art. 1000 C. civ. român 1864 – art. 1376 NCC)⁶.

În sfârșit, s-a mai susținut că „teoria obligațiilor de vecinătate constituie un punct de echilibru între două principii care funcționează în sens contrar, dreptul de proprietate (...) și obligația de a nu vătăma pe altul”⁷.

² A se vedea, G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, 13^e édition., Montchrestien, Paris, 2007, p. 93.

³ Planiol et Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome III, par Picard, p. 464, nr. 471.

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, tome 3, 19^e édition refondue, PUF, Paris, 2000, p. 279 cu nuanțe; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4-e édition, tome 2, 1969, p. 193, nr. 194.

⁵ J.B. Blaise, *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage*, RTD civ. nr. 39, 1965, p. 261.

⁶ A se vedea Ch. Larroumet, *Droit civil. Les biens. Droits réels principaux*, Economica, Paris, 2004, p. 117.

⁷ J.R. Bouyeure, *La réparation en nature du prejudice subi du fait de constructions voisines*, AJP, 1969, apud J.-P. Harpillard, *Inconvenients de voisinage*, Thèse, Paris, 1975, p. 12.

Iată că, ținând cont de considerațiile istorice, tradiționale, în care ele au apărut ca limitări ale dreptului de proprietate, noul Cod civil reglementează inconvenientele de vecinătate în această materie, mai exact în cadrul limitelor judiciare ale dreptului de proprietate⁸. Există între vecini obligații personale la care face aluzie art. 603 NCC, sarcini privind asigurarea *bunei vecinătăți* sau care privesc protecția mediului. Prin maniera în care își exercită dreptul de proprietate, proprietarului poate să i se atragă răspunderea fie pentru exercitare abuzivă⁹, fie pentru o exercitare excesivă¹⁰.

Se pare că jurisprudența a pus în umbră veritabilul principiu al obligațiilor de vecinătate deoarece acesta nu trebuie să fie obligația de a repara inconvenientele anormale, ci obligația de a suporta inconvenientele normale ale vecinătății (de a asigura buna vecinătate); așadar, numai depășirea inconvenientelor normale ale vecinătății poate atrage răspunderea prevăzută de art. 630 NCC¹¹.

De altfel, aceste tulburări de vecinătate sunt bogate în dificultăți; una dintre aceste dificultăți a fost fundamentul juridic al acestora. Doctrina, în special cea străină a lucrat mult pentru a descoperi un fundament pentru răspunderea proprietarului în situațiile în care aparent nu i se poate imputa nicio vinovăție, nicio lipsă de precauție. În acest studiu ne vom opri doar asupra discuțiilor și disputelor asupra fundamentelor teoriei inconvenientelor de vecinătate. Considerăm că nu este lipsit de importanță și chiar este util de a expune, pe scurt, amploarea lucrărilor doctrinare. Intenția noastră este de a trage toate lecțiile posibile din operele unor eminenti autori care ne-au precedat. Lăsând la o parte importanța sa practică, materia inconvenientelor anormale de vecinătate are o importanță doctrinară care nu poate fi negată. Autorii au găsit în construcția jurisprudențială născută din necesități practice un câmp bogat de reflecție. Au fost numeroase eforturile de sistematizare însă toate au întâmpinat dificultăți. Prima dificultate a provenit din faptul că autorii au încercat să lege acest regim juridic al inconvenientelor de reguli sau principii cunoscute care l-ar fi putut fundamenta,

⁸ Pentru limitele judiciare ale dreptului de proprietate, a se vedea V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 126 și 127.

⁹ Noul Cod civil reglementează abuzul de drept în titlul preliminar, cap. III, „Interpretarea și efectele legii civile”, art. 15, în următorii termeni: „Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe”. Pentru abuzul de drept, a se vedea I. Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988, pp. 51 și urm.; O. Ungureanu, *Reflecții privind abuzul de drept și inconvenientele anormale de vecinătate*, în Culegere de studii *In honorem C. Bîrsan*, L. Pop, Ed. Rosetti, București, 2006, pp. 160-170; pentru abuzul de drept în noua reglementare, a se vedea, L.R. Boilă, *Argumente privind consacrară abuzului de drept ca o ipoteză distinctă de răspundere civilă în dreptul român*, în RRDP nr. 3/2010, p. 39 și urm.

¹⁰ Noua noastră legislație sancționează depășirea limitelor normale ale vecinătății printr-o răspundere distinctă, autonomă de răspunderea delictuală. În acest sens, art. 630 alin. (1) NCC prevede: „Dacă proprietarul cauzează, prin exercitarea dreptului său, inconveniente mai mari decât cele normale în relațiile de vecinătate, instanța de judecată poate, din considerente de echitate, să îl oblige la despăgubiri în folosul celui vătămat, precum și la restabilirea situației anterioare atunci când acest lucru este posibil”.

¹¹ Ne putem întreba: care este limita impusă dreptului de proprietate de art. 630 NCC? Se pare că această limită este cea enunțată mai sus, adică obligația de a suporta unele incomodități care sunt indispensabile vieții în comun, sau, invers, interzicerea depășirii unui anumit prag de toleranță între vecini.

dar cu riscul deformării acestora din urmă; a doua dificultate a venit din înseși problemele generale ale răspunderii.

O să înfățișăm în prezentul demers doar disputa filozofică asupra fundamentului general al răspunderii și disputa juridică asupra surselor obligației proprietarului pentru inconveniente anormale de vecinătate, urmând ca fundamentele particulare ale inconvenientelor anormale de vecinătate să facă obiectul unui alt studiu.

Precizăm de la început că cercetarea noastră se bazează în principal pe doctrina și jurisprudența străină (în special franceză); aceasta deoarece se pare că jurisprudența noastră este la început de drum în această materie, iar în doctrină, deocamdată, această problemă a fost mai puțin dezvoltată¹².

➔ 2. Disputa filozofică asupra fundamentului¹³ general al răspunderii: alternativa vinovăție – risc

Toate tratatele și lucrările generale asupra răspunderii civile cuprind inevitabil o analiză asupra unor chestiuni fundamentale care au ca trăsătură apropierea de filozofia dreptului, chiar de filozofia generală sau de morală. Desigur că aceste chestiuni evocate ca prolegomene nu pun obstacole studiului regimului pozitiv al răspunderii. Nu este locul și nici nu ne-am propus să reluăm - în legătură cu studiul art. 998 C. civ. de la 1864 – art. 1.349 NCC - în toată amploarea ei discuția privind răspunderea pentru vinovăție, discuția asupra fundamentului răspunderii civile, vinovăție sau risc.

În adevăr, se poate distinge vinovăția ca fundament general al răspunderii, de vinovăția, ca și condiție particulară a unui regim special de răspundere.

Dintr-un prim punct de vedere, se știe că problema răspunderii civile opune două școli: cea a vinovăției și cea a riscului. Susținătorii vinovăției îl fac responsabil pe cel al cărui comportament este moralmente condamnat și afirmă că sistemul Codului civil se întemeiază pe ideea de vinovăție, act ilicit, imoral sau neîndemânatic.

¹² Pentru dezvoltarea inconvenientelor anormale de vecinătate în doctrina noastră, a se vedea C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2007, pp. 173 și urm.; V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 126 și urm.; autorul califică aceste inconveniente ca fiind „limite judiciare” ale dreptului de proprietate, calificare care a fost preluată de noul Cod civil în art. 630; O. Ungureanu, C. Munteanu, *Tratat de drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2008, pp. 201 și urm.; pentru o propunere de lege ferenda privind reglementarea inconvenientelor de vecinătate, O. Ungureanu, C. Munteanu, *Propunere de lege ferenda privind reglementarea inconvenientelor anormale de vecinătate*, în RRDP nr. 4/2007, pp. 180-194.

¹³ Etimologic acest cuvânt provine din lat. *fundamentum* de la vb. *fundare* - a fonda, a întemeia. Acest cuvânt are mai multe sensuri: în sens general prin „fundament” înțelegem motiv juridic, bază legală, mijloc de justificare. Apoi, poate să însemne valoare, referință de bază (adesea asociată cu altele) pe care se întemeiază o regulă, o instituție, un sistem juridic și care îi lămurește spiritul; iar fundament juridic privind o pretenție poate fi tradus prin mijloc de drept propriu să justifice în drept o pretenție (a se vedea, G. Cornu, *Association Henri Capitant*, 6^e édition mise à jour avec locutions latines, PUF, Paris, 2004, p. 412).

Profesorul I. Miclescu face distincția între originile unui drept și fundamentele acestuia, afirmând că *originea* indică formarea și evoluția istorică a instituției, pe când *fundamentul* justifică rațiunea, motivul pentru care se poate menține (*idem*, *Curs de drept civil. Restitutio*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 282).

Răspunderea întemeiată pe vinovăție este una *subiectivă* în sensul că ea își are izvorul în subiect, în individul responsabil și chiar, cum spune profesorul Carbonnier, „în starea sa de spirit”¹⁴. Vinovăția este de fapt o slăbiciune în conduită care presupune o slăbiciune de voință; ea nu poate fi reproșată decât celui care este animat de o voință liberă; repararea prejudiciului este subordonată în acest caz unei cercetări psihologice și unei aprecieri morale.

Răspunderea întemeiată pe risc se opune precedentei sub toate aspectele evocate: ea este obiectivă, cauzală și își are izvorul în raportul de cauzalitate obiectiv care urcă de la prejudiciu la cel care l-a cauzat, oricare ar fi psihologia acestuia din urmă și chiar fără ca el să-l fi dorit, să-l fi gândit, să-l fi putut împiedica. Această răspundere nu implică nicio judecată de valoare asupra actelor celui răspunzător; este necesar și suficient ca prejudiciul să poată fi legat de aceste acte pentru simplul motiv că cel care exercită o activitate trebuie să-și asume riscurile¹⁵.

Este cunoscut faptul că unii autori încearcă să rafineze (desăvârșească) teoria riscului opunând două criterii: cel al actului anormal și cel al profitului; răspunderii creatorului unui risc, profitabil pentru el, reparația prejudiciului pe care îl cauzează, aceasta fiind contrapartea profitului pe care îl procură¹⁶; la aceasta se adaugă răspunderea autorului unui act anormal, al aceluși act care „pentru un tip social dat, considerat într-o fază a dezvoltării sale, nu corespunde societății medii a acestei specii în faza corespunzătoare a evoluției lor”¹⁷.

Diferența cea mai pregnantă în practică între cele două sisteme rezidă în atribuirea sarcinii probei: în timp ce în sistemul răspunderii întemeiat pe vinovăție victima trebuie să dovedească vinovăția celui de la care dorește să obțină reparația, în plus față de prejudiciu și de legătura de cauzalitate între vinovăție și prejudiciu, răspunderea pentru risc se concretizează într-o favoare făcută victimei care nu mai trebuie să dovedească decât prejudiciul și relația cauzală. Proba vinovăției implicând o cercetare psihologică și o apreciere morală este, la prima vedere, mai dificilă decât cea, în întregime materială, a unui raport de cauzalitate.

Cele două sisteme opuse, argumentând strict în termeni de tehnică juridică, în termenii sarcinii probei, sunt susceptibile de nuanțe în special prin intermediul prezumțiilor, cu importanță diferită: unele fapte pot face să se prezume, în primul sistem, vinovăția; în al doilea, dimpotrivă, proba anumitor circumstanțe îl exonerează

¹⁴ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF/Quadrige, 2004, p. 2257.

¹⁵ Pentru teoria care așeza la baza răspunderii obiective ideea de garanție privind riscul de activitate, a se vedea C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Educational, București, 1998, pp. 287 și 288 ; L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, pp. 187 și 188 ; într-un studiu recent, amplu și dens, se învederează, cu argumente temeinice, că fundamentul răspunderii pentru abuzul de drept trebuie să fie orientat spre criterii obiective: riscul și garanția. Autoarea învederează că: „titularul dreptului răspunde pe temeii obiectiv pentru toate consecințele negative cauzate altor persoane, contrar finalității sale economico-sociale, recunoscute legal, având calitatea de *garant* în fața celorlalti membri ai societății, *asumându-și riscurile pe care le implică exercitiul acestuia*” (L.R. Boilă, *op. cit.*, pp. 58 și 59).

¹⁶ J. Carbonnier, *op. și loc. cit.*

¹⁷ Demogue, *Obligation*, Tome III, nr. 281, Mazeaud-Tunc..., pp. 429 și urm.

pe creatorul riscului de răspundere. Miza discuției are, deci, o reală importanță practică, dar ea contribuie să o facă neclară din mai multe motive: mai întâi, în loc să se preocupe de principiul care ar autoriza ca cineva să fie răspunzător de un prejudiciu și apoi să atenueze în unele cazuri particulare exagerările (excesele), autorii nu pot evita să condamne un sistem refuzând să-i recunoască calitățile și să-l ridice în slăvi pe celălalt închizând ochii asupra imperfecțiunilor sale.

Trebuie remarcat că prima mișcare a autorilor partizani ai unui nou fundament a fost o neliniște față de caracterul restrictiv al răspunderii pentru vinovăție: constatând că acel Cod civil (art. 998) făcea abstracție de persoana victimei, de drepturile sale ei s-au înduioșat de existența cazurilor în care, cu toate că nu i se putea reproșa nimic, victima nu putea fi indemnizată în lipsa dovedirii vinovăției autorului prejudiciului.

De aici s-a născut ideea unei răspunderi întemeiate pe risc: Saleilles, Josserand afirmă că „orice activitate care creează altuia un risc îl face pe autorul ei răspunzător de prejudiciul pe care îl cauzează fără să se mai cerceteze dacă există sau nu vinovăție din partea sa”¹⁸.

Un asemenea demers lovea în asemenea măsură obiceiurile civiliştilor încât a trebuit să se recurgă la o argumentare nu atât tehnică, ci mai mult de inspirație morală. Ripert, de exemplu, arăta că „profitând de beneficiul dreptului său, autorul prejudiciului trebuie să-i suporte riscurile”¹⁹, evocând vechiul adagiul *ubi emolumentum ibi onus*.

Caracterul prea puțin tehnic al discuției a sporit vivacitatea: decanul H. Lalou, apără articolul 1382 francez (art. 998 C. civ. român - actualmente art. 1.357 noul C. civ.), „articol rol pentru că el formulează o idee de justiție, repararea prejudiciului cauzat în mod injust”. Dar nu ar putea să i se opună acesteia o altă idee de justiție (dreptate): repararea prejudiciului injust suportat?

Totuși, nu se poate nega acest adevăr sociologic: acolo unde era suportat prejudiciul cauzat înclinându-se în fața hazardului nefast, astăzi se încearcă să se găsească autorul prejudiciului. Se dorește cu toată tăria o indemnizație, se pretinde a nu se mai suporta nimic, nu se dă înapoi în fața neplăcerilor și cheltuielilor unui proces, dacă nu se obține indemnizarea se strigă în gura mare nedreptatea²⁰. Atât de bine și atât de tare încât cei care făceau din vinovăție unul din „stâlpii de granit” ai societății trebuiau să admită prezumțiile de vinovăție și chiar prezumțiile de responsabilitate.

În continuare vom încerca să punem accentul pe relevanța acestei controversă în problema particulară a inconvenientelor de vecinătate.

➡ 3. *Discuția și inconvenientele de vecinătate*

Numeroși autori au făcut din studiul inconvenientelor anormale de vecinătate un caz particular al disputei vinovăție-risc.

¹⁸ Josserand, *Cours de droit civil francais*, tom I, nr. 1505.

¹⁹ G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, these, Aix, 1902, p. 388.

²⁰ G. Ripert, *op. și loc. cit.*

Deoarece se poate cauza vecinătății *un prejudiciu excesiv* respectând regulamentele și uzanțele și chiar depășind cerințele lor, ceea ce este normal sau anormal devine ceea ce este făcut cu vinovăție sau fără vinovăție: bunul tată de familie definit prin prudență și respectarea regulilor este subminat (înlocuit) de „spiritul de toleranță” al eventualelor victime ca standard juridic.

Susținuți de exemplul decanului Ripert, strălucitor tezist în serviciul riscului, dar profund maestru în sprijinul vinovăției, unii autori au susținut că criteriul anormalității inconvenientelor de vecinătate nu ar putea fi decât o nouă expresie a vinovăției ca și condiție necesară a răspunderii.

Alții au încercat să deceleze evoluția conceptelor: „instanțele nu se mulțumesc să lărgască noțiunea de vinovăție; ele merg până la a suprima vinovăția ca și condiție a existenței răspunderii civile”.

În legătură cu teoria vinovăției în materia inconvenientelor de vecinătate s-au pus câteva întrebări pertinente: Cum se poate susține că faptul de a exploata o uzină luând toate precauțiile dezirabile ar fi un fapt exercitat cu vinovăție? Este posibil să se proclame ca principiu că faptul de a crea o activitate industrială a cărei exploatare este prejudiciabilă vecinilor constituie o vinovăție? Mergând mai departe cu raționamentul se poate pune întrebarea firească: „Dacă nu există uzină care să nu fie sursă de inconveniente, se poate merge până la a declara că a fi industriaș înseamnă a comite o vinovăție?”

Se pare că răspunderea pentru inconvenientul anormal de vecinătate se poate abate, în unele cazuri, asupra autorului actului prin simplu fapt că el l-a îndeplinit și numai pe motivul consecințelor sale naturale și sociale, automate, chiar inevitabile; soluția ar fi ca persoana să renunțe pur și simplu la activitatea a cărei utilitate nu este de altfel contestată.

Unii autori, refuzând să califice ca vinovată atitudinea unei persoane căreia nu i se poate aduce niciun reproș nu numai în plan moral, dar și în plan social, înlătură ideea de risc, din moment ce elementul *alea* al prejudiciului nu există, din moment ce nu se micșorează riscul de a face să se suporte consecințele acestei activități certe și inevitabile. Se poate adăuga că un fapt, considerat în el însuși, nu este nici normal nici anormal, el este indiferent; ideea de risc ar vrea, din acest motiv, ca în toate cazurile individul al cărui patrimoniu a suportat un prejudiciu să poată să-i ceară repararea; anormalitatea prejudiciului suportat, care nu este anormalitatea riscului creat, nu ar trebui să constituie o condiție a răspunderii întemeiate pe risc.

Activitatea industrială exercitată poate cauza vecinilor o jenă superioară celei care în mod normal ar trebui suportată, însă prin aceasta ea nu este mai puțin utilă din punct de vedere social, iar uneori este chiar indispensabilă economiei; de asemenea, această activitate a putut primi autorizarea autorității publice care, punând în balanță avantajele și inconvenientele care ar putea decurge din funcționarea sa, a autorizat totuși crearea ei. În ochii unor autori ideea care ar trebui să stea la baza răspunderii pentru inconveniente anormale de vecinătate este cea de îndatorire de reparație, chiar în absența vinovăției, îndatorire întemeiată pe jena excesivă impusă vecinilor. Alți autori s-au referit la teoria de garanție conform căreia fiecare are dreptul la securitate în sens larg și, de asemenea, la calitatea vieții, astfel încât orice atingere a

acestui drept ar fi sursă de răspundere²¹. În sfârșit, alți autori, s-au agățat de ideea de perturbare a mediului înconjurător prin activitatea generatoare de tulburări de tip ecologic de o intensitate superioară a ceea ce omul poate suporta fără a-i dăuna²².

Însăși necesitatea de a face apel la o cale de mijloc atestă inadecvarea alternativei vinovăție-risc în problema fundamentului cercetat, deoarece cum am situa această îndatorire de reparație fără vinovăție între soluțiile fundamentale anterioare?

➡ 4. Concluzii

Trebuie să fim conștienți că alternativa vinovăție-risc nu poate fi în mod veritabil întemeiată pe o analiză a dreptului pozitiv: autorii nu apără o interpretare a ceea ce există, ci o concepție a finalității care trebuie să se dea unei legislații „de elaborat”; nu se deduce realmente o soluție aplicabilă a unui fundament, el însuși descoperit în dreptul aplicat, ci se folosește ambiguitatea unei soluții îndoielnice pentru a induce alternativ un fundament sau altul.

Acest demers este atestat de formula lui Josserand care propune să se dea criteriului întrebuițat de jurisprudență o alură mai științifică, făcând să intervină noțiunea de *risc creat*: „există un principiu de justiție distributivă care tinde să penetreze din ce în ce mai mult dreptul, că cel care creează un risc trebuie, dacă acest risc se realizează pe cheltuiala unei terțe persoane, să repare prejudiciul cauzat”²³. Însă ne putem întreba: dacă principiul în discuție tinde numai să penetreze dreptul, poate fi considerat ca o temelie destul de solidă?

În mod logic, într-o cercetare a fundamentelor răspunderii pentru inconveniente anormale de vecinătate, veritabila chestiune ar trebui să fie: care sunt fundamentele consacrate de dreptul pozitiv pentru regimurile răspunderii care, din acest punct de vedere, nu pun probleme? Or, atâta timp cât există discuția vinovăție-risc ca fundament general al răspunderii, legarea de unul sau de altul nu îndeplinește această condiție.

În această problemă instanțele au ales soluții pentru care trebuie să se găsească un fundament; prin urmare, izvorul dreptului răspunderii pentru inconveniente anormale de vecinătate nu era²⁴ decât jurisprudența; or, instanțele nu puteau statua fără a găsi o regulă de drept de care să își lege decizia. Așadar, rămâne să ne aplecăm asupra izvoarelor obligației proprietarului de a nu cauza vecinilor o daună anormală.

➡ 5. Disputa juridică asupra izvoarelor obligației proprietarului

Însuși titlul celebrului și remarcabilului articol al lui J.B. Blaise anunță optica sa particulară: „Responsabilitate și obligație cutumiară în raporturile de vecinătate”²⁵.

²¹ M. Borysewicz, *La qualité de la vie, une finalité nouvelle de la règle de droit*, A. Jauffret, Aix-Marseille, 1974, pp. 21 și urm.

²² F. Cabalero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, these, Paris, 1979, pp. 185 și urm.

²³ Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, nr. 16, apud J.L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Paris, 2000, p. 115.

²⁴ Reamintim că în dreptul francez, spre deosebire de dreptul nostru, nici la ora actuală nu există un text de lege care să reglementeze inconveniente de vecinătate.

²⁵ *Idem*, RTD civ. 1965, pp. 261 și urm.

Autorul propune să se găsească rațiunea răspunderii pentru inconveniente anormale de vecinătate în violarea unei obligații cutumiare; așadar, propunerea sa este de a afirma că cutuma este izvorul obligațiilor de vecinătate.

J.B. Blaise propune deci să se facă apel la cutumă pentru a separa tulburările permise de cele interzise. Dacă art. 673 și 640 C. civ. francez (art. 608 și respectiv art. 578 C. civ. român de la 1864 – art. 613 și, respectiv art. 604 din noul Cod civil) stabilesc, de exemplu, o obligație de a suporta anumite daune, ar exista de asemenea „o obligație de a suporta unele daune de origine cutumiară”. Decanul Carbonnier nu afirma că, în cazul tulburării excesive, vinovăția nu poate consta „decât în a fi depășit măsura cutumiară a ceea ce trebuie suportat între vecini”²⁶?

Ideea comună a mai multor autori și a unor decizii că anormalitatea trebuie să se definească în funcție de locuitorii unui cartier (faimoasa preocupare colectivă), ar manifesta de altfel rolul cutumei, constituită prin acest element material, categoria de locuință și un element psihologic, *opinio necessitatis*. Este ceea ce îl autorizează pe autor (Blaise) să concluzioneze: „Se vede astfel cum cea mai mare parte a sistemelor doctrinare implică recunoașterea obligațiilor cutumiare de vecinătate. De partea sa, jurisprudența nu pare absolut ostilă acesteia. Dar atunci de ce să nu se vadă în cutumele de vecinătate decât simple directive, simple indicații la adresa judecătorului, și nu veritabile reguli de drept? Nimic nu autorizează o asemenea restricție. Raporturile de vecinătate sunt guvernate de prescripții legale și cutumiare”²⁷.

Ceea ce ne interesează esențialmente în acest articol este maniera de a pune problema în termeni de izvor de drept; ea se opune radical nu numai metodei precedente care a recurs la discuția fundamentelor generale situându-se astfel pe un plan diferit, ci și unei concepții răspândite care rezervă legii determinarea regulilor răspunderii.

Desigur, în prezența unei asemenea poziții, constatarea inadecvării (art. 1382 C. civ. francez – art. 998 C. civ. român de la 1864, respectiv art. 1357 NCC) la problemele de vecinătate obligă la propunerea unui principiu concurent și aceasta explică recurgerea la cutumă; această sursă de drept, indiscutabil încă fecundă astăzi²⁸ mai ales în materie de vecinătate²⁹, oferă marele avantaj al supleței și al adaptabilității care ar evita torturarea textelor legale la care ne fac să asistăm unele decizii ale instanțelor.

Concepția evocată prezintă și un alt avantaj: acela că ține seama de ireductibilul particularism al construcției jurisprudențiale. Este de netăgăduit că orice legătură (apropiere) a răspunderii pentru tulburări de vecinătate cu teoria generală a răspunderii are ceva artificial. Revenind la problema fundamentală a izvoarelor obligației proprietarului, s-a evitat o altă problemă, cea a fundamentului acestei obligații.

²⁶ A se vedea, J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 1785.

²⁷ J.B. Blaise, *op. cit.*, p. 291, nr. 42.

²⁸ De altfel, noul Cod civil în chiar art. 1 instituie ca izvoare de drept civil „uzantele și principiile generale ale dreptului” [alin. (1)], iar în alin. (6) se precizează că: „În sensul prezentului cod, prin *uzante* se înțelege obiceiul (cutuma) și uzurile profesionale”.

²⁹ A se vedea, art. 603 și 613 NCC.

Însă problema nu este atât de a ști dacă există o obligație, de vreme ce instanțele franceze au afirmat-o de multe ori; veritabila problemă care se pune este de a determina această obligație, adică de a determina criteriul violării sale. Or, probabil că nu cutuma, cu imprecizia sa esențială, este cea care va ajuta la rezolvarea acestei probleme. Ceea ce trebuie este să se descopere originea criteriului inconvenientului *anormal*, adică, cum este posibil ca instanțele să înlăture textele Codului civil, în profitul acestei noțiuni de *anormalitate*: judecătorii au recurs la o noțiune care nu se găsea în niciun text și nu putea fi descoperit decât cu prețul unei aproximări.

În absența unui text legal vine de la sine următoarea propunere de izvor al inconvenientelor de vecinătate: *cvasicontract*. Aceasta este de altfel propunerea doctrinară cea mai tradițională. Ea se întemeiază pe un pasaj din Pothier și mai ales pe Codul civil: art. 588 C. civ. de la 1864 care precede enumerarea diferitelor sarcini care apasă asupra proprietății dispunea: „Legea supune pe proprietari la osebite obligații unul către altul, fără chiar să existe vreo convenție între dânsii”³⁰.

Pothier vorbea despre un „*cvasicontract de vecinătate, sursă de obligații reciproce între vecini, proprietari și posesori de proprietăți vecine*”³¹. Acest autor explica și că aceste obligații impun oricărui proprietar de a nu face nimic care ar putea fi vătămător proprietății vecine. Totuși, se pare că ideea de *cvasicontract* nu aduce nimic nou; ea nu justifică cerința *anormalității* prejudiciului.

Capitant reia această idee arătând multitudinea de obligații ale proprietarului prevăzute de Codul civil. Obligați unul față de altul, vecinii nu mai sunt terți și iată motivul rațiunea pentru care ar trebui să se înlăture art. 1382 C. civ. fr., aplicabil numai răspunderii delictuale. Cu privire la cerința *anormalității* trebuie să ne mulțumim cu remarcă de bun simț: inevitabila toleranță între proprietari. Autorul a propus să se cerceteze în articolele Codului civil ca o obligație legală de vecinătate și pe cea de a nu cauza prejudicii vecinilor. Desigur, angajamentele pe care le evoca art. 1371 C. civ. fr. (art. 986 C. civ. de la 1864)³² ar fi putut acoperi obligația de a nu cauza prejudicii.

Totuși, acest text nu putea aduce nicio susținere jurisprudenței care cere un prejudiciu de o anumită gravitate, un inconvenient *anormal*, o tulburare care depășește pragul de toleranță pentru a angaja răspunderea proprietarului. De altă parte, articolul 588 C. civ. anterior evocat de autori este străin noțiunii de *cvasicontract*³³. El se raportează la obligațiile speciale pe care legea le impune proprietarilor vecini și pe care art. 589 C. civ. de la 1864 le enumeră. Mai mult, nu decurge din această obligație de vecinătate nicio regulă suficient de precisă, chiar dacă ar fi stabilită.

³⁰ Chiar dacă art. 588 C. civ. de la 1864 nu-și mai găsește corespondentul în noul Cod civil, sarcinile enumerate de art. 589, zidul comun, picătura streășinii, vederea spre proprietatea vecină, trecerea pe proprietatea vecină, le regăsim în noul Cod civil sub titlul de *Limite legale ale proprietății*, respectiv în secțiunea dedicată coproprietății fortate.

³¹ Pothier, *Contrat de société* nr. 235, *apud* Fr. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, p. 248.

³² Acest articol definește *cvasicontractul* ca fiind un fapt licit și voluntar, din care se naște o obligație către o altă persoană sau obligații reciproce între părți.

³³ Pentru controversa pe care o suscită însăși noțiunea de *cvasicontract*, a se vedea, Fr. Terre, Ph. Simler, *Droit civil. Les obligations*, nr. 950 și urm.

Obligația de a nu prejudicia vecinul nu poate, evident, să fie absolută, altfel un proprietar s-ar găsi adesea în imposibilitatea de a-și întrebuița dreptul; singura limită care poate fi concepută s-ar putea extrage din importanța prejudiciului.

O altă critică a acestei propuneri vine din partea d-lui Starck care invoca refuzul jurisprudenței de a interzice activitatea prejudiciabilă; aceasta nu s-ar explica decât prin refuzul de a recunoaște existența unei obligații anterioare a autorului prejudiciului³⁴.

Dacă ar mai trebui încă un motiv pentru a respinge ideea de cvasicontract de vecinătate, el ar consta în a remarca din nou opoziția ireductibilă cu sistemul jurisprudențial: un cvasicontract presupune un fapt voluntar al omului ca sursă a sa. Or, dacă autorul inconvenientului comite un asemenea fapt, acesta se datorează înainte de toate faptului material care este la originea problemei, independent de el: cel al contiguității fondurilor.

Merită numele de fundament al acestei soluții (a nu se depăși o anumită măsură) numai textul sau principiul care s-ar articula pe această idee de anormalitate. În aceasta este de netăgăduit că construcția inconvenientelor anormale de vecinătate conține o ireductibilă parte de originalitate.

Mai mulți autori au încercat să înfățișeze condițiile juridice ale răspunderii pentru tulburare anormală de vecinătate pentru a încerca să le atașeze de condițiile reținute în alte domenii în care nici dreptul aplicabil, nici fundamentele, nici conținutul său nu erau îndoielnice. Dar, despre fundamentele particulare ale inconvenientelor de vecinătate, într-un alt studiu.

³⁴ B. Stark, *Essai d'une theorie generale de la responsabilité civile envisagée en sa double fonction de garantie et de peine prive*, these, Paris, 1947, p. 177 și 178.

Noua reglementare de drept internațional privat¹

Lector doctor Claudiu Paul BUGLEA



The new regulation of private international law

Abstract: Until the 1st of October 2011, the main regulation in the matter of the Romanian international private Law being special in that matter was the Law no. 105/1992 on the settlement of the relations of the Romanian international private law.

At the same time with the effective date of the New Civil Code, one important step forward was made for the Romanian international private law, namely the fact that it takes over in its content, the provisions of the former framework law in the matter, respectively the law no. 105/1992, bringing also certain new visions in the matter.

In this order of ideas, I shall explain briefly each European regulation important for the private international Law both from the perspective of its effective enforcement within the Romanian territory with relevant casuistry and from the perspective of comparing it to the way in which the same legal rules were enforced, becoming a source of judicial practice within the territory of certain other Member States of the European Union.

The main Community normative acts to which I shall further refer shall be:

Regulation (EC) no.593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I); Regulation (EC) no. 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II); Regulation (EC) no. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

Keywords: regulation, the New Civil Code, European regulation, private international law.

¹ „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013”.

Dreptul internațional privat², cunoscut în alte sisteme de drept și sub denumirea de *Dreptul conflictului de legi* (The conflict of laws)³, ca disciplină de studiu, prezintă o particularitate constând din faptul că studiază raporturile juridice de drept privat cu element de extraneitate.

Elementul de extraneitate este acea parte a raportului juridic aflată în străinătate sau sub incidența unei legi străine. El nu este un element nou (al patrulea după: subiect, conținut, obiect) al raportului juridic, el putându-se regăsi în oricare dintre aceste trei elemente.

Astfel elementul poate exista în legătură cu subiectele unui raport juridic, de exemplu pentru persoanele fizice: cetățenia uneia/ambelor părți, domiciliul sau reședința, religia (în anumite sisteme de drept); iar pentru persoanele juridice: sediu, naționalitatea sau fondul de comerț.

Elementul de extraneitate poate să vizeze obiectul raportului juridic, de exemplu un bun (ca obiect derivat al raportului juridic) care se află în străinătate.

În sfârșit, în legătură cu conținutul raportului juridic, elementul de extraneitate se poate materializa după caz în:

- ceea ce privește un act juridic: locul încheierii actului juridic sau locul executării contractului;

- ceea ce privește un fapt juridic: locul săvârșirii delictului, locul producerii prejudiciului.

În cazul în care, într-un raport juridic apare un element de extraneitate pentru cel care trebuie să soluționeze aspectele care țin de acel raport se naște o problemă specifică: *conflictul de legi*.

Conflictul de legi este instituția care apare în cazul în care într-un raport juridic există un element de extraneitate și care constă în aceea că acest raport juridic devine susceptibil de a i se aplica două sau mai multe sisteme de drept aparținând unor state diferite.

În legătură cu acest conflict trebuie evidențiate următoarele aspecte:

- izvorul conflictului de legi este reprezentat de existența elementului de extraneitate;
- conflictul de legi NU trebuie să ne ducă cu gândul la un conflict de suveranitate între state. Conflictul de legi generat de existența elementului de extraneitate în ceea ce privește un raport juridic de drept privat nu are nicio legătură cu dreptul internațional public;

² A se vedea: I.P. Filipescu, *Drept internațional Privat*, Ed. Universul Juridic, București 2006; D.A. Sitaru, *Drept internațional privat*, Ed. Lumina Lex, București, 2000; D. Gutmann, *Droit international privé*, 2009, Dalloz, p. 29 și urm.; J. Derruppe, *Droit international privé*, 13^e édition, Dalloz 1999; G. Goldstein, E. Groffier, *Droit international privé*, Les éditions Yvon Blais Inc., 1998; *Chelshire, North and Fawcett, Private international law, fourteenth edition*, Oxford University Press, 2008; T. Ballarino, D. Milan, *Corso di diritto internazionale privato, terza edizione*, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 2008; B. Barel, S. Armellini, *Manual breve Diritto internazionale privato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007; E. Groffier, *Precis de Droit international privé quebecois*, 4^e édition, Les éditions Yvon Blais Inc., 1990.

³ A se vedea: I. Brown, *Conflict of laws*, Old Bailey Press, London 2001; Dicey and Morris, *The conflict of laws, twelfth edition*, London Sweet & Maxwell, 1993; J.G. Collier, *Conflict of laws, second edition*, Cambridge University Press, 1994; E.F. Scoles, P. Hay, *Conflict of Laws*, St. Paul, Minn., West Publishing co. 1992.

- conflictul urmează a fi soluționat prin prisma sistemului de drept al instanței sesizate astfel încât se consideră că sintagma „conflictul de legi” (termen generic) trebuie înțeleasă drept un „concurș de legi” (în sensul că se pot aplica ambele sisteme de drept). Legile (aflăte în concurs) pot conține aceeași reglementare.

Foarte important de reținut este faptul că deși conflictul se numește de legi, acest concurs există între sistemele de drept ale statelor respective.

Conflictul de legi poate să apară numai în legătură cu un raport juridic de drept privat. Numai în raporturile juridice de drept privat judecătorul național poate aplica o lege străină.

Ramurile în care pot apărea conflicte de legi: - Dreptul comerțului internațional, - Dreptul transporturilor, - Dreptul civil, - Dreptul familiei, - Dreptul comercial etc.

Aceste domenii de reglementare le găsim reglementate în **art. 2.557 alin. (2) din Cartea a VII-a a noului Cod civil, carte intitulată Dispoziții de Drept internațional privat**: în înțelesul prezentei cărți, raporturile de drept internațional privat sunt raporturile civile, comerciale, precum și alte elemente de drept privat cu element de extraneitate. *Per a contrario*, raporturile de drept public (drept administrativ, drept penal, procedură penală, drept fiscal, drept financiar) nu dau naștere la conflicte de legi, deși uneori și în aceste raporturi juridice pot interveni elemente de extraneitate.

Până la 1 octombrie 2011, în materia Dreptului internațional privat român, principalul act normativ special în materie era Legea nr. 105/1992 privind raporturile de drept internațional privat român. Acest act normativ reprezenta în fapt instrumentul juridic de baza, unde regăseam ansamblul normelor conflictuale, adică a normelor juridice de trimitere, de fixare sau, altfel spus a normelor care rezolva conflictele de legi născute ca urmare a apariției în cadrul unui raport juridic de drept privat al unui element de extraneitate, norma conflictuală indicând care dintre sistemele de drept în prezenta urmează să soluționeze pe fond raportul juridic de drept privat cu element de extraneitate.

Odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, pe teritoriul României au devenit aplicabile automat anumite reglementări europene de aplicație imediată și obligatorie, multe dintre acestea interferându-se cu materia dreptului internațional privat. Altfel spus, au devenit aplicabile în sistemul nostru juridic Regulamentele europene care conțin dispoziții speciale de drept internațional privat, prin care se unifică în anumite materii sistemele europene de norme conflictuale.

Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil s-a făcut un pas foarte important pentru Dreptul internațional privat român și anume faptul că acesta preia în conținutul sau dispozițiile fostei legi-cadru în materie, respectiv Legea nr. 105/1992, aducând și anumite viziuni noi în domeniu.

În această ordine de idei, voi prezenta pe scurt fiecare regulament european care interesează Dreptul internațional privat, atât din perspectiva aplicării sale efective pe teritoriul României cu cauzistica relevantă, cât și din perspectiva comparării cu modul în care aceleași norme juridice au fost implementate, devenind izvor de practică judiciară pe teritoriul unor alte state membre ale Uniunii europene.

Principalele acte normative comunitare la care mă voi referi în continuare vor fi: Regulamentului (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I);

Regulamentul (CE) nr. 864/2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale (Roma II);

Regulamentul (CE) nr. 44/2001 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială.

Apariția acestor regulamente europene au fost rodul unei mai vechi dorințe manifestate la nivel european, și anume o unificare a dreptului privat⁴. Și când spunem drept privat trebuie, de fapt, să avem în vedere dreptul civil în sens larg cu toate ramurile de drept ce intră în componența sa.

Era evident că acest deziderat european va fi foarte greu de realizat atâta timp cât, de principiu, orgoliile multor state europene, dublate de inconveniente de ordin doctrinar dar și ca sistem de drept, sunt aproape imposibil de conciliat.

Prin urmare, s-au făcut încercări de unificare mai ales la nivel contractual, aici interesele partenerilor contractuali de a avea o legislație cât mai unitară fiind esențiale.

Dacă la nivelul realizării unui Cod civil unic european⁵ pașii realizați sunt destul de timizi, la nivelul obținerii unor norme conflictuale unice încât mai multe domenii ale dreptului privat speranța de unificare pare a nu mai fi o simplă utopie.

Astfel cât mai multe domenii ale dreptului privat cu elemente de extraneitate, elemente care generează conflicte de legi, au început să dobândească reglementări unitare prin crearea unei legislații coerente europene. Regulamentele la care fac referire în această prezentare reprezintă exact materializarea acestei tendințe la nivelul Uniunii Europene din care și România face parte. Aceste reglementări putem spune, fac parte acum și din legislația noastră, mai precis, constituie izvoare ale dreptului internațional privat român.

Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I)⁶ reprezintă unul dintre cele mai importante acte normative de la nivelul Uniunii Europene, cu un impact deosebit la nivelul reglementării de drept internațional privat și implicit cu o relevanță extrem de pragmatică la nivelul dreptului privat, mai precis la nivelul a tot ce înseamnă raport juridic obligațional izvorât dintr-un contract.

⁴ A se vedea *Making European Private Law, Governance Design*, Edited by Fabrizio Cafaggi and Muir-Watt, 2008; *The Harmonisation of European Private Law*, Edited by Mark Van Hoecke and Francois Ost, Oxford-Portland Oregon 2000; -, *EU private international law: harmonization of laws* Petar Stone ed. Edward Elgar Publishing, 2006.

⁵ A se vedea *Towards a European Civile Code*, Editors: A.S.Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C.E. du Perron, J.B.M. Vranken, *Ars Aequi Libri-Nijmegen*, Martinus Nijhoff Publisher-Dordrecht?Boston?London, 1994; *The European Civile Code – The way forward*, Hugh Collins, Cambridge University Press, 2008.

⁶ Pentru o prezentare a acestui regulament: *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Franco Ferrari, Stefan Leible (Eds); *Yearbook of International Private Law vol VIII 2006*; *Ulrich Magnus Set-off and the Rome I Proposal*; *The European Private International Law Of Obligation, 3rd edition*, Richard Plender and Michael Wilderspin, Thomson Reuters, 2009.

Legislația actuală a României, mai precis noul Cod civil prin art. 2.640 arată că legea aplicabilă obligațiilor contractuale se determină potrivit reglementărilor dreptului comunitar. Cu alte cuvinte, noul Cod civil este cel care ne trimite la Regulamentul Roma 1. Doar în materiile care nu intră sub incidența reglementărilor europene, sunt incidente dispozițiile Codului civil din domeniul actului juridic civil, tehnica juridică folosită de legiuitorul român fiind aceea de incorporare a legislației europene în dreptul intern.

Același lucru se întâmplă și într-un alt domeniu la fel de important cum este cel al obligațiilor izvorâte din fapte juridice. În acest domeniu a devenit aplicabil, odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, Regulamentul (CE) nr. 864/2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale (Roma II)⁷.

Și sub acest aspect, noul Cod civil prin art. 2.641 alin. (1) ne trimite la dispozițiile dreptului Uniunii Europene folosind exact același procedeu ca cel utilizat pentru reglementarea raporturilor juridice obligacionale izvorâte din contracte.

Pe lângă o multitudine de alte acte normative europene cu relevanță în domeniul dreptului internațional privat, Regulamentul nr. 44/2001 (Bruxelles I) privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială reglementează, după cum îi spune și numele, anumite aspecte de o maximă importanță pe tărâmul dreptului internațional privat, mai precis în ceea ce privește procesul civil internațional.

Regulamentul nr. 44/2001 nu se aplică în materie fiscală, vamală, administrativă și nici în materia arbitrajului. În ceea ce privește competența, regulamentul stabilește o competență generală și derogări de la aceasta, precum și anumite competențe speciale în domenii determinate.

Pentru ca o hotărâre judecătorească străină să aibă autoritate de lucru judecat pe teritoriul României este necesar ca acea hotărâre să fie recunoscută în România. Recunoașterea poate fi solicitată pe cale principală sau pe cale incidentală.

O hotărâre pronunțată într-un stat membru și care este executorie în statul în cauză este pusă în executare într-un alt stat membru atunci când, la cererea oricăreia dintre părțile interesate, a fost declarată executorie în statul respectiv.

De reținut este însă faptul ca acest regulament european, spre deosebire de celelalte două pe care le-am amintit, are aplicabilitate numai dacă părțile litigante au naționalitatea statelor membre ale Uniunii Europene, în ceea ce privește stabilirea competenței instanțelor, dar și în ceea ce privește recunoașterea și încuviințarea

⁷ O analiză detaliată în: *Yearbook of International Private Law vol IX 2007, Comentariile diferite asupra impactului Roma II privind obligațiile necontractuale: Th.M. De Boer: Party Autonomy and its Limitations in the Rome II; P. Huber/M. Illmer: International Product Liability. A commentary on Article 5 of the Rome II Regulation; Michael Hellner: Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation; T. Kadner Graziano: The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation; B. Volders: Culpa in Contahendo in the Conflict of Laws. A Commentary on Article 12 of the Rome II Regulation; G. Garriga: Relationship between Rome II and Other International Instruments. De Boer: A Commentary on Article 28 of the Rome II Regulation; Symeon C. Symeonides: Rome II: A Centrist Critique; The European Private International Law Of Obligation, 3rd edition, Richard Plender and Michael Wilderspin, Thomson Reuters, 2009.*

executării unor hotărâri judecătorești pronunțate într-un stat membru, a căror recunoaștere se cere pe teritoriul altui stat membru⁸.

În ceea ce privește situațiile nereglementate de acest Regulament, respectiv litigiile între subiecte de drept privat din România și un stat nemembru al Uniunii Europene, în acest moment situația a rămas reglementată de dispozițiile din materie, conținute în vechea lege specială care reglementează raporturile de drept internațional privat, respectiv Legea nr. 105/1992. Aceasta este o situație tranzitorie, deoarece tot ce înseamnă reglementarea procesului civil internațional se va regăsi în noul Cod de procedură civilă, în cartea a VII-a.

În ceea ce noua reglementare de drept internațional privat, ea se regăsește, așa cum am mai precizat, în noul Cod civil, care preia în foarte mare parte dispozițiile vechii Legi nr. 105/1992, la care mai aduce anumite elemente noi.

În continuare o să încerc să prezint pe scurt anumite probleme de maximă noutate introduse în legislația română de drept internațional privat, odată cu apariția noului Cod civil, elemente ce au stârnit după caz, fie interesul, fie discuții contradictorii între cei ce sunt interesați de această parte a dreptului.

În această ordine de idei voi trata pe de o parte instituția nou introdusă, a reședinței obișnuite, iar apoi mă voi opri asupra unei probleme controversate, respectiv reglementarea din partea dedicată Dreptului familiei, din noul Cod civil, dar cu efecte evidente pe tărâmul dreptului internațional privat, reglementare ce vizează „interzicerea sau echivalarea unor forme de conviețuire cu căsătoria”, așa cum este reglementată în art. 277 din noul Cod civil.

Problema reședinței obișnuite, este tratată în Partea specială a Cărtii a VII-a din noul Cod civil, carte dedicată dispozițiilor de drept internațional privat. Dar, deși este reglementată generic în această secțiune, relevanța ei practică decurge din coroborarea cu dispozițiile speciale din materii cum ar fi statutul și capacitatea persoanei fizice sau din materia Dreptului familiei, respectiv căsătorii, divorțuri etc.

Astfel în materia stării civile și capacității persoanei fizice, regula este ca aceste aspecte sunt cărmuite de legea națională dacă prin dispoziții speciale nu se prevede altfel [art. 2.572 alin. (1) noul Cod civil].

Noul Cod civil mai precizează în art. 2.569 că determinarea și proba cetățeniei se fac în conformitate cu legea statului a cărei cetățenie se invocă (altfel spus, calificarea noțiunii de cetățenie se va face potrivit lui *lex fori*).

Art. 2.569 alin. (2) NCC precizează că dacă o persoană are mai multe cetățenii se va aplica legea statului de care este cel mai strâns legată, în special prin reședința sa obișnuită. Până la intrarea în vigoare a noului Cod civil aproape peste tot unde se vorbea despre legea națională, Legea nr. 105/1992 ne trimitea cu gândul la cetățenie și doar în subsidiar se opta pentru domiciliu sau reședință ca puncte de legătură pentru legea națională⁹.

⁸ „Brussels I Regulation” edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Sellier, European Law Publisher 2007.

⁹ Pentru argumente privind opțiunea legii române pentru cetățenie ca element de identificare a legii naționale a se vedea: T.R. Popescu, *Drept internațional privat*, Ed. Romfel, București 1994, pp. 160 și 161; I.P. Filipescu, *Drept internațional privat*, vol II, Ed. Actami, 1995, pp. 23 și 24.

Acum ideea noului Cod civil ne apare puțin mai modernă, bazată pe ideea globalizării și liberei circulații a persoanelor, care duce la opțiunea pentru un punct de legătură ce trebuie să fie mult mai mobil, soluția fiind aceea de a se opta cât mai mult pentru reședința obișnuită.

Totuși în materia stării civile și a capacității persoanei fizice legiuitorul a rămas conservator, păstrând vechea reglementare ce impunea ca punctul de legătură să fie cetățenia. Dar chiar și în această materie, s-a făcut un prim pas în sensul că, atunci când o persoană are mai multe cetățenii, varianta subsidiară imediată a devenit aceea ca elementul de legătură care să stabilească naționalitatea unei persoane, care are cel puțin două cetățenii din care niciuna română, să fie reprezentat de reședința obișnuită a acelei persoane.

Tot art. 2.568 alin. (3) NCC arată că în cazul persoanei care nu are nicio cetățenie – apatrid – trimiterea la legea națională este înțeleasă ca fiind făcută la legea statului unde aceasta are reședința obișnuită. Alin. (4) arată că aceste prevederi sunt aplicabile și refugiaților potrivit dispozițiilor speciale ale convențiilor internaționale la care România este parte.

În concluzie, în acest moment, regula în sistemul nostru de drept este aceea că punctul de legătură pentru legea națională a persoanei fizice în ceea ce privește starea civilă și capacitatea persoanei fizice este cetățenia. În subsidiar, se va aplica legea reședinței obișnuite.

Consacrând o importanță sporită acestei instituții juridice, noul Cod civil face un pas important definind în art. 2.570 noțiunea de *reședință obișnuită* în sensul că reședința obișnuită este în statul în care persoana fizică își are locuința sau așezarea principală chiar dacă nu a îndeplinit formalitățile de înregistrare. Pentru determinarea locuinței sau așezării principale vor fi avute în vedere acele circumstanțe principale și profesionale care indică legături durabile cu acel stat sau intenția de a stabili astfel de legături cu acel stat. Dovada reședinței obișnuite se face cu orice mijloc de probă.

Mai mult însă, în materia căsătorii, mai precis în ceea ce privește efectele acesteia, adică relațiile personale și patrimoniale dintre soți, legiuitorul realizează o adevărată schimbare față de vechea reglementare.

Astfel, Legea nr. 105/1992, în art. 20, stabilea că relațiile personale și patrimoniale dintre soți (adică efectele căsătoriei) urmau a fi supuse următoarelor legi: - legea națională comună a soților (dacă există);

- în lipsa cetățeniei comune urma a se aplica legea domiciliului lor comun;

Cele două legi (legea națională și legea domiciliului) continuau să reglementeze efectele căsătorii și în cazul în care unul dintre soți își schimbă cetățenia/domiciliul;

- dacă nu aveau nici cetățenie, nici domiciliu comun - legea reședinței comune;

- dacă nu aveau nici reședința comună urma a se aplica legea statului cu care soții întrețineau în comun legăturile cele mai strânse (soluție preluată din dreptul anglo-saxon)¹⁰.

Noul Cod civil prin art. 2.589 schimbă ordinea legilor ce ar urma să guverneze efectele generale ale căsătoriei.

¹⁰ A se vedea, D.A. Sitaru, *op. cit.* (nota 1) pp. 337 și 338.

Astfel, potrivit noii reglementări, acestea vor fi guvernate, ca principiu, de legea reședinței obișnuite comune a soților, iar în lipsă, de legea cetățeniei comune a soților și în final, în lipsa cetățeniei comune, se aplică legea statului pe teritoriul căruia căsătoria a fost celebrată. Cu alte cuvinte, pe acest tărâm, regula este fundamental schimbată, optându-se evident pentru reședința obișnuită, ca principal punct de legătură pentru norma conflictuală care soluționează conflictele de legi relative la efectele căsătoriei.

În aceeași ordine de idei, tendința manifestată în noul Cod civil, de a face cât mai accesibil divorțul, prin liberalizarea formelor pe care le au la dispoziție părțile pentru a desface căsătoria, se manifestă și pe planul dreptului internațional privat român, prin faptul că vechea dispoziție a Legii nr. 105/1992 care stabilea că divorțul va fi guvernat de legea care era desemnată conform art. 20 pentru efectele căsătoriei, a fost înlocuită cu o dispoziție nouă, care permite părților să aleagă legea care să guverneze divorțul (art. 2.597 NCC).

Astfel, soții pot alege una dintre următoarele legi pentru a le governa divorțul:

- legea statului unde își au reședința obișnuită la data manifestării acestui acord;
- legea statului ultimei reședințe obișnuite a soților, dacă cel puțin unul dintre ei locuiește acolo la data convenției de alegere a legii aplicabile;
- legea statului a cărui cetățenie o are unul dintre soți;
- legea statului pe al cărui teritoriu soții au locuit cel puțin trei ani.

Părțile pot să își manifeste acest acord de voință sau să îl modifice, după caz, până la data sesizării autorității competente să pronunțe divorțul. Totuși, atunci când divorțul este dedus în fața unei instanțe judecătorești, aceasta poate să ia act de voința părților privind alegerea legii aplicabile, până la primul termen de judecată la care părțile au fost legal citate.

Din analiza acestei noi dispoziții se observă din nou faptul că legiuitorul român și-a manifestat tot mai clar tendința de a se da o forță sporită acestei instituții, așa cum a fost deja definită, a reședinței obișnuite, în detrimentul cetățeniei sau al domiciliului ca puncte de legătură în materia legii naționale.

Din punctul meu de vedere, consider soluțiile oferite de noua reglementare foarte binevenite, fiind în perfectă concordanță cu procesul general care vizează o „înlăturare” tot mai accelerată a granițelor statale, ceea ce implicit duce la o liberă circulație a persoanelor. În aceste circumstanțe, păstrarea cetățeniei ca punct de legătură ar fi putut să reprezinte o povară pentru persoana fizică în ceea ce privește aspectele de drept privat, unde autonomia de voință și libertatea contractuală în a alege, trebuie să predomină. Astfel, pe acest tărâm, a apărut necesar ca legiuitorul român să vină în întâmpinarea intereselor părților, optând pentru ideea de reședință obișnuită, aceasta fiind mult mai ușor de obținut și în acest fel oferind o libertate mai mare părților în ceea ce privește stabilirea acesteia. Această libertate a părților, este normală atâta timp cât acestea știu, de principiu, care este legea cu care relația lor are legăturile cele mai strânse, aceste legături fiind date, pe tărâmul relațiilor dintre soți, de reședința obișnuită a acestora.

Pe de altă parte însă, așa cum spuneam deja, pe lângă multe soluții noi, moderne și interesante, așa cum a fost și cea prezentată mai sus, noul Cod civil conține și

anumite reglementări cel puțin controversate. O astfel de reglementare este cea din **art. 277 (Interzicerea sau echivalarea unor forme de conviețuire cu căsătoria¹¹)**.

Potrivit acestui text de lege:

(1) Este interzisă căsătoria dintre persoane de același sex.

(2) Căsătoriile dintre persoane de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România.

(3) Parteneriatele civile dintre persoane de sex opus sau de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România.

(4) Dispozițiile legale privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European rămân aplicabile.

Cum spuneam, încă din prezentare, acest articol nu se regăsește în partea dedicată reglementării de drept internațional privat român din noul Cod civil, respectiv cartea a VII-a, ci în materia dedicată dreptului familiei. Cu toate acestea, el interesează mai multe aspecte ale Dreptului internațional privat, fapt ce face să intre în obiectul de studiu al acestei discipline.

Astfel, alin. (1) la prima vedere stabilește o dispoziție de drept privat român în materia căsătoriei, în sensul că, pentru realizarea unei căsătorii, există o condiție de fond esențială și necesară, respectiv diferența de sexe. Adică, pe teritoriul României, este interzisă căsătoria între persoane de același sex.

Prin urmare, dacă legea nu distinge, această dispoziție o putem interpreta în mod extensiv în sensul că pe teritoriul României este interzisă căsătoria între persoane de același sex, indiferent de naționalitatea celor două persoane. Cu alte cuvinte, evident nu este permisă căsătoria unui cetățean român cu un cetățean străin, atâta timp cât au același sex, dar, mai mult apare evident faptul că pe teritoriul României nu se poate oficia o căsătorie nici între cetățeni de altă naționalitate (cetățenie), alta decât cea română, indiferent dacă legea națională a celor două persoane le-ar permite o astfel de căsătorie.

Mai mult, această dispoziție, așa cum este prevăzută în acest alineat, ne poate apărea și ca o normă de aplicație imediată, adică o dispoziție specifică dreptului internațional privat, care datorită gradului înalt de imperativitate se aplică automat, înlăturând atât conflictul de legi, cât și, implicit, aplicarea unei norme conflictuale competente în materie. Aici ar fi vorba despre norma conflictuală din domeniul condițiilor de fond ale încheierii căsătoriei.

Ce ar însemna acest lucru pentru cetățeanul român? Ar însemna faptul că el nu poate să se căsătorească nicăieri cu o persoană de același sex. Aceasta ar apărea interpretarea corectă a unei norme de aplicație imediată, doar că ea se va aplica doar atunci când problema s-ar naște în fața instanței române, ceea ce s-ar putea întâmpla doar în cazul în care o astfel de posibilă căsătorie s-ar fi încheiat deja în străinătate,

¹¹ Pentru o prezentare a acestor tipuri de parteneriate în diferite state ale Uniunii Europene: Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe, edited by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs, Intersentia Antwerp-Oxford-New York 2003.

iar cetățeanul român parte la o asemenea căsătorie, ar solicita recunoașterea efectelor acesteia pe teritoriul României. O astfel de solicitare ar urma să fie respinsă tocmai pentru că din chiar momentul nașterii acelei forme de căsătorie s-a încălcat o dispoziție imperativă a legii române.

Alineatul (2) al aceluiași art. 277, vine să întărească dispoziția primului alineat, adăugând însă la acesta.

Astfel, așa cum apare el formulat, este evident că face pasul spre rezolvarea problemei recunoașterii efectelor unei căsătorii încheiate pe teritoriul altui stat, efecte ce se cer recunoscute pe teritoriul României.

Analizând acest alineat, constatăm că el conține de fapt trei teze, respectiv trei situații factice posibile: a) se cere recunoașterea efectelor unei căsătorii încheiate sau contractate în străinătate, între doi cetățeni români; b) efectele unei asemenea căsătorii vizează două persoane de același sex dintre care una română și una de altă cetățenie, căsătorie încheiată în mod valabil pe teritoriul altui stat; c) și, în sfârșit, ultima dispoziție a acestui alineat interzice recunoașterea efectelor unei căsătorii încheiate în mod corect în străinătate între persoane de altă naționalitate, niciuna română.

Prima teza a acestui alineat apare într-o perfectă și corectă concordanță cu primul alineat, în sensul în care deja am stabilit că cetățenii români nu pot încheia o căsătorie cu o persoană de același sex, în sensul că acestora nu li se vor recunoaște nici efectele unei asemenea căsătorii contractate deja în străinătate.

Aici putem însă depista situații diferite:

- astfel, din chiar momentul nașterii acestei căsătorii în străinătate, norma conflictuală din acel sistem de drept să fi trimis la sistemul de drept român, ca lege personală a celor două persoane. Legea română, interzicând pentru cetățenii români încheierea unei asemenea căsătorii, rezultă faptul că o asemenea căsătorie nu putea fi încheiată în mod valabil nici măcar în străinătate. Neputându-se încheia valabil, ea nu ar fi trebuit să producă niciun efect nici în străinătate și implicit nici pe teritoriul României;

- a doua situație ar apărea atunci când, cele două persoane de cetățenie română încheie o asemenea căsătorie pe teritoriul unui alt stat, sub incidența unei legislații care o reglementează și implicit îi recunoaște efectele, dar norma conflictuală din acel sistem nu trimite la legislația națională a celor două persoane. Netrimittând la legea personală, nu se trimite la legea română, astfel încât aceasta nu va avea nicio incidență în momentul nașterii respectivei căsătorii. Prin urmare, acea căsătorie se poate naște valabilă, producându-și efectele așa cum sunt prevăzute de legislația acelui stat, sub incidența căreia a fost realizată. Dacă însă cei doi cetățeni români solicită recunoașterea efectelor acelei căsătorii pe teritoriul României, potrivit deja primei interdicții, prevăzute de alin. (1), pe care o considerăm o normă de aplicare imediată, cu un înalt grad de imperativitate, care îl urma pe cetățeanul român indiferent unde acesta s-ar afla, nerespectarea ei va duce invariabil la consecința firească ce constă în nerecunoașterea acestor efecte pe teritoriul României.

Prin urmare, consider eu, odată existentă reglementarea din primul articol, care interzice căsătoria unor persoane de același sex, creând astfel un principiu de ordine publică, reglementarea din alineatul al doilea, pentru primele două variante posibile

și analizate, nu pare să își mai aibă sensul. Putem doar considera că s-a dorit o întărire a primei dispoziții prin stabilirea explicită a soluționării acestui nou conflict de legi, respectiv al conflictului de legi în timp și spațiu.

Cu adevărat, noutatea pe care o putem extrage din acest alineat ne apare faptul că a treia teză este aceea prin care se pune clar problema faptului că nu vor fi recunoscute nici măcar efectele unei căsătorii încheiate sau contractate în străinătate între persoane de același sex, niciuna dintre ele neavând însă cetățenia română. Cu alte cuvinte, acel raport juridic, la momentul nașterii sale, nu avea nicio legătură cu dreptul român. Acea căsătorie, dacă a îndeplinit toate condițiile pentru a fi valabilă, își va produce toate efectele pe teritoriul statelor unde își au cetățenia cele două persoane, pe teritoriul statului unde s-a încheiat și, în principiu, pe teritoriul oricărui stat, mai puțin pe teritoriul României. Aici situația devine cel puțin ciudată, în sensul că o asemenea căsătorie își va produce toate efectele, atât personale cât și patrimoniale, până la granița cu România, iar odată trecută această graniță căsătoria respectivă încetează a-și mai produce efectele.

Și această situație ar putea fi acceptată, pornind tot de la primul alineat, care interzice căsătoria între persoane de același sex. Cu alte cuvinte, instituția juridică a căsătoriei, așa cum o cunoaște dreptul român, ne apare ca incompatibilă cu altceva decât tradiționala relație dintre un bărbat și o femeie.

Alineatul (3) însă introduce o dispoziție cu adevărat controversată cu care, de principiu, nu pot fi de acord, deoarece nu regăsim niciun temei legal care să o justifice. Potrivit acestui text de lege, „Parteneriatele civile dintre persoane de sex opus sau de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România”.

Citind atent această reglementare, putem observa că deși el se vrea a avea un spectru mai larg de aplicare, în sensul că vizează orice tip de parteneriate civile, atât între persoane de același sex cât și între persoane de sex opus, printr-o analiză logică și sistematică, coroborându-l cu primele două alineate, ne este clar că scopul vădit a fost tot acela de a interzice recunoașterea efectelor parteneriatelor între persoane de același sex. Introducerea interdicției în ceea ce le privește și pe cele între persoane de sex opus nu pare a avea vreun sens, unicul scop al menționării ei fiind acela de a încerca păstrarea aparentei discriminări pe criterii de orientare sexuală.

Acest alineat ridică mai multe probleme din punctul de vedere al unei interpretări legale.

Astfel, în primul rând, prin intermediul acestei reglementări se interzic efectele unei instituții „parteneriatul civil”, pe care dreptul nostru nu o recunoaște, ceea ce pare total în neregulă. Ni se pare imposibil a nu recunoaște efectele unei instituții pe care nu o cunoști și ale cărei efecte implicite îți sunt total necunoscute. Doar sistemul de drept străin cunoaște acea instituție pe care o și reglementează legal. Și evident o poate califica și îi poate interpreta efectele. Aici se încalcă și o dispoziție specială din materia dreptului internațional privat în general și a celui român în particular, în sensul că, calificarea noțiunilor juridice necunoscute de către sistemul de drept al instanței sesizate se va face după sistemul de drept care cunoaște acele noțiuni.

Trecând mai departe cu analiza, constatăm din nou că ar trebui să facem distincție între cele trei aspecte pe care deja le-am relevat când am făcut analiza alin. (2), și anume: a) parteneriat civil încheiat în străinătate între doi cetățeni români (de sex opus sau de același sex fără distincție), moment în care avem o nouă subdistincție, norma conflictuală din acel sistem să fi trimis sau nu la dreptul român; b) a doua situație vizează doi parteneri din care unul cetățean român; c) și în sfârșit, ultima variantă, parteneriat încheiat în străinătate între parteneri de altă naționalitate alta decât cea română, deci un raport juridic necunoscut de legea română și fără niciun punct de legătură cu dreptul român.

Faptul că un asemenea parteneriat civil își poate produce toate efectele, oriunde mai puțin pe teritoriul României, creează prezumția unei discriminări total nejustificate, care nu își găsește niciun argument juridic. Mai mult, din punct de vedere practic, faptic, se vor crea situații destul de greu de gestionat cum ar fi spre exemplu cea a unui parteneriat civil, valabil născut în străinătate cu foarte mult timp în urmă și care a dat naștere unei sumedenii de efecte atât patrimoniale cât și personale, între cei doi parteneri cât și față de terți, și brusc, odată ajunși pe teritoriul României, regimul juridic al bunurilor, să spunem, se schimbă radical față de cel anterior. Chiar și relația dintre cei doi parteneri și copiii rezultați din acea uniune, va trebui să fie ignorată, sau cel puțin interpretată după niște criterii pe care legislația României nu le cunoaște. Și apare total nejuridic faptul că prin acest text de lege, se lipsește de efecte o instituție juridică pe care legislația română nu o cunoaște, fără a oferi soluțiile juridice pentru vidul de reglementare realizat prin neaplicarea sistemului de drept normal competent.

Prin urmare, existența unei asemenea reglementări poate avea ca efect foarte scontat invocarea unei excepții de neconstituționalitate, fiind evidentă discrepanța dintre acest text de lege și principiile Constituției României. De asemenea, orice persoană care, într-un posibil litigiu în fața instanțelor române, va fi pusă în situația ca, odată cu aplicarea acestui text de lege, să nu i se recunoască efectele unui asemenea parteneriat, va putea să facă apel și la jurisdicția Curții de Justiție a Uniunii Europene, de la Luxemburg, care are printre atribuții și aceea de a verifica conformitatea unor dispoziții din legislația unui stat membru cu legislația obligatorie a Uniunii.

În final, alin. (4) al acestui articol vine să accentueze senzația unui text care se bazează pe considerente mai mult politice și nicidecum pe argumente juridice. A spune printr-un text de lege, în anul 2011, că: „Dispozițiile legale privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European rămân aplicabile”, nu face altceva decât să accentueze ideea că, deși se realizează o evidentă discriminare, trebuie păstrată o aparență de siguranță și de libertate de circulație. Această teză, evident, nu are nicio legătură cu situația la care întregul articol se referea, și anume una ce ține clar de relațiile de familie și de efectele acesteia așa cum ar putea ele rezulta din căsătorie, parteneriat civil sau alte instituții de același tip”.

Pentru o prezentare a acestor tipuri de parteneriate în diferite state ale Uniunii Europene: *Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe*, edited by Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs, Intersentia Antwerp-Oxford-New York 2003.

Speranțele neîmplinite de noul Cod civil în materia mediului

Conf. univ. dr. Anca Ileana DUȘCĂ



The expectations unfulfilled by the New Civil Code in the environment matter

Abstract: Being drafted with the stated intent¹ to „comply with the requirements of a dynamic present”, by: „the new promoted solutions, the review of certain classical institutions or the improvement of certain internationally recognized principles, but non-implemented in the Romanian space, the new Civil Code seems not to frame the environment and its entire issue in the dynamisms of the present time. Then, except the modest rules – such as art. 539 paragraph 2 including in the category of movables “the electromagnetic waves or those assimilated to these, as well as any type of electrical power” and art. 603 setting forth the owner’s obligation to “observe the tasks related to the environmental protection and to the assurance of good neighborhood” – nothing entitles us to state that the new Civil Code “capitalizes any provisions from the instruments of the European law”. It is known that the basic treaties of the European Union – the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – in their various articles, establish “the sustainable development of Europe and of the planet”, the promotion “of the solidarity among the generations” and the provision of “a high level of protection and of improvement of the quality of the environment” as being first-rank objectives of the European Union. This is the reason for which article 11 TFEU imposes that “the requirements related to the protection of the environment should be integrated in the definition and enforcement of all policies and actions of the Union”.

Keywords: sustainable development, preventive liability, electromagnetic waves, pollutant, tasks related to the environmental protection.

Plan: Articolul este structurat în două părți, prima tratează reglementările din noul Cod civil care interesează dreptul mediului, iar a doua subliniază carențele codului,

¹ From the explanatory memorandum accompanying the new Civil Code - which became a normative reality as a result of its enactment by Law no. 287/2009.

domeniile care s-ar fi cerut reglementate, argumentele în favoarea acestor susțineri, însoțite de propuneri *de lege ferenda*.

A. În prima parte a articolului înțelegem să ne referim doar la art. 539 C. civ și la art. 603 C. civ.

1. Art. 539 C. civ.: (1) „*Bunurile pe care legea nu le consideră imobile sunt bunuri mobile. (2) Sunt bunuri mobile și undele electromagnetice sau asimilate acestora, precum și energia de orice fel produse, captate și transmise, în condițiile legii, de orice persoană și puse în serviciul său, indiferent de natura mobilă sau imobilă a sursei acestora*”. Textul suscită minime comentarii. Mai întâi, ar fi de remarcat forma negativă a enunțului prin care sunt definite bunurile mobile, ceea ce nu este cea mai potrivită dintre exprimările normative². În loc de a dispune că bunurile mobile „nu sunt bunuri imobile”, mai nimerit ar fi fost să se arate ce este specific acestei categorii de bunuri³; chiar definirea bunurilor mobile prin excluderea, din categoria bunurilor, a celor „pe care legea le consideră imobile”, nu se dovedește a fi o inspirată alegere. Apoi, deși nu avem o definiție a bunurilor mobile, alin. (2) prevede că: „sunt bunuri mobile și... prin urmare, nu cunoaștem ce sunt bunurile mobile, în general, dar aflăm că sigur, în această categorie intră „și” bunurile enumerate limitativ în textul alin. (2), „undele electromagnetice sau asimilate acestora, precum și energia de orice fel produse, captate și transmise, în condițiile legii, de orice persoană și puse în serviciul său...”. În ce privește enumerarea „produse, captate și transmise”, referitoare la energia „de orice fel” observăm că nu se pliază pe etapele prevăzute de Legea energiei electrice nr. 13/2007⁴. Stabilind cadrul de reglementare pentru desfășurarea activităților în sectorul energiei electrice ... în vederea utilizării optime a resurselor primare de energie în condițiile de accesibilitate, disponibilitate și suportabilitate și cu respectarea normelor de siguranță, calitate și protecție a mediului⁵, Legea nr. 13/2007 prevede în art. 13 alin. (2) „Producerea, transportul, serviciul de sistem, distribuția și furnizarea energiei electrice, precum și activitățile operatorului pieței de energie electrică și cele de furnizare de servicii tehnologice de sistem se desfășoară pe bază de licențe, acordate în condițiile prezentei legi”. Iar în art. 25 se precizează: (1) „Participanții la piața de energie electrică și structurile operaționale asociate sunt: producătorul, operatorul de transport și de sistem, autoproducătorul, operatorul pieței, operatorul de distribuție, furnizorul, consumatorul eligibil și captiv”. Interpretând sistematic textele supuse atenției, ne întrebăm care să fi fost intenția legiuitorului de a se opri doar la „producerea, captarea și transmisia” energiei electrice și de ce a preferat expresia „orice persoană”, câtă vreme vedem că nu orice persoană – ci

² S. Neculaescu, *Răspunderea civilă delictuală în noul Cod civil - Privire critică* -, în *Dreptul* nr. 4/2010, p. 55.

³ C. Popa, *Teoria definiției*, Ed. Academiei, București, 1972. Pentru ca o definiție să fie funcțională, ea trebuie să îndeplinească următoarele condiții: să fie caracteristică; să nu fie circulară (un cuvânt nu se definește prin el însuși); să fie clară și precisă; să fie logic afirmativă; să nu conțină contradicții.

⁴ M.Of. nr. 51 din 23 ianuarie 2007. Dintre completările și modificările legii amintim: O.U.G nr. 33/2007; O.U.G nr. 172/2008 pentru modificarea și completarea Legii energiei electrice nr. 13/2007.

⁵ Art. 1 Domeniul de reglementare.

persoane bine individualizate ca denumire, atribuții, obligații... - se ocupă cu aspecte ce privesc energia electrică. Poate că motivul preferării expresiei „orice persoană” a fost acela de a sublinia că nu contează cine este persoana care a „produs, captat, transmis” „energia, de orice fel”, câtă vreme a fost pusă „în serviciul său”; și cum din această „punere în serviciu” apare un câștig pentru persoana implicată, rezultă nu doar că specificul bunurilor prevăzute la alin. (2) al art. 539 este dat de acest câștig, dar și că, de fapt, această normă se adresează unei categorii determinate de persoane – cele care participă la piața de energie -. Aceasta fiind concluzia logică, ne întrebăm ce caută art. 539 într-o secțiune care are ca titlu „Despre distincția bunurilor”, parte de început a unui capitol care se intitulează „Despre bunuri în general”⁶.

Meritul acestui articol, referitor la dreptul mediului, rezidă în includerea, în rândul bunurilor mobile a „*undelor electromagnetice sau asimilate acestora*”. Privit de sine stătător, art. 539 C. civ. nu face decât să se adauge unei trunchiate reglementări care a dus la hotărâri nesigure, pline de inerentele erori ce provin din faptul că într-un domeniu atât de delicat ca acesta, al mediului, se dau soluții încă necircumscrise literei legii. Un prim motiv, în acest sens, este că poluarea electromagnetică nu dispune de o reglementare coerentă. Astfel, actul normativ-cadru - O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului⁷ - în cazul radiației electromagnetice, adoptă o poziție diferită⁸ față de cea pe care o are cu privire la ceilalți poluanți, în sensul că nu-i rezervă un capitol special (cum a făcut în cazul: substanțelor și preparatelor periculoase - capitolul III, deșeurilor - capitolul IV, îngrășămintelor chimice și produselor de protecție a plantelor - capitolul V, organismelor modificate genetic - capitolul VI, radiației ionizante - capitolul VII etc.). Cu toate acestea, amintește radiația electromagnetică, în rândul poluanților, în art. 2 pct. 50, care prevede că *este poluant* „orice substanță, preparat sub formă solidă, lichidă, gazoasă sau sub formă de vapori ori de energie, *radiație electromagnetică*, ionizantă, termică, fonică sau vibrații care, introdusă în mediu, modifică echilibrul constituenților acestuia și al organismelor vii și aduce daune bunurilor materiale”. Deoarece O.U.G. nr. 195/2005, recunoaște trăsătura de poluant a radiației electromagnetice și, prin urmare, capacitatea acesteia de a produce daune oamenilor, rezultă că o serie de texte, inclusiv din actul normativ-cadru, se impun modificate. Astfel, *de lege ferenda*: a) pct. 38 art. 2 care se referă la *informația privind mediul*, ce trebuie oferită publicului – trebuie să privească, la lit. b), *factori*: alături de substanțele, energia, zgomotul și radiația electromagnetică⁹ și odată cu pct. 38 din art. 2 trebuie modificată și legislația relevantă în materie – adică cea care se

⁶ Secțiunea 1 - Despre distincția bunurilor, capitolul 1 - Despre bunuri în general, titlul I- Bunurile și drepturile reale în general, cartea a III-a Despre bunuri.

⁷ Aprobata cu modificări și completări prin Legea nr. 265/2006 (M. Of. nr. 586/2006) și modificată prin O.U.G. nr. 114/2007 (M. Of. nr. 713/2007), O.U.G. nr.57/2007 (M. Of. nr. 447/2007), O.U.G. nr.164/2008 (M. Of. nr. 808/2008).

⁸ A.I. Dușcă, *Dreptul mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 200 și 211.

⁹ În prezent, textul se prezintă astfel: „*informația privind mediul* – orice informație scrisă, vizuală, audio, electronică sau sub orice formă materială despre: a) ...; b) factori cum sunt substanțele, energia, zgomotul, radiațiile sau deșeurile, inclusiv deșeurile radioactive, emisiile, deversările și alte evacuări în mediu ce afectează sau pot afecta elementele de mediu prevăzute la lit. a”.

referă la informația de mediu; b) „*planul de acțiuni*”, „*autorizația integrată de mediu*” ... *trebuie să privească și radiația electromagnetică*; c) autoritatea publică centrală pentru sănătate ar trebui să monitorizeze *starea de sănătate a populației* și în relație cu acest factor de risc și ar trebui să dezvolte cercetările în acest domeniu; d) autoritatea publică centrală pentru *educație și cercetare* (individual sau în colaborare cu autoritatea publică centrală pentru sănătate) ar trebui să intensifice cercetările pentru a se *elimina incertitudinile cu privire la efectele dăunătoare* ale radiației electromagnetice și pentru a lua măsurile corespunzătoare; e) autoritățile *administratiei publice locale* care au și atribuția de a supraveghea *operatorii economici* din subordine pentru prevenirea eliminării accidentale de *poluanți*...¹⁰ trebuie să aibă în vedere și pe cei a căror activitate este generatoare de *radiație electromagnetică*; f) *Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor* ar trebui să aibă atribuții și în materia aceasta (nu doar în cea a organismelor modificate genetic¹¹) și pe baza datelor furnizate de autoritățile de sănătate și cercetare să ia măsuri de informare a consumatorilor cu privire la celulare, video-terminale, stații GSM etc. De reglementare incoerentă vorbim și în cazul actelor normative speciale interne - H.G. nr. 1.136/2006 privind cerințele minime de securitate și sănătate referitoare la expunerea lucrătorilor la riscuri generate de câmpuri electromagnetice¹² – și chiar al documentelor comunitare - Directiva 2008/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului¹³ de modificare a Directivei 2004/40/CE privind cerințele minime de securitate și sănătate referitoare la expunerea lucrătorilor la riscuri generate de agenți fizici (câmpuri electromagnetice). Critica adusă acestor documente se referă, în special la faptul că au în vedere lucrătorii, ignorând milioanele de utilizatori de celulare, calculatoare, cuptoare cu microunde... Prin urmare se impune atât modificarea actului normativ-cadru – O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului – în sensul ca un capitol special să fie rezervat poluării electromagnetice, întocmai ca în cazul altor poluanți, cât și adoptarea unui act normativ special care să acopere nu doar aspectele legate de lucrători ci și aspecte care se referă la categoria mare a persoanelor care, într-o formă sau alta, se găsesc sub influența acestor radiații, de la utilizatori de celulare, calculatoare, cuptoare cu microunde, la cei ce suportă efectele stațiilor de emisie - recepție pentru telefonie mobilă în sistem GSM. Un al doilea motiv pentru care poluarea electromagnetică rămâne o problemă este lipsa unor instanțe specializate de mediu care să soluționeze doar dosare ce au ca obiect

¹⁰ Art. 90 lit. h) din O.U.G. nr. 195/2005.

¹¹ Art. 92 lit. a), lit. b), lit. c) din O.U.G. nr. 195/2005.

¹² M.Of. nr.769 din 11 septembrie 2006. „Câmpuri electromagnetice”, câmpuri magnetice și câmpuri electrice, magnetice și electromagnetice care variază în timp cu frecvențe până la 300 GHz. „Valori limită de expunere” – limitele de expunere la câmpuri electromagnetice care se bazează direct pe efectele cunoscute asupra sănătății și pe considerații biologice; respectarea acestor limite asigură protecția lucrătorilor expuși la câmpuri electromagnetice împotriva oricărui efect nociv cunoscut asupra sănătății - art. 4 lit. a) și b) din H.G. nr. 1.136/2006. *Ordinul ministrului sănătății publice nr. 1.193/2006* pentru aprobarea Normelor privind limitarea expunerii populației generale la câmpuri electromagnetice de la 0 Hz la 300 Hz (M. Of. nr. 895 din 3 noiembrie 2006). Prin acest ordin se realizează transpunerea Recomandării Consiliului Uniunii Europene 1999/519/CE din 12 iulie 1999 privind eliminarea expunerii publicului general la câmpuri electromagnetice (de la 0 Hz la 300 Hz)..

¹³ JOUE, L114/88, 26 aprilie 2008.

acțiuni privind mediul. O instanță de mediu ar pretinde existența mai ales a: unor ofițeri de poliție specializați; unor magistrați specializați pe problemele mediului și motivați; unei voințe a instituțiilor judiciare - mai ales a Ministerului Public - de a integra lupta contra delincvenței ecologice printre obiectivele prioritare; unor experți nu numai specializați, dar care să dispună și de aparatura necesară diferitelor măsurători. Pentru toate cele enumerate propunem *de lege ferenda*, modificarea Codului de procedură civilă, în sensul înființării de instanțe de mediu.

Spuneam ca art. 539 C. civ își relevă importanța, nu individual, de sine stătător, ci prin raportare la art. 1349 C. civ. care dispune: (1) *Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. (2) Cel care, având discernământ, încalcă această îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral. (3) În cazurile anume prevăzute de lege, o persoană este obligată să repare prejudiciul cauzat de fapta altuia, de lucrurile ori animalele aflate sub paza sa, precum și de ruina edificiului. (4) Răspunderea pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte se stabilește prin lege specială.* Trecând peste încălcarea flagrantă a normei conform căreia: "în limbajul normativ aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceiași termeni"¹⁴ – ori noi vedem că pentru aceleași noțiuni, de bunuri, sunt folosiți mai mulți termeni, chiar în textul art. 1349 C. civ., alin. (3) vorbește despre ... *prejudiciul cauzat ... de lucrurile ... aflate sub pază*, iar alin. (4) dispune că: „*Răspunderea pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte se stabilește prin lege specială*” - și peste faptul că nu înțelegem care este distincția între „bunuri”, „lucruri” și „produse”, art. 539 C. civ. este important prin aceea că, din interpretarea sistematică a acestor două articole rezultă că trebuie să se răspundă pentru „*prejudiciul cauzat*” ... „*de undele electromagnetice sau asimilate acestora, precum și energia de orice fel*”, iar răspunzătoare este „*orice persoană*”, care a „*pus în serviciul său*”, prin „*producere, captare și transmitere*”, acest soi de „*lucruri*”, „*indiferent de natura mobilă sau imobilă a sursei acestora*”.

2. Art. 603 C. civ.: „*Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului*”. Acest text este identic

¹⁴ Art. 37 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată în temeiul art. II din Legea nr. 60/2010 privind aprobarea O.U.G. nr. 61/2009 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 (M. Of. nr. 215 din 6 aprilie 2010). Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (republicată în M. Of. nr. 777 din 25 august 2004) a mai fost modificată și completată prin: Legea nr. 49/2007 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică Legislativă pentru elaborarea actelor normative (M. Of. nr. 194, 21 martie 2007); Legea nr. 173/2007 pentru completarea art. 53 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (M. Of. nr. 406 din 18 iunie 2007); Legea nr. 194/2007 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de Tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (M. Of. nr. 453 din 4 iulie 2007); O.U.G. nr. 61/2009 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (M. Of. nr. 390 din 9 iunie 2009). Republicată în M. Of. nr. 260 din 21 aprilie 2010.

cu art. 44 alin. (7) din Constituție¹⁵: Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului. Cele două articole stabilesc nu doar o obligație *propter rem* care rezultă din stăpânirea unor bunuri și obligă numai în legătură cu acele bunuri¹⁶, ci și o limită în exercitarea dreptului de proprietate. Interpretând sistematic art. 555 alin. (1) C. civ., care dispune: „*Proprietatea privată este dreptul titularului de a posedea, folosi și dispune de un bun în mod exclusiv, absolut și perpetuu, în limitele stabilite de lege*” și art. 556 alin. (2) C. civ. care prevede: „*Prin lege poate fi limitată exercitarea atributelor dreptului de proprietate*” și dacă avem în vedere că art. 603 C. civ. este inclus în secțiunea 1. *Limite legale*, din capitolul III. *Limitele juridice ale dreptului de proprietate privată*¹⁷, înțelegem că prin aceste norme este stabilită o limită în exercitarea atributelor dreptului de proprietate, nu în sens de piedică, de obligație de a nu face, ci în sens de obligație legală de a face.

B. În această parte a articolului înțelegem să ne referim doar la două aspecte care ar fi trebuit, în opinia noastră, să se regăsească în Codul civil.

1. Primul aspect vizează faptul că, așa cum știm, pentru Uniunea Europeană, în care suntem stat membru, protecția mediului este o politică internă. Așa se face că tratatele-bază, TUE și TFUE îi alocă un număr semnificativ de articole. Astfel, articolul 3 TUE prevede: „(1) Uniunea urmărește să promoveze pacea, valorile sale și bunăstarea popoarelor sale. (3) Uniunea instituie o piață internă. Aceasta acționează pentru *dezvoltarea durabilă a Europei*, întemeiată pe o creștere economică echilibrată și pe stabilitatea prețurilor, pe o economie socială de piață cu grad ridicat de competitivitate, care tinde spre ocuparea deplină a forței de muncă și spre progres social, precum și pe un nivel înalt de protecție și de îmbunătățire a calității mediului... (5) În relațiile sale cu restul comunității internaționale, Uniunea își afirmă și promovează valorile și interesele și contribuie la protecția cetățenilor săi. Aceasta contribuie la pacea, securitatea, *dezvoltarea durabilă a planetei*, solidaritatea și respectul reciproc între popoare, comerțul liber și echitabil, eliminarea sărăciei și protecția drepturilor omului și, în special, a drepturilor copilului, precum și la respectarea strictă și dezvoltarea dreptului internațional, inclusiv respectarea principiilor Cartei Organizației Națiunilor Unite”. De asemenea, articolul 11 TFUE¹⁸ prevede: „*Cerințele de protecție a mediului trebuie integrate în definirea și punerea în aplicare a politicilor și acțiunilor Uniunii,*

¹⁵ Constituția României din 8 decembrie 1991 a fost modificată și completată prin Legea de revizuire nr. 429/2003.

¹⁶ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită - comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, pp. 92-96. În această lucrare se precizează că „prevederile constituționale dau dreptului de proprietate un conținut complex, de drept și obligație. Așa trebuie explicate prevederile art. 44 alin. (7), în sensul cărora dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului”.

¹⁷ Din titlul II — Proprietatea privată, Cartea a III-a Despre bunuri.

¹⁸ Titlul II Dispoziții de aplicare generală, TFUE.

în special pentru promovarea dezvoltării durabile” și un întreg titlu (*titlul XX*) cuprins în partea a treia (*Politicile și acțiunile interne ale Uniunii*) este rezervat mediului. Prin urmare, având aceste coordonate, ne-am fi așteptat să vedem nu numai mai multe reglementări referitoare la mediu, dar și printre dispozițiile generale (capitolul I, titlul preliminar – Despre legea civilă) să fie inclusă o normă care să impună respectarea cerințelor de protecție a mediului.

2. Al doilea aspect pe care dreptul mediului s-ar fi așteptat să-l găsească reglementat în Codul civil privește răspunderea preventivă. Vorbim despre răspundere preventivă¹⁹ în cazul acelor raporturi juridice în care, în urma unor fapte licite, există posibilitatea ca, în viitor, să apară un prejudiciu; certitudinea nu există, date fiind limitele cunoașterii umane, motiv pentru care la nivel mondial, al Uniunii Europene și național – prin O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului – s-a găsit necesar a se reglementa principiul precauției. Principiul precauției, apărut în dreptul mediului, pare a fi răspunsul la căutările „unei răspunderi etice de tip nou”, căutări necesare pentru că „raționalitatea științei, care intervine brutal în domeniul vieții biologice, poate răsturna nu numai ordinea naturii, dar și soarta omenirii²⁰”. Parte în triada de principii fondatoare pentru dreptul mediului - „poluatorul plătește”, prevenire, precauție - principiul precauției, apare ca o oglindă a zilelor noastre în care știința rău condusă poate avea efecte din cele mai catastrofale. Principiul „poluatorul plătește” presupune un poluator care prin acțiunea sa (cugetată sau necugetată, voită sau nevoită) produce un prejudiciu pe care este ținut să-l repare; principiul prevenirii presupune obligația de a acționa înainte ca prejudiciul să se producă; principiul precauției este unul de anticipare: prejudiciul nu s-a produs, iar eventualitatea producerii lui nu este demonstrată în mod incontestabil și nici demonstrabilă, riscul este nesigur, realizarea lui este numai posibilă²¹. „Riscul de pagubă”²² a fost socotit tulburare anormală și a stat la temelia unei hotărâri prin

¹⁹ A.I. Dușcă, *Răspunderea preventivă – formă a răspunderii ecologice* (Judecătoria sectorului 1, București, Sentința civilă nr. 864 din 24 iunie 2009), în PR nr. 4/2011, pp. 216-222; A.I. Dușcă, D. Ghită, *Din nou despre poluarea electromagnetică* (C.Ap. Craiova, secția contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 107 din 14 februarie 2006), în PR nr. 5/2011, pp. 202-211.

²⁰ D. Mazeaud, *Responsabilité civile et precaution* in *Responsabilité civile et Assurances*, nr. 6 bis/2001, p. 72, citat de C. Teleagă, *Principiul precauției și viitorul răspunderii civile*, în RRDM, an II, nr. 1(3)/2004, Asociația Română de Drept al Mediului, Universitatea Ecologică, pp. 29-57; C. Teleagă, *Armonizarea legislativă cu dreptul comunitar în domeniul dreptului civil în cazul răspunderii pentru produsele defectuoase*, Ed. Rosetti, 2004, București, pp. 69-95; J. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel. Systems d'indemnisation*, 5^e édition, Dalloz, Paris, 2004, pp. 848-868.

²¹ „Evoluția care marchează trecerea de la modelul unei justiții legaliste, formale și logice, la o justiție teleologică a cărei ambiție ar fi să se găsească soluțiile adecvate în raport cu obiectivul ales ...” este în curs de realizare (și include în mod cert și principiul precauției). M. de Sadeleer, *Le statut juridique du principe de precaution en droit communautaire. Du slogan à la regle*, Cahier du droit européen, nr. 1-2/2001, p. 116, citat de C. Teleagă în *op. cit.*, *Principiul precauției și viitorul răspunderii civile*, p. 31.

²² J.V. Borel, *La responsabilité pour troubles anormaux de voisinage: De la réparation à la prevention*, Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, Presses Universitaires D’Aix – Marseille, nr. 4/2007, p. 1758.

care s-a hotărât deplasarea unei antene pentru telefonie mobilă montată pe acoperișul unei școli. „Supunerea copiilor la radiațiile electromagnetice emise de respectiva antenă reprezintă o tulburare ce excede inconvenientele normale de vecinătate”, precizează hotărârea de o manieră novatoare pentru această perioadă, când mai planează incertitudini științifice cu privire la efectele reale produse de acest tip de radiații; tocmai pentru a se preveni acest risc de pagubă s-a hotărât mutarea antenei. Și mai categorică este o altă hotărâre în care se precizează cât se poate de explicit: „nu poate fi impus unui vecin, contra voinței sale, expunerea la un risc, chiar ipotetic, cu singura alternativă de a trebui să se mute, dacă refuză să-și asume acest risc²³ (tot într-un caz relativ la o antenă pentru telefonie mobilă). Într-o epocă străbătută de majore incertitudini, deloc rezolvate de controversele științifice (generate și menținute de interese mai mult sau mai puțin economice) este reconfortantă și dăătoare de speranță această tendință de trecere de la reparare (ceea ce poate fi prea târziu) la prevenire; de la „riscul-fatalitate” la „riscul-previzibil și statistic probabil” de la judecătorul văzut ca simplu executant la judecătorul interpret nu atât al unei prea stufoase legislații, cât și al unor principii, cum este cel al precauției sau „poluatorul plătește”²⁴. Dar încercarea de a încadra răspunderea preventivă în tiparul răspunderii civile se lovește de certe obstacole: nu există prejudiciu, legătură de cauzalitate, iar fapta nu este nici ilicită și nici păgubitoare. Față de această constatare, soluția ce pare a se contura este de a considera răspunderea preventivă ca fiind miezul dur al răspunderii ecologice. Ne întemeiem concluzia pe următoarele idei. În primul rând, specificul întregii legislații de mediu este unul ce ține de prevenție; chiar primul articol din actul normativ-cadru în materie - O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului - prevede: „obiectul ordonanței îl constituie un ansamblu de reglementări juridice privind protecția mediului, obiectiv de interes public major, pe baza principiilor și elementelor strategice care conduc la dezvoltarea durabilă”. Înțelegem de aici că principiile dreptului mediului reprezintă baza de pornire pentru realizarea protecției mediului, în vederea atingerii adevăratului țel - sau țelului final - anume dezvoltarea durabilă²⁵. Transpunerea în realitate a conceptului dezvoltării durabile presupune prezența constantă a prevenirii, adică mai clar, dezvoltarea din acest moment trebuie să fie realizată cu gândul la generațiile viitoare, astfel încât să se prevină: epuizarea resurselor naturale, extincția speciilor de plante, animale, distrugerile iremediabile ale mediului. Pe aceeași linie de gândire, prevenirea presupune și anticiparea unor posibile efecte negative ca urmare a introducerii diferiților poluanți în mediu, printre care se numără și radiația electromagnetică²⁶. În al doilea rând, răspunderea preventivă dă

²³ *Idem*, p. 1759.

²⁴ V. Wester-Ouisse, *Responsabilité pour troubles anormaux: le modèle d'une responsabilité fondée sur le dommage*, Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, nr. 2/2007, pp. 1119-1233.

²⁵ Art. 2 pct. 23, din O.U.G. nr. 195/2005: dezvoltarea durabilă - dezvoltarea care corespunde necesităților prezentului, fără a compromite posibilitatea generațiilor viitoare de a-și satisface propriile necesități.

²⁶ Art. 2 pct. 50 din O.U.G. nr. 195/2005: „poluant: orice substanță, preparat sub formă solidă, lichidă, gazoasă sau sub formă de vapori ori de energie, radiație electromagnetică, ionizantă, termică, fonică sau vibrații care, introdusă în mediu, modifică echilibrul constituenților acestuia și al organismelor vii și aduce daune bunurilor materiale”.

glas și contur unui drept fundamental al omului, anume dreptul la un mediu sănătos²⁷. Printre atributele acestui drept, actul normativ cadru include și „dreptul de a se adresa direct sau prin intermediul organizațiilor pentru protecția mediului, autorităților administrative și/sau judecătorești, după caz, în probleme de mediu, indiferent dacă s-a produs sau nu prejudiciu”, iar răspunderea preventivă apare ca un mijloc de realizare. Este evident că, în cazul în care un prejudiciu s-a produs, vom vorbi de un alt atribut al dreptului la un mediu sănătos, dreptul la despăgubire pentru prejudiciul suferit, răspunderea civilă clasică fiind perfect aplicabilă. În al treilea rând, actul normativ-cadru, în art. 95 prevede: „răspunderea pentru prejudiciul adus mediului are caracter obiectiv, indiferent de culpă”. Rezultă astfel că în materia dreptului mediului, faptele generatoare de răspundere includ atât faptele ilicite, în cazul cărora temeiul răspunderii îl constituie culpa, cât și faptele licite care pot constitui cauze ale pagubelor suferite de mediu, temeiul constituindu-l riscul. În mod cert, un prejudiciu adus mediului se repercutează, mai devreme sau mai târziu, în calitatea vieții, influențând bunăstarea și sănătatea omului.

²⁷ Art. 5 lit. d) O.U.G. nr.195/2005. Celelalte atribute sunt: a) accesul la informația privind mediul, cu respectarea condițiilor de confidențialitate prevăzute de legislația în vigoare; b) dreptul la asociere în organizații pentru protecția mediului; c) dreptul de a fi consultat în procesul de lucru al deciziilor privind dezvoltarea politicii și legislației de mediu, emiterea actelor de reglementare în domeniu, elaborarea planurilor și programelor; e) dreptul la despăgubire pentru prejudiciul suferit.

Sistemul de reglementare a dreptului comercial în regimul noului Cod civil

Prof. univ. dr. Viorel GĂINĂ



The system of the commercial law regulation in the regime of the new Civil Code

Abstract: The enactment of the New Civil Code by Law no. 287/2009 shall establish the private law unity and consequently the Monistic conception in establishing the field of commercial law.

These new legislative regulations shall raise a series of questions regarding the direction of the commercial law, namely: whether there is or not the commercial law as an autonomous branch of the law; if the commercial law continues to exist, which are the pillars on which it shall be based; if the commercial laws exists further, which is its position in the system of law; whether there are or not any judicial commercial relations, which are the jurisdiction procedures in case of certain litigations arising from such relations.

Key words: system of law, New Civil Code, commercial law.

1. Comerțul și funcțiile sale

a) Comerțul și dimensiunea sa

Comerțul ca sistem de activități este important prin valențele sale economice și sociale.

Conceptul de comerț poate fi abordat în raport de anumite criterii¹, în moduri diferite.

Dacă avem în vedere gradul de cuprindere al conceptului, atunci comerțul poate fi privit în sens restrâns sau în sens larg.

În sens restrâns, comerțul este o formă specializată a activității economice și cuprinde operațiunile prin care se face trecerea bunurilor de la producători la consumatori.

¹ V. Găină, *Curs de drept comercial*, Ed. Universitaria, Craiova, 2003, p. 5.

În sens larg, noțiunea de comerț are dimensiunea unui sistem complex de activități, adică activitatea economică în ansamblul său, și cuprinde operațiunile dintre persoanele fizice și (sau) juridice de producere de bunuri, de schimb și circulație a bunurilor și de prestări de servicii realizate în scopul de a obține profit.

Dacă avem în vedere un alt criteriu, adică acela al modului de abordare în cadrul diferitelor științe, atunci comerțul ar putea fi privit în sens economic sau în sens juridic.

În sens economic, adică în viziunea teoriei economice generale², noțiunea de comerț conturează activitatea din segmentul schimbului și circulației bunurilor, adică faza de distribuție a activității economice.

În sens juridic, noțiunea de comerț se circumscrie la obiectul de activitate al unei întreprinderi comerciale, care constă în producerea, administrarea și înstrăinarea de bunuri sau prestarea de servicii realizate în scopul de a obține profit³.

Operațiunile de comerț generatoare de raporturi juridice comerciale sunt activități de producție, schimb și circulație de bunuri sau de prestări de servicii⁴ realizate de comercianți.

Forma juridică de organizare a activității economice este întreprinderea comercială.

b) Funcțiile comerțului

Comerțul ca sistem de activități are funcții economice și sociale⁵.

Funcțiile economice ale comerțului sunt: funcția de producere de bunuri și funcția de schimb și circulație a bunurilor.

Comerțul sprijină și concură la producerea de bunuri, deoarece prin recuperarea în expresie bănească a valorilor încorporate în mărfuri se pot relua procesele de producție de noi mărfuri în sectoarele productive ale economiei.

Prin operațiunile de transfer al bunurilor de la producător la consumator, comerțul facilitează schimbul și circulația mărfurilor.

Funcțiile sociale ale comerțului sunt: funcția de protecție socială, funcția de satisfacere a trebuințelor de consum ale membrilor societății și funcția de creștere a calității vieții.

Comerțul ca domeniu al activității economice este un veritabil cadru de creare de locuri de muncă, generatoare de venituri pentru cei care le ocupă și, în consecință, cu rol de autoprotecție socială. Contribuțiile la diferitele fonduri de protecție socială plătite de către angajați, dar și de către angajatori sunt surse de protecție socială generate de activitățile comerciale.

Prin punerea la dispoziția societății a unor structuri sortimentale variate de mărfuri, comerțul îndeplinește o veritabilă funcție de satisfacere a trebuințelor membrilor societății.

² D. Patriche, *Elemente de economie a comerțului*, Ed. Sylvy, București, 2001, p. 5; N. Dobrotă și alții, *Economie politică*, Ed. Economică, București, 1995, p. 18.

³ Art. 3 alin. (3) din noul Cod civil român, adoptat prin Legea nr. 287/2009.

⁴ Art. 8 alin. (2) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

⁵ V. Găină, *op. cit.*, p. 9.

În sfârșit, comerțul are și funcția de creștere a calității vieții, deoarece scopul activității desfășurate de comercianți este obținerea de profituri care sunt supuse impozitelor și contribuțiilor la formarea diferitelor componente ale bugetului, din care sunt finanțate activități care profită tuturor și care contribuie la creșterea calității vieții (ex: finanțarea spitalelor, finanțarea universităților, finanțarea instituțiilor de cultură etc.) pentru toți membrii societății.

Comerțul ca realitate economică, socială și juridică nu poate fi negat și nici contestat în condițiile sistemului economiei de piață și al globalizării relațiilor economice.

§ 2. Dreptul comercial și sistemul său de reglementare

a) Dreptul comercial între „a fi și a nu fi”.

Adoptarea noului Cod civil prin Legea nr. 287/2009 consacră unitatea dreptului privat și în consecință concepția monistă în determinarea domeniului dreptului comercial.

În art. 2 alin. (1) din noul Cod civil se dispune că normele sale reglementează raporturile patrimoniale și nepatrimoniale dintre persoane ca subiecte de drept civil.

Potrivit art. 2 alin. (2) din noul Cod civil, acesta este alcătuit dintr-un ansamblu de reguli care constituie dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale.

În continuare, în art. 3 din noul Cod civil se precizează că dispozițiile acestuia se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil. Profesioniștii sunt cei care exploatează o întreprindere.

Prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicarea a noului Cod civil a fost abrogat Codul comercial și au fost înlocuite expresiile „acte de comerț” și „fapte de comerț” cu expresia „activități de producție, comerț sau prestări de servicii”.

Noțiunea de profesionist a fost determinată în sensul că include categoriile de comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale.

Aceste noi reglementări legislative ridică o serie de probleme privind soarta⁶ dreptului comercial și anume: dacă mai există sau nu dreptul comercial ca ramură autonomă a dreptului; dacă dreptul comercial continuă⁷ să existe, care sunt pilonii pe care acesta se va fundamenta; dacă dreptul comercial va exista în continuare, care este poziția sa în sistemul de drept; dacă mai există sau nu raporturi juridice comerciale, care sunt procedurile de jurisdicție în cazul unor litigii care decurg din asemenea raporturi.

Evaluarea unor asemenea probleme nu poate fi făcută fără a face o retrospectivă a concepțiilor privind sistemele⁸ de reglementare a dreptului comercial (sistemul unității dreptului privat și sistemul autonomiei dreptului comercial) și fără a ține cont de

⁶ S.D. Cârpenaru, *Dreptul comercial în condițiile noului Cod civil*, www.legalis.ro.

⁷ Gh. Piperea, *Introducere în dreptul contractelor profesionale*, Ed. C.H. Beck, București, 2001, p. 5.

⁸ S.D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, Ed. Universul juridic, București, 2007, p. 13; I. Schiau, *Drept comercial*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 13.

existența și a altor reglementări aplicabile comercianților, care sunt cuprinse în alte acte normative decât noul Cod civil.

b) Sistemul unității dreptului privat

În sistemul unității dreptului privat, dreptul comercial își pierde identitatea, fiind absorbit de dreptul civil. Unificarea dreptului privat există de regulă în statele care nu au economie de piață, dar în realitate o asemenea unificare⁹ a fost îmbrățișată și de state cu sisteme juridice liberale (ex: Marea Britanie, Italia, Suedia, Olanda).

În Italia, prin unificarea Codului civil cu Codul comercial în anul 1942, s-a realizat o „comercializare a dreptului privat”, dar prin această unificare dreptul comercial nu și-a pierdut autonomia științifică și didactică.

c) Sistemul autonomiei dreptului comercial

Dreptul comercial autonom a apărut în secolul al XIX-lea pe fondul imperativelor dezvoltării comerțului și ale promovării intereselor comercianților. El s-a desprins de dreptul civil prin adoptarea Codului comercial francez în anul 1807, recunoscându-se dualitatea drept civil - drept comercial, precum și caracterul special al dreptului comercial. Acest sistem a fost preluat apoi și de Codul comercial italian din anul 1882 și de Codul comercial român din 1887. În această concepție dualistă, dreptul comercial este un drept special, care are ca obiect normele juridice care se aplică raporturilor juridice născute din actele de comerț, indiferent de calitatea persoanei care le exercită, iar dreptul civil este dreptul comun în materia dreptului privat.

Unitatea dreptului privat sau autonomia dreptului comercial a constituit și constituie și astăzi obiectul unor dispute științifice cu atât mai mult cu cât noul Cod civil român abrogă Codul comercial și „întretine focul viu al acestei dispute”.

d) noul Cod civil român și sistemul său de reglementare a dreptului comercial

Noul Cod civil român consacră prin dispozițiile sale criterii noi de determinare a sistemului de reglementare a dreptului comercial.

În concepția¹⁰ noului Cod civil român, dispozițiile acestuia se aplică și raporturilor juridice patrimoniale și nepatrimoniale dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și celelalte subiecte de drept.

Profesioniștii¹¹ sunt persoanele fizice sau juridice care exploatează o întreprindere.

Noțiunea¹² de „profesionist” include categoriile de comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale, astfel cum aceste noțiuni sunt prevăzute de lege.

Potrivit reglementărilor din Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a noului Cod civil, comercianții reprezintă o categorie de profesioniști, alături de alte categorii

⁹ <http://it.wikipedia.org/wiki/Diritto.commerciale> „Fonti” citat de: A. Tudor, P. Rosenberg, dr. O. Rădulescu în, *Dreptul comercial trebuie să rămână o disciplină autonomă și după intrarea în vigoare a noului Cod civil*, în RDC nr. 7-8/2001, p. 177.

¹⁰ Art. 3 alin. (1) din noul Cod civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009.

¹¹ Art. 3 alin. (2) din noul Cod civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009.

¹² Art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

(ex: avocați, medici, farmaciști, arhitecți, practicieni în insolvență, agricultori) cărora li se aplică dispozițiile din noul Cod civil.

Prin „exploatarea¹³ unei întreprinderi” în viziunea noului Cod civil se înțelege exercitarea sistematică de către una sau mai multe persoane a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu scop lucrativ.

Noul Cod civil impune un nou sistem de reglementare a dreptului comercial, care are la bază conceptele de profesionist și de întreprindere, spre deosebire de Codul comercial care fundamenta sistemul de reglementare a dreptului comercial pe conceptele de fapte de comerț în principal și de comerciant în subsidiar.

Cele două criterii clasice, faptele de comerț și comercianții, de delimitare a raporturilor de drept comercial față de raporturile de drept civil au fost înlocuite¹⁴ cu cele de profesionist și întreprindere.

e) Întreprinderea - structura juridică de organizare și exercitare a activității comerciale

Realizarea¹⁵ unor activități cu titlu profesional necesită existența a cel puțin trei elemente: existența unui profesionist; organizarea unei întreprinderi; constituirea unui fond de comerț.

Întreprinderea, ca formă juridică de organizare a unei activități, este indispensabilă¹⁶ realizării oricărei activități profesionale. În Codul comercial român întreprinderea era considerată faptă de comerț.

În doctrina clasică¹⁷, întreprinderea a fost definită ca un organism economic, în care predominant era factorul economic, iar întreprinderea asigura coordonarea factorului de producție (resurse umane, capital), în vederea producerii de bunuri și servicii pe riscul și răspunderea întreprinzătorului.

În doctrina modernă¹⁸, întreprinderea are ca factor preponderent întreprinzătorul și grupul uman coordonat de întreprinzător. În concepția noului Cod civil, exploatarea unei întreprinderi este forma juridică de realizare a oricărei activități profesionale fără a se face distincție în raport de obiectul acesteia, dacă activitatea are ca scop obținerea de profit sau este nonprofitabilă.

Întreprinderea are în viziunea noului Cod civil următoarele trăsături: este o exercitare sistematică și continuă a unei activități organizate după reguli specifice; activitatea astfel organizată este exercitată de una sau mai multe persoane care au calitatea de profesioniști pe riscul și răspunderea acestora; obiectul activității constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau prestarea de servicii; scopul activității poate fi obținerea de profit sau nonprofit.

¹³ Art. 3 alin. (3) din Noul Cod civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009.

¹⁴ Gh. Piperea, *op. cit.*, 2001, p. 5.

¹⁵ I. Schiau, *op. cit.*, 2009, p. 68.

¹⁶ D. Legeais-*Droit commerciale et des affaires*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 4.

¹⁷ I.L. Georgescu, *Drept comercial român*, Ed. All Beck, 2002, p. 218.

¹⁸ O. Căpățână, *Societățile comerciale*, ed. a II-a, Ed. Lumina Lex, 1996, p. 294.

Dacă scopul urmărit de profesionist în activitatea desfășurată în forma unei întreprinderi este obținerea de profit, atunci întreprinderea este comercială, iar operațiunile respective sunt acte juridice de natură comercială care se identifică prin următoarele particularități: sunt operațiuni juridice generate de operațiuni de comerț de către profesioniștii care au calitatea de comerciant; obiectul actelor comerciale constă în producerea, schimbul și circulația mărfurilor, executarea de lucrări și prestarea de servicii; scopul actelor comerciale este obținerea de profit.

f) Comerciantul - categorie de profesionist

Comerciantul este determinat prin lege¹⁹ în categoria profesioniștilor. El dobândește calitatea de profesionist dacă exploatează o întreprindere comercială.

O asemenea concepție derivă și din prevederile O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale. Întreprinzătorul persoană fizică, titular al întreprinderii individuale și membrii întreprinderii familiale sunt comercianți persoane fizice de la data înregistrării în registrul comerțului (art. 23 și art. 31 din O.U.G. nr. 44/2008).

Comercianții persoane juridice sunt: societățile comerciale; societățile cooperative; grupurile de interes economic; regiile autonome; societățile și companiile naționale.

Forma juridică în care comercianții persoane fizice sau juridice realizează activitatea comercială este întreprinderea comercială.

§ 3. Dreptul comercial există ca ramură a dreptului

Abrogarea Codului comercial român prin Legea nr. 71/2011 privind punerea în aplicare a noului Cod civil nu conduce la dispariția dreptului comercial, deoarece conceptul de ramură a dreptului nu este strict dependent de existența codificării normelor de drept.

Există multe alte acte normative în vigoare care cuprind norme juridice care reglementează relațiile sociale din domeniul activității comerciale.

Constituția României, prin art. 135 consacră principiile care guvernează elaborarea, interpretarea și aplicarea normelor juridice în materia economiei de piață, statuând că: „economia României este economie de piață bazată pe libera inițiativă și concurență”; „statul trebuie să asigure: libertatea comerțului, protecția concurenței loiale, crearea cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție; protejarea intereselor naționale în activitatea economică, financiară și valutară; exploatarea resurselor naturale, în concordanță cu interesul național”.

În privința comercianților persoane juridice, există reglementări specifice pentru fiecare categorie, adică: pentru societățile comerciale - Legea nr. 31/1990; pentru societățile cooperative - Legea nr. 1/2005; pentru grupurile de interes economic - Legea nr. 161/2003; pentru regiile autonome - Legea nr. 15/1990.

¹⁹ Art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

Pentru regimul juridic al comercianților aflați în dificultate există reglementări specifice în Legea insolvenței nr. 85/2006.

În materia titlurilor comerciale de valoare avem de asemenea reglementări specifice în Legea cambiei și biletului la ordin nr. 58/1934 și în Legea cecului nr. 59/1934.

Schimbarea sistemului de reglementare prin consacrarea unității dreptului privat nu face decât să schimbe criteriile de determinare a obiectului dreptului comercial.

Noul Cod civil are statutul de drept comun pentru tot sistemul dreptului privat, el cuprinzând un ansamblu de norme de drept comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale [art. 2 alin. (2)].

Dreptul comercial nu mai este un drept al raporturilor născute dintr-o categorie de operațiuni (fapte de comerț), ci un drept al raporturilor născute între comercianți în exploatarea unei întreprinderi comerciale. El nu mai are valențele clasice și autonomia pe care i-o conferea Codul comercial, ci valențele unui drept al profesioniștilor comercianți.

Sistemul de reglementare a domeniului dreptului comercial este unul subiectiv, care înlocuiește sistemul obiectiv, corespunzător vechilor reglementări cuprinse în vechiul Cod comercial.

Încheierea tratatului internațional în Republica Franceză¹

Lect. univ. dr. Mihai FLOROIU²



Conclusion of the international treaty in the French Republic

Abstract: The international treaty represents the main source of international law. It is an instrument by which the States, in their capacity as subjects of public international law, of members of the international community, regulate the relations with other similar entities or establish general rules of behavior, erga omnes binding norms regarding the international relations. As it represents an essential element to assert the sovereignty of the State, the international treaty has to observe however a series of rules established and accepted by the international community, and the domestic legislation of each State has to provide, in this context, a balance between the international rule and its own sovereign interests of each State. Hereinafter we shall refer to the concrete ways of concluding the international treaty in the French Republic.

Key words: international treaty in the French Republic, sovereignty, the international rule.

Preambul - Tratatul internațional, izvor de drept și instrument de cooperare internațională

Comunitatea internațională și dreptul internațional public sunt două concepte care se condiționează și se generează în mod reciproc. Odată cu apariția societății internaționale a fost simțită nevoia stabilirii unor norme și reguli de comportament ale membrilor săi, general valabile și opozabile întregii comunități. Astfel, a luat naștere dreptul internațional, ca set de norme care reglementează relațiile între diferitele

¹ Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007–2013.

² Autorul este cadru didactic universitar al Facultății de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

entități care formează societatea internațională (multă vreme acestea fiind doar statele, ca subiecte primare ale dreptului internațional).

Societatea internațională este definită prin caracterul său descentralizat, în sensul în care puterea de a determina normele de conduită și de aplicare a dreptului nu aparține unei singure entități centralizate, ci tuturor statelor care formează această societate. Astfel, Statele sunt atât autorii cât și destinatarii normelor de drept internațional. În acest context, instrumentul principal prin care Statele, în calitatea lor de subiecte de drept internațional, au înțeles să-și reglementeze relațiile reciproce, precum și să stabilească norme de comportament general valabile și opozabile *erga omnes* ansamblului societății internaționale, este tratatul internațional, așa cum rezultă din dispozițiile art. 38 al Statutului Curtii Internaționale de Justiție.

Convenția de la Viena din 1969 privind dreptul internațional al tratatelor recunoaște în considerentul inițial importanța acestui instrument și rolul său fundamental în istoria relațiilor internaționale, caracterizându-l, la fel ca și art. 38 precitat, drept principalul izvor de drept internațional, acest instrument fiind și principalul mijloc de dezvoltare a relațiilor interstatale.

Astfel, Convenția de la Viena definește tratatul drept un „acord internațional încheiat în scris între state și guvernat de dreptul internațional” indiferent de numărul de instrumente și de denumirea pe care o poartă – art. 2 § 1.a). Pe cale de consecință, prin tratat internațional putem înțelege acel „acord între două sau mai multe state, încheiat pentru a reglementa o afacere, a determina drepturile și obligațiile lor sau pentru a stabili normele de conduită pe care se obligă să le respecte”³.

În Franța, tratatul internațional este reglementat de Constituția celei de-a V-a Republici, promulgată la 4 octombrie 1958, care conține dispoziții generale referitoare la tratate și acorduri internaționale, precum și de Circulara primului-ministru din 30 mai 1997, cu privire la elaborarea și încheierea acordurilor internaționale.

➡ *Constituția Franceză și tratatul internațional*

În lumina titlului VI al Constituției Franceze, denumit generic „*Tratate și acorduri internaționale*”, Președintele Republicii este cel care negociază și ratifică tratatele, fiind, totodată, informat cu privire la negocierea oricărui acord internațional care nu este supus ratificării. Se face astfel o prima distincție în ceea ce privește tipurile de angajamente internaționale ale Franței. Astfel, practica constituțională franceză consideră că prin tratat internațional se înțelege orice tip de acord care necesită aprobare oficială din partea autorităților statului.

Putem distinge astfel două categorii de acorduri internaționale:

- acorduri în formă solemnă, desemnate prin termenul de „tratată” de art. 52 al Constituției și care nu pot fi semnate decât de Președintele Republicii sau în numele său și fac obiectul ratificării;

- acorduri în formă simplificată, încheiate în numele guvernului și semnate de către un ministru sau alt plenipotențiar desemnat în mod expres de către ministrul de

³ Bogdan, Adrian - *Drept internațional public*, 2011, Ed. Universitaria, Craiova p. 27.

externe, instrumentul de aprobare a respectivului acord internațional fiind semnat de către ministrul de externe sau de către primul-ministru.

În acest context, trebuie subliniat și faptul că art. 53 din Constituția Franceză enumeră tipurile de tratate care necesită ratificare sau aprobare în baza unei legi speciale, acestea fiind tratatele de pace și cele de comerț, tratatele sau acordurile referitoare la organizațiile internaționale, tratatele care angajează în mod expres finanțele statului și cele care aduc modificări de natură legislativă, respectiv tratatele care au ca obiect cesiunile, schimburile sau anexările de teritorii, acestea din urmă nefiind valabile decât dacă au fost precedate de consultarea populațiilor interesate.

Intrarea în vigoare a acestor acorduri, indiferent de forma lor, este supusă aceluiași proceduri constituționale, forța lor juridică fiind identică atât din punct de vedere al dreptului internațional, cât și al dreptului intern. În acest cadru, trebuie analizat raportul între tratat și Constituție, respectiv între tratat și alte izvoare de drept intern.

Astfel, raporturile dintre tratat și Legea fundamentală sunt reglementate de art. 54 din Constituția celei de-a V-a Republici, care stipulează principiul conform căruia dacă un angajament internațional al Franței conține clauze considerate contrare Constituției de către Consiliul Constituțional, autorizarea sau ratificarea acestui acord nu poate interveni decât după modificarea Constituției⁴.

În același context al raporturilor dintre tratat și alte izvoare interne de drept, art. 55 din Constituția franceză enunță principiul supremației dispozițiilor internaționale asupra reglementărilor interne, ceea ce face ca atât executivul cât și legiuitorul francez să nu poată adopta dispoziții contrare unui acord internațional încheiat și ratificat sau aprobat de către Franța. Rezultă două situații distincte, în funcție de momentul la care survine acest raport și potențialul conflict între cele două tipuri de izvoare de drept:

- dacă o reglementare internă este anterioară unui tratat, aceasta se consideră abrogată de către acordul internațional, care devine astfel aplicabil în mod direct;
- dacă o reglementare internă este ulterioară tratatului, aceasta este considerată neaplicabilă *ab initio*, având în vedere faptul că legiuitorul nu avea dreptul să adopte un act normativ contrar unui acord internațional al Franței.

➡ *Circulara primului-ministru din 30 mai 1997 privind elaborarea și încheierea acordurilor internaționale*

Republica Franceză este singurul stat care a votat împotriva adoptării Convenției de la Viena din 1969 cu privire la dreptul internațional al tratatelor și nu este, pe cale

⁴ În principiu, având în vedere teoria monistă, tratatul internațional ar trebui să aibă un avantaj asupra Constituției, dar practica jurisprudențială franceză este uneori diferită. Astfel, un tratat nu poate fi ratificat dacă nu este conform cu Constituția, iar aceasta trebuie modificată pentru a fi conformă cu tratatul, procedura fiind una extrem de complexă. O situație de acest gen a avut loc în momentul ratificării Tratatului de la Maastricht, care era în conflict cu Constituția în ceea ce privea suveranitatea Statului francez și pentru a cărui ratificare a fost adăugat un nou titlu în Constituția Franței, sub denumirea „Comunitățile Europene și Uniunea Europeană”, care dispune, la art. 11, o procedură de control suveran din partea poporului, prin referendum, la solicitarea Președintelui, permițând, astfel, nesupunerea la control parlamentar.

de consecință, parte la acest tratat de codificare a normelor internaționale aplicabile tratatului internațional. Cu toate acestea, autoritățile franceze recunosc și respectă o parte dintre dispozițiile acestui tratat, în speță cele referitoare la codificarea cutumei internaționale și cele cu privire la principiile generale de drept.

În acest context, mecanismele de elaborare și încheiere a acordurilor internaționale ale Franței sunt reglementate de o Circulară a primului-ministru francez, emisă la 30 mai 1997, prin care sunt stabilite liniile directoare și principiile pe care autoritățile franceze trebuie să le respecte atunci când încheie un tratat internațional și care transpun, în linii generale, principiile enunțate prin Convenția de la Viena din 1969 precitată.

Circulara este structurată în 8 părți, în care sunt prezentate aspecte generale privind definirea conceptului de tratat internațional și potențiale riscuri ce pot apărea ca urmare a utilizării unor terminologii cu efecte juridice diferite în funcție de Statele părți, modalitățile de negociere a unui tratat, structura și prezentarea unui tratat, semnarea, ratificarea/aprobarea și intrarea în vigoare a tratatului, posibilitatea și modul de a formula rezerve și obiecții la rezerve, precum și modalitățile și efectele publicării tratatelor internaționale.

➡ *Definirea noțiunii de tratat internațional*

În ceea ce privește definirea conceptului de tratat internațional, în partea I a Circularii se stipulează clar faptul că prin „tratată” se înțelege orice acord încheiat în scris între două sau mai multe subiecte de drept internațional, prin care se produc efecte juridice între părți și este reglementat de dreptul internațional, indiferent de denumirea dată acestui angajament. Circulara distinge, de asemenea, între cele două forme de tratate prezentate anterior, cele în formă solemnă, respectiv cele în formă simplificată, explicând în mod concret cele două tipuri de forme și justificând alegerea uneia dintre cele două forme în funcție de considerentele politice sau de rațiunile interne ale statelor părți. Totodată, în această secțiune a Circularii se precizează și se explică alte denumiri pe care le pot primi acordurile internaționale, fiind prezentate și o serie de tipuri de acorduri care nu au caracterul de tratat internațional în sensul legislației franceze și care, ca atare, trebuie cunoscute și tratate în consecință de negociatori. Este cazul conceptului de „*memorandum of understanding*”, care poate crea confuzii cu privire la întinderea obligațiilor asumate⁵ și a conceptului de acord administrativ⁶.

⁵ Se recomandă evitarea folosirii acestei expresii, care poate da naștere unor confuzii, în sensul în care pentru juriștii de drept anglo-saxon acestea nu au valoare juridică, ci sunt mai mult niște angajamente de bună-credință. În cazul în care, totuși, se impune această expresie, plenipotențiarilor francezi au obligația de a stipula și preciza că pentru Franța acest instrument are aceeași valoare și forță de constrângere ca și a unui tratat.

⁶ Acordurile administrative sunt un instrument necunoscut dreptului internațional și nu există, pe cale de consecință, garanția executării lor în baza reciprocității. Se recomandă folosirea lor doar în cazul unor situații speciale, având un caracter de completare a unui tratat existent și numai dacă acest acord depinde de resortul unui singur ministru.

➔ *Negocierea tratatului internațional*

Odată definit conceptul de tratat internațional, Circulara continuă cu prezentarea procedurilor de negociere a tratatului internațional. În acest context, sunt explicate și exemplificate o serie de aspecte de care autoritățile și negociatorii trebuie să țină cont. Astfel, primul element este analiza de oportunitatea elaborării unui nou acord sau a modificării unui acord existent. În acest cadru, persoana competentă de a analiza și decide cu privire la deschiderea negocierilor este ministrul afacerilor externe, care trebuie informat de către oricare altă autoritate franceză cu privire la nevoia de a demara o procedură de negociere.

Având în vedere faptul că un tratat este un act de politică externă prin care Franța își asumă obligații, ministrul afacerilor externe este considerat a fi singura persoană care, cunoscând ansamblul relațiilor externe ale Franței și contextul internațional concret, poate decide dacă o asemenea procedură este utilă și oportună sau nu, aprobând sau refuzând începerea negocierilor. În caz de diferend între mai mulți miniștri cu privire la începerea negocierilor, acesta poate solicita arbitrajul din partea primului- ministru. În acest context, ministrul afacerilor externe trebuie să determine natura acordului, precum și să verifice dacă obiectul și dispozițiile acestuia sunt conforme atât cu dreptul internațional și cu cel intern, cât și cu restul de angajamente internaționale ale Franței aflate în vigoare.

După determinarea acestor aspecte, pentru a căror clarificare ministrul afacerilor externe se poate consulta și cu alți miniștri în resortul cărora întră viitorul acord internațional, în urma acestor consultări sunt stabiliți negociatorii și mandatul acestora în cadrul procedurii de negociere, precum și calendarul estimativ al acestui proces. Acest calendar trebuie să țină cont de o serie de elemente în legătură cu posibile termene de consultări interministeriale și de analiză a unor aspecte politice, tehnice și juridice care pot da naștere unor întârzieri neprevăzute și care trebuie anticipate.

Totodată, se recomandă ca în această fază să se analizeze și dacă potențialul acord va face obiectul unor proceduri speciale de aprobare sau ratificare sau va da naștere unor modificări ale legislației naționale sau chiar ale Constituției, în conformitate cu art. 53 precitat, existând recomandarea expresă ca termenele prevăzute să fie suficient de rezonabile pentru ca toate autoritățile consultate să se poată pronunța în deplină cunoștință de cauză, fiind enunțat principiul consultării obligatorii între principalele instituții interesate de încheierea acordului, pentru ca posibilele ajustări și corecturi să poată fi făcute în cunoștință de cauză și în conformitate cu interesele naționale ale Franței, înainte de încheierea fazei oficiale a negocierilor. În acest cadru, sunt prezentate și cazurile speciale în care consultarea este obligatorie, în speță tratatele care conțin clauze vamale și fiscale, care trebuie comunicate și celorlalte state membre ale UE, precum și acordurile de cooperare economică și industrială negociate cu state terțe, care nu au calitatea de state membre ale UE.

➔ *Redactarea și prezentarea tratatului internațional*

Această a III-a parte a Circularei se referă la aspecte legate de limba negocierilor și de redactare a tratatului, de modul de structurare și prezentare a acestuia, precum și la o serie de particularități de prezentare în funcție de forma acordului.

Dacă în ceea ce privește structura textului unui tratat, aceasta este similară cu practica internațională în materie (tratatul fiind structurat în trei sau patru părți principale – Preambul, Dispozitiv și Dispoziții finale și tranzitorii, eventual însoțite de anexe care pot face parte din textul tratatului), în ceea ce privește limba negocierilor și a redactării tratatului, aceasta trebuie să fie limba franceză, sau, în cazul în care există mai multe versiuni în diferite limbi, versiunea în limba franceză trebuie să aibă aceeași valoare ca și versiunile în celelalte limbi. Pe cale de consecință, Circulara din 1997 face distincția între acordurile bilaterale și cele multilaterale, între faza de negociere și textul redactat al tratatului. Punctul de legătură între aceste elemente este legat de obligativitatea ca în faza de negociere a tratatului, plenipotențiarilor francezi să facă toate demersurile în limba franceză și, atunci când acest lucru nu este posibil, să recurgă la traducere și interpretariat, precum și să evite folosirea unei terțe limbi, în afară limbii oficiale a statului unde au loc negocierile. De asemenea, în ceea ce privește tipurile de tratate, indiferent că acestea sunt bilaterale sau multilaterale, este obligatoriu ca negociatorii să obțină o variantă în limba franceză cu valoare egală cu a celorlalte versiuni în alte limbi și să evite, pe cât posibil, simplele traduceri în limba franceză ale textului acordului (în cazul tratatelor multilaterale), care pot conține deficiențe terminologice sau concepte inexistente în sistemul juridic francez, ceea ce ar putea împiedica buna aplicare a tratatului. Circulara reiterează astfel o dispoziție a Constituției celei de a V-a Republici, așa cum a fost modificată în anul 1992 și care stipulează faptul că limba Republicii este franceza, amintind, totodată, o circulară comună, din anul 1994, a miniștrilor francezi de externe și al culturii și francofoniei, cu privire la folosirea și importanța limbii franceze în cadrul relațiilor internaționale.

➔ *Semnarea tratatului internațional*

În ceea ce privește semnarea unui tratat, ca element care permite începerea procedurilor de aprobare sau ratificare, Circulara distinge patru elemente esențiale, cu privire la persoanele competente, la procedura concretă de semnare, la o serie de dispoziții protocolare cu privire la semnare și la păstrarea textelor originale ale acordurilor internaționale.

Cu privire la persoanele competente, Circulara face exact aceeași distincție ca și Convenția de la Viena din 1969 precitată, în sensul în care există două categorii de plenipotențiarilor care au dreptul să semneze un tratat în numele Republicii Franceze. Aceștia sunt cei care, prin natura funcției lor în stat, au acest drept – Președintele Republicii, primul-ministru și ministrul afacerilor externe⁷, precum și alte persoane,

⁷ Art. 7.2 din Convenția de la Viena din 1969 privind tratatele internaționale.

care trebuie însă să fie în posesia unei împuterniciri din partea autorităților, denumită *scrisoare de depline puteri – lettre de pouvoirs*⁸, semnată fie de Președintele Republicii pentru tratatele în formă solemnă, fie de ministrul de externe pentru celelalte tipuri de acorduri, fiind specificate clar limitele competențelor plenipotențiarilor și varianta finală a textului tratatului.

Chiar dacă textul unui tratat, odată negociat, a fost confirmat ca respectând mandatul dat plenipotențiarilor însărcinați cu negocierea, prin parafarea de către aceștia, semnarea unui tratat nu se poate face decât după verificarea acestui text parafat de către direcția de afaceri juridice a Ministerului Afacerilor Externe, care analizează ansamblul acordului și verifică concordanța între varianta franceză și diferitele versiuni redactate și în alte limbi. Odată verificat textul, acesta este transpus pe suportul care va primi semnăturile, procedura de semnare fiind organizată în cadrul unui ceremonial precis, organizat de serviciile de protocol ale statului unde are loc semnarea.

În ceea ce privește păstrarea versiunilor originale ale tratatelor internaționale bilaterale și a celor multilaterale pentru care Franța are calitatea de depozitar, precum și a copiilor certificate conforme a celorlalte acorduri multilaterale la care Franța are calitatea de parte, aceasta este asigurată de către Ministerul francez al Afacerilor Externe.

➡ ***Ratificarea sau aprobarea unui tratat internațional***

În dreptul intern francez, consimțământul statului de a fi parte la un tratat este considerat a fi fost dat fie la momentul semnării, pentru acordurile de o importanță redusă, fie prin aprobare/acceptare sau ratificare, în cazul acordurilor în formă simplificată, respectiv a celor în formă solemnă, competența de a demara procedurile în acest sens aparținând ministrului afacerilor externe.

Așa cum s-a văzut mai sus, art. 53 din Constituția franceză prevede o serie de cazuri și de tipuri de tratate pentru care este necesară ratificarea de către Parlament, pentru ca acestea să poată intra în vigoare. Circulara prezintă în mod schematic și, totodată, detaliat, mecanismul prin care un asemenea acord urmează să fie supus procedurii de verificare parlamentară. Astfel, odată ce un acord a fost semnat, indiferent de forma și de obiectul său declarat, Ministerul Afacerilor Externe verifică dacă acesta se încadrează în categoria celor prevăzute la art. 53 precitat, analizând clauzele respectivului acord. Dacă acordul intră în categoria respectivă, este necesară demararea procedurii parlamentare de ratificare sau aprobare. În aceeași situație se încadrează și acordurile ale căror dispoziții fac obiectul unei legi, în sensul art. 34 din Constituția franceză.

Odată determinată necesitatea procedurii prevăzute de art. 53 din Constituție, este demarată procedura de ratificare sau de aprobare, Circulara din 1997 făcând referire concretă la documentele care trebuie depuse pentru elaborarea legii de ratificare sau aprobare (proiectul de lege de ratificare, expunerea de motive, nota cu privire la

⁸ Art. 7.1 din Convenția de la Viena din 1969 privind tratatele internaționale.

încadrarea în lista de la art. 53 din Constituție, precum și textul acordului), cât și la procedura care trebuie urmată. În acest cadru, Circulara menționează și art. 11 al Constituției franceze, care obligă organizarea unui referendum pentru aprobarea unei legi de autorizare a unui tratat internațional care, deși conform Constituției, poate avea consecințe asupra funcționării instituțiilor statului.

➡ *Intrarea în vigoare a unui tratat internațional*

Intrarea în vigoare a unui tratat internațional are loc în funcție de dispozițiile concrete ale fiecărui instrument în parte și de forma acestuia⁹. Astfel, odată semnat, un tratat bilateral în formă simplificată care nu intră în sfera de aplicare a art. 53 precitat este considerat a fi în vigoare, în timp ce restul de acorduri bilaterale în formă simplificată intră în vigoare doar după schimbul instrumentelor de aprobare sau după primirea notificărilor conform cărora au fost îndeplinite procedurile prevăzute de dreptul intern în acest sens, în timp ce un acord bilateral în formă solemnă va intra în vigoare doar după schimbul instrumentelor de ratificare¹⁰.

În ceea ce privește tratatele multilaterale, Circulara stipulează că acestea intră în vigoare odată cu depunerea unui număr minim de instrumente de ratificare pe lângă depozitarul tratatului, doar pentru statele care au depus aceste instrumente, în mod similar cu dispozițiile Convenției de la Viena din 1969 precitate.

Un alt concept prezent atât în Convenția de la Viena, cât și în Circulara din 1997 este cel al aplicării provizorii a unui tratat¹¹, principiul enunțat în Circulară fiind caracterul excepțional al acestei aplicări și condiția de a nu afecta drepturile și obligațiile părților.

➡ *Rezervele la tratat și publicarea tratatului internațional*

Ultimele două părți ale Circularii fac referire la rezervele la tratat și la obligația de publicare a textului unui tratat internațional. Elementele referitoare la rezerve sunt similare cu cele conținute la art. 19 – 23 ale Convenției de la Viena din 1969, aceasta fiind în mod expres menționată în Circulară, care, recomandă totuși prudență în folosirea acestei facultăți lăsate la îndemâna Statelor pentru a putea permite unui număr cât mai mare de state să fie părți ale unor tratate multilaterale, în ciuda unor divergențe de opinie. În acest cadru, Circulara recomandă ca înainte de a propune un text al unei rezerve la tratat, plenipotențiarilor au obligația de a consulta direcția juridică a Ministerului Afacerilor Externe, pentru o analiză a oportunității și validității acestei rezerve.

⁹ Art. 24 din Convenția de la Viena din 1969 privind tratatele internaționale.

¹⁰ O clauză finală recomandată este cea de a stabili termenul de intrare în vigoare în prima zi a celei de a doua luni după remiterea ultimului instrument sau notificare de aprobare sau ratificare, ori în ziua schimbului instrumentelor de ratificare, dacă acesta are loc în același timp, fiind totuși recomandat plenipotențiarilor să prevadă un termen între schimbul acestor instrumente și intrarea în vigoare.

¹¹ Art. 25 din Convenția de la Viena din 1969 privind tratatele internaționale.

În ceea ce privește obligația de publicare, aceasta are o justificare simplă, așa cum rezultă din textul Circularei, aceea de a permite informarea publicului cu privire la conținutul acordului și de a introduce acest acord în ordinea juridică internă franceză¹², iar astfel, în conformitate cu art. 55 din Constituția franceză, odată intrat în ordinea juridică internă, un tratat ratificat sau aprobat dobândind o autoritate superioară legilor, dând naștere unor drepturi și obligații atât pentru stat cât și în sarcina particularilor.

Astfel, cu excepția unor situații bine determinate, toate tratatele internaționale trebuie să fie publicate în Jurnalul Oficial al Republicii Franceze, în contextul în care aceste acorduri pot impiedica și asupra unor interese private. Competența de a publica aceste tratate revine ministrului afacerilor externe, care trebuie să dea curs acestei proceduri imediat după intrarea în vigoare a tratatului și doar dacă niciun alt ministru nu se opune publicării, Circulara recomandând o mai mare diligență în publicarea rapidă a textelor tratatelor internaționale.

¹² R.G.D.I.P. 1997, pp. 606 și 607; „*La publication ne peut se faire avant l'entrée en vigueur de celui-ci afin d'éviter l'introduction dans l'ordre interne de dispositions dépourvues de portée juridique sur le plan international*”.

Precizări conceptuale privind evaziunea și fraudă fiscală internă și internațională

Conf. univ. dr. Cristina ONEȚ



Conceptual specifications regarding the domestic and international tax evasion and fraud

Abstract: The essential subject matter of the deeds of tax evasion was firstly (and uniquely) explained by the legislator through the agency of its definition in Law no. 87/1994, subsequently abrogated by Law no. 241/2005.

According to the legislative findings and to the conceptual inaccuracies that face those requested to enforce the law in this extremely delicate field of fighting tax evasion and fraud, an interesting opinion was expressed in the Romanian specialty literature which intends to demarcate in a somewhat clear way, the concept of tax evasion and tax fraud.

In our opinion, the tax evasion has a deep illegal character included in its content and thus, we do not consider that avoiding tax laws without breaching it represents tax evasion.

Key words: tax evasion, illegal, fraud, deeds.

1. Unele dintre cele mai grave încălcări ale normei juridice, sub aspectul pericolului social, se concretizează în săvârșirea de acte și fapte de evaziune fiscală având un conținut specific.

Această definiție a evaziunii fiscale are la bază gândirea marilor juriști români de la începutul secolului. Astfel, dacă în perioada interbelică, acest concept era considerat a fi un instrument modern de muncă al specialiștilor din sfera fiscalității, în perioada comunistă care a urmat celui de Al II-lea război mondial, legislația românească nu a mai făcut referire la evaziunea fiscală, limitându-se la a reglementa sancțiuni, în cazul săvârșirii de contravenții, abateri administrative, ori infracțiuni cuprinse în sfera generală a răspunderii juridice și constrângerii de stat în domeniul veniturilor bugetare.

Examinând problema evaziunii fiscale în România, se poate constata că de la marea reformă a impozitelor directe din anul 1921 și în special de la cea din anul 1929, legiuitorul fiscal a fost îndeosebi preocupat de organizarea unui sistem de

impunere și de găsim a mijloacelor cele mai eficiente pentru prevenirea și represiunea evaziunii fiscale.

În anul 1923, desființându-se impunerea minimală și atenuându-se sancțiunile severe prevăzute de Legea din 1921 împotriva practicilor evazioniste, fiscul rămâne aproape complet dezarmat în fața spiritului anti fiscal manifestat de anumite categorii de contribuabili și a lipsei de pregătire a organelor în aplicarea legii, realități ale vieții noastre, care au fost ignorate în parte de legiuitorul din 1921, dar mai ales de acela din 1923.

Această situație determină legiferarea specială a măsurilor de represiune a evaziunii fiscale și o modificare radicală a metodelor de impunere pentru acele categorii de contribuabili care se puteau sustrage cu multă ușurință de la onorarea obligațiilor fiscale. Astfel „legiferarea măsurilor de represiune a evaziunii fiscale în anul 1929 marchează în România începutul luptei antievazioniste”¹.

Iată de ce una dintre definițiile de referință ale conceptului de evaziune fiscală, în literatura juridică română, poate fi considerată ca fiind foarte veche. Potrivit ei, prin *evaziune fiscală* se înțelege „totalitatea procedeelelor ilicite cu ajutorul cărora cei interesați sustrag, în totalitate sau o parte din averea lor obligațiunilor stabilite prin legile fiscale”².

S-a considerat, în aceeași perioadă în literatura de specialitate, că evaziunea fiscală este „rezultanta logică a defectelor și inadvertențelor unei legislațiuni imperfecte și încă rău asimilate, a metodelor și modalităților defectuoase de aplicare, precum și neprevederii și nepriceperii legiuitorului, a cărei fiscalitate excesivă este tot așa de vinovată ca și acei pe care îi provoacă prin aceasta la evaziune”³.

Același autor mai arată: „Amenzile fiscale nu-l vor determina pe contribuabil să declare exact veniturile pe care le are, ci el se va înconjura de precauțiuni mai minuțioase pentru a se sustrage de la obligațiunile sale față de stat (...). Procedând abil, contribuabilii rămân în limita strictă a drepturilor lor, și statul nu poate căuta apărarea sa decât într-o legislație bine studiată, clară și precisă, într-un anumit fel științifică. Singurul vinovat de producerea evaziunii fiscale prin astfel de mijloace este legiuitorul”⁴.

„Contribuabilii găsesc anumite mijloace și,exploatând insuficiențele legislației, eludează în mod legal, în total sau în parte, impozitele, tocmai datorită acestei insuficiențe a legislației”⁵.

O asemenea concluzie a fost determinantă în crearea unui punct de vedere teoretic, care împarte evaziunea fiscală în „ilicită”, „având uneori și un caracter fraudulos”, și „evaziunea fiscală legală sau tolerată”⁶.

Astfel, prin evaziunea fiscală s-a înțeles „acțiunea contribuabilului de a ocoli legea recurgând la o combinație neprevăzută de legiuitor, și deci tolerată prin scăpare din

¹ V. Cordescu, *Evaziunea fiscală în România*, Teză de doctorat, Tipografia Alex. Terek, Iași, 1936, p. 119.

² O. Anastasiu, *Formele principale ale evaziunii fiscale*, Cartea Românească, București, p. 5.

³ V. Cordescu, *Evaziunea fiscală în România*, Teză de doctorat, Tipografia Alex. Terek, Iași, 1936, p. 6.

⁴ V. Cordescu, *op. cit.*, p. 6.

⁵ V. Cordescu, *op. cit.*, p. 6.

⁶ V. Cordescu, *op. cit.*, pp. 1 și 2.

vedere. Ea nu poate fi posibilă decât datorită unei inadvertențe sau lacune a legii și este frecventă mai ales în epoci când apar noi forme de întreprinderi sau noi impozite”⁷.

Pe de altă parte, prin evaziunea fiscală ilicită s-a înțeles „acțiunea contribuabilului care violează o prescripțiune legală, cu scopul de a nu plăti impozitul cuvenit”⁸. „Evaziunea fiscală ilicită este frauduloasă atunci când contribuabilul, obligat să furnizeze în sprijinul declarației sale justificări, le-a stabilit într-un mod neregulat, cu scopul de a înșela fiscalul, sau, când veniturile nedeclarate, neputând prin natura lor să fie justificate materialicește, insuficiența lor atinge un așa grad încât voința fraudatorului să apară evidentă”⁹.

Aceste concepții doctrinare din perioada interbelică, precum și o mare parte din definițiile mai sus menționate au fost preluate de către unii autori¹⁰, în timp ce alții, deși cunosc importanța lor în evoluția concepției doctrinare globale asupra instituției juridice a evaziunii fiscale, critică totuși clasificarea acesteia în legală și ilicită¹¹.

Astfel, s-a subliniat faptul că, concomitența așa-numitelor sustrageri legale de la impunere cu plățile mai mari de impozit efectuate tot în virtutea „procedeele legale”, chiar dacă nu sunt de proporții egale, pune sub semnul întrebării utilitatea, fie și numai teoretică, a conceptului de evaziune fiscală legală (altfel spus exploatarea deficiențelor legii generează în practică nu doar sustragerea de la plata obligației fiscale, ci și situația efectuării unor plăți suplimentare ori nedatorate de impozite și/sau taxe)¹².

Mergând pe aceeași linie de argumentare, la care ne raliem și noi, în literatura de specialitate s-a mai adăugat că elementul de nelegalitate deosebește evaziunea fiscală de evitarea impozitării (impunerii)¹³, ceea ce denotă că însuși conceptul de evaziune fiscală are un conținut ilicit, distinct de cel al evitării impozitării fără încălcarea normei juridice fiscale, care este lipsită de un conținut ilicit¹⁴.

În perioada de tranziție pe care România a parcurs-o în ultimii 20 de ani, legiuitorul nu a mai făcut distincția mai sus arătată, apreciind că atâta timp cât conceptul de evaziune fiscală înglobează și elementul de nelegalitate, legislația pentru combaterea evaziunii fiscale nu poate să cuprindă, în esență, decât incriminarea actelor și faptelor de evaziune fiscală.

Conținutul esențial al faptelor de evaziune fiscală a fost explicitat pentru prima (și singura) oară de către legiuitor prin definiția dată acesteia în Legea nr. 87/1994, abrogată ulterior prin Legea nr. 241/2005, astfel: „sustragerea prin orice mijloace,

⁷ V. Cordescu, *op. cit.*, p. 2.

⁸ V. Tratner citat de O. Anastasiu, *Formele principale ale evaziunii fiscale*, Cartea Românească, București, p. 2.

⁹ V. Cordescu, *op. cit.*, p.2.

¹⁰ D.D. Șaguna, *Drept financiar și fiscal*, vol. II, Ed. Oscar Print, București, 1997, pp. 422-425.

¹¹ D. Petică Roman, *Note de curs*, Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu, Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”.

¹² I. Gliga, *Drept financiar*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1996, p. 145.

¹³ I. Condor, *Drept fiscal și financiar*, Ed. Tribuna Economică, București, 1996, p. 167.

¹⁴ D. Petică Roman, *Note de curs*, Universitatea „Lucia Blaga” Sibiu, Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”.

în întregime sau în parte, de la impunerea și de la plata impozitelor, taxelor și a altor sume datorate bugetului de stat, bugetului asigurărilor sociale de stat și fondurilor speciale extrabugetare, de către persoanele fizice și persoanele juridice, române sau străine”¹⁵.

Considerăm important să subliniem faptul că actul normativ abrogat cuprindea o definiție a evaziunii fiscale, chiar criticabilă, dar care permitea o mai bună înțelegere a faptelor pe care societatea era chemată să le combată.

Referindu-ne la definiția mai sus menționată, apreciem că cea mai importantă critică ce îi poate fi adusă se referă la faptul că sustragerea de la plata impozitelor nu ar putea face obiectul unei fapte de evaziune fiscală. Contribuabilul, săvârșind acte sau fapte de evaziune fiscală, se sustrage de la impunere parțială sau totală, evită să dobândească statutul de contribuabil, se ferește ca organele fiscale să stabilească sau să identifice obligații fiscale de orice fel în sarcina sa, dar faptul de a se sustrage de la plată nu este o faptă de evaziune fiscală. Neplata la termen a creanțelor fiscale este o abatere de la legislația fiscală care generează antrenarea unei răspunderi juridice specifice, urmată de aplicarea unei sancțiuni de natură fiscală și ea. Contribuabilul „vinovat” de această faptă va fi obligat la plata majorărilor de întârziere, care, așa cum am mai arătat și cu alte ocazii, au o dublu rol, atât de sancțiune, cât și de despăgubire¹⁶.

S-a mai arătat, în literatura de specialitate, că evaziunea fiscală ar fi o infracțiune¹⁷. Așa cum este ea definită în art. 1 din Legea nr. 87/1994, ar putea părea, la prima vedere, definiția unei infracțiuni, însă, la o analiză mai atentă, se poate observa că aceasta nu întrunește toate elementele constitutive ale unei infracțiuni.

Pe de altă parte, dacă legiuitorul ar fi dorit ca, prin definiția dată evaziunii fiscale, să descrie conținutul unei infracțiuni, nu se justifică motivul pentru care același legiuitor, în interiorul aceluiași act normativ, reglementează o serie de infracțiuni și contravenții de evaziune fiscală, definindu-le distinct. În același sens, alți autori au arătat că în art. 1 din Legea nr. 87/1994 legiuitorul definește „instituiția evaziunii fiscale” și nu evaziunea fiscală ca o infracțiune.

¹⁵ Legea nr. 87/1994 pentru combaterea evaziunii fiscale, art. 1.

¹⁶ Nu poate fi ignorat nici punctul de vedere potrivit căruia majorările de întârziere au fost considerate fundamentale sancțiuni de natură administrativă. Prin elementele lor specifice, majorările de întârziere preiau o mare parte din caracteristicile exclusive ale raporturilor de drept financiar public. Aceste elemente particularizează raporturile de drept al finanțelor publice în comparație cu cele de drept administrativ și, ca atare, vor particulariza și aceste sancțiuni financiar-publice în raport cu cele tipic administrative. Astfel, titular al obligației de a suporta majorările de întârziere este întotdeauna persoana fizică sau juridică având calitatea de contribuabil. Obiectul sancțiunii îl reprezintă exclusiv banul public, ceea ce îi conferă acestei sancțiuni un pregnant caracter pecuniar. Acest caracter o asemănă mult cu amenda, dar se diferențiază de aceasta tocmai prin obiectul său exclusiv, banul public. Subiectul pasiv al acestei forme de răspundere juridică era întotdeauna un buget public, iar fapta ilicită consta exclusiv în faptul neplătii creanței fiscale la termenele de scadență stabilite prin lege. [Cristina Sasu (Onet)], *Răspunderea juridică în domeniul finanțelor publice*, Teză de doctorat, Universitatea „Babeș Bolyai” Cluj-Napoca, 2001, p. 113).

¹⁷ D.D. Șaguna, *Drept financiar și fiscal*, vol. II, Ed. Oscar Print, București, 1997, pp. 414-425

Din acest punct de vedere se poate remarca, într-adevăr, că aspectele surprinse în cadrul acestei definiții caracterizează elementele comune ce se regăsesc la nivelul tuturor infracțiunilor și contravențiilor de evaziune fiscală.

Referindu-se la aceeași categorie de relații sociale, actele și faptele de evaziune fiscală de natură să aducă atingere finanțelor statului au fost prevăzute și pedepsite de normele penale și contravenționale incluse de legiuitor într-o lege cu un obiect de reglementare specific, și anume evaziunea fiscală.

Actul normativ în vigoare renunță la a mai defini evaziunea fiscală, limitându-se la a reglementa o serie de infracțiuni, din a căror analiză nu rezultă că ar avea în comun faptul de a incrimina infracțiuni de evaziune fiscală. Și chiar dacă acestea ar avea ceva în comun, rămâne totuși întrebarea: **ce este evaziunea fiscală?**

2. Constatând dificultățile legislative și impreciziunile conceptuale cu care se confruntă cei chemați să aplice legea în acest domeniu extrem de delicat al combaterii evaziunii și fraudei fiscale, în literatura românească de specialitate s-a exprimat un punct de vedere interesant care își propune să delimiteze, cât de cât clar, conceptul de evaziune fiscală de cel de fraudă fiscală.

Astfel, se sugerează ca evaziunea fiscală să fie acceptată ca fiind „totalitatea faptelor de scoatere de sub incidența legii fiscale a materiei impozabile, fără încălcarea dispozițiilor legale în vigoare”, în timp ce fraudă fiscală ar reprezenta „actele și faptele de sustragere de la impunere, prin eludarea normelor legale”¹⁸.

Din păcate nu susținem acest punct de vedere, iar în cele de mai sus am arătat și am argumentat faptul că, în opinia noastră, evaziunea fiscală are un profund caracter ilicit cuprins în conținutul acesteia și ca atare evitarea legislației fiscale fără încălcarea ei nu considerăm că este evaziune fiscală. O atare situație considerăm că nu poate purta altă denumire decât incapacitatea executivului, în calitate de inițiator de acte normative, dar mai ales a legislativului de a elabora o legislație fiscală coerentă, corectă și care să nu poată fi supusă oricăror interpretări. Pentru aceste motive dorim să ne aplecăm doar asupra acelor aspecte care reprezintă o încălcare cu rea-credință a dispozițiilor legale în materie fiscală.

Considerăm, însă, interesantă argumentația care a condus la concluzia exprimată recent în literatura de specialitate. Autorii prezintă elemente ale doctrinei anglo-saxone, precum și ale doctrinei franceze care, așa cum spun chiar domniile lor, pot fi sintetizate prin butada englezească: „Diferența dintre *tax avoidance* și *tax evasion* este dată de grosimea zidurilor unei închisori”¹⁹.

Tocmai această concluzie ne face să observăm faptul că și una și cealaltă dintre situații sunt condamnabile, deci reprezintă o *încălcare a legii fiscale*, diferența dintre ele fiind dată de gradul de pericol social, respectiv de gravitatea faptei săvârșite.

În aceste împrejurări nu credem că se mai poate vorbi, în cazul evaziunii fiscale, despre o evitare a legii fiscale, ci despre o încălcare a ei. Acest lucru nu ne poate opri

¹⁸ M.S. Minea, C.F. Costas, *Dreptul finanțelor publice*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 217.

¹⁹ M.Ș. Minea, C.F. Costas, *Dreptul finanțelor publice*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 217.

să apreciem fraudă fiscală ca fiind o fază a evaziunii fiscale, cu urmări mult mai grave și prezentând, evident, un grad de pericol mai ridicat decât cel al evaziunii.

În concluzie, apreciem că diferența dintre evaziune și fraudă fiscală este ceea ce distinge *genul proxim de diferența specifică*. Astfel, termenul generic ar trebui să rămână acela de evaziune fiscală, prin fraudă fiscală fiind desemnate fapte de o mare gravitate și care prin modul concret de săvârșire și prin consecințele extrem de păgubitoare prezintă un mare grad de pericol social.

Această observație ne îndreptățește la o a doua concluzie, și anume că fraudă fiscală poate fi privită ca o specie a evaziunii fiscale, fără a avea pretenția de a stabili în ce împrejurări o faptă de evaziune fiscală, ar putea fi considerată fraudă în dauna proprietății publice.

3. Faptele incriminate prin Legea nr. 241/2005 sunt, așa cum am mai arătat, în totalitate calificate drept infracțiuni. Aceasta și datorită faptului că pericolul social pe care îl prezintă ele este prea mare pentru a mai putea admite că pot fi săvârșite fapte de evaziune fiscală sub forma contravențiilor.

În cele ce urmează vom încerca o scurtă analiză a acestor infracțiuni.

Astfel, obiectul juridic comun al infracțiunilor de evaziune fiscală vizează relațiile sociale referitoare la finanțele publice ca element ce condiționează viața publică, atât la nivelul colectivităților locale, cât și la nivel statal.

Obiectul material al infracțiunilor de evaziune fiscală este întotdeauna banul public, datorat de către diferite persoane fizice sau juridice bugetului de stat, bugetului asigurărilor sociale de stat, bugetelor locale și fondurilor speciale extrabugetare.

O problemă interesantă de analizat o reprezintă subiectele ce intră în aceste raporturi juridice de răspundere.

În astfel de cazuri, subiect activ al tuturor actelor și faptelor de evaziune fiscală este contribuabilul, în calitatea sa de titular al obligației bugetare, sau un angajat al acestuia (care poate fi ori un salariat ori un prepus al său) însărcinat de către titularul obligației bugetare cu calcularea, reținerea și vărsarea sumelor de bani ce fac obiectul obligației bugetare respective. Mai poate fi subiect activ al acestor infracțiuni și persoana obligată prin lege să efectueze acte și operațiuni premergătoare stabilirii obligației fiscale.

Din cele arătate rezultă un anumit grad de calificare a subiectului activ care, de cele mai multe ori, are calitatea de contribuabil.

Gradul de calificare a subiectului activ al infracțiunilor de evaziune fiscală poate merge într-un sens și mai strict, fiind determinat de specificitatea mijloacelor de realizare a evaziunii fiscale, ce presupune fie un anumit grad de pregătire profesională (contabilă) și o anumită funcție ce incumbă anumite atribuții în structura de personal a titularului obligației bugetare (persoană însărcinată cu calcularea, reținerea și vărsarea sumelor datorate de contribuabil cu titlu de creanță bugetară), fie o calitate strict determinată în raport cu titularul obligației bugetare (administratorul)²⁰.

²⁰ G. Ivan, *Discuții cu privire la calitatea de subiect activ al infracțiunii prevăzute de art. 13 din Legea pentru combaterea evaziunii fiscale nr. 87/1994*, în *Dreptul* nr. 3/1999.

Există și excepții de la situațiile enumerate mai sus, și anume:

- în cazul infracțiunilor prevăzute în art. 7 alin. (1) și (2) din Legea nr. 241/2005, subiectul activ poate fi orice persoană fizică sau juridică care deține și pune în circulație fără drept documente financiare și fiscale, ori care emite și distribuie documente fiscale false, adică persoana care se interpune prin faptele sale în cursul normal și legal al procedurii fiscale;
- în cazul infracțiunii prevăzute la art. 9 lit. g) care poate fi săvârșită de către orice persoană fizică, fără ca aceasta să aibă nevoie de o anumită calificare (cum ar fi aceea de debitor fiscal ale cărui bunuri sunt sub sechestru).

Sub aspectul participației, trebuie arătat că infracțiunile de evaziune fiscală se pot săvârși în oricare dintre formele de participație reglementate de Codul penal (coautorat, instigare, complicitate).

Subiect pasiv al tuturor actelor de evaziune fiscală poate fi statul sau o unitate administrativ-teritorială reprezentate prin organele cu atribuții în colectarea creanțelor fiscale destinate să alimenteze bugetele publice.

În cadrul procesului penal ce ia naștere ca urmare a constatării săvârșirii unei infracțiuni de evaziune fiscală, organul cu atribuții în sfera colectării creanțelor fiscale are calitatea de parte vătămată și implicit de parte civilă constituită în scopul recuperării prejudiciului cauzat bugetului de stat, bugetului asigurărilor sociale de stat, bugetelor locale ori fondurilor speciale extrabugetare.

Așadar, subiectul pasiv este și el întotdeauna un subiect calificat (organ financiar, în calitatea sa de reprezentant al interesului public sub aspectul formării și administrării banului public).

Latura obiectivă a infracțiunilor de evaziune fiscală vizează o faptă, o urmare periculoasă și un raport de cauzalitate între faptă și urmare.

Faptele descrise în textul de incriminare constau, de regulă, sub aspectul laturii obiective, dintr-o acțiune [art. 3, art. 4, art. 5, art. 6, art. 7 alin. (1) și (2), art. 8 alin. (1) și (2), art. 9 lit. a), c), d), e), f) și g)], ceea ce înseamnă că, în mare parte, infracțiunile de evaziune fiscală sunt infracțiuni comisive.

Singura excepție de la regula mai sus menționată este infracțiunea reglementată în art. 9 lit. b), care sub aspectul laturii subiective constă din inacțiuni, fapt ce denotă hotărârea legiuitorului de a sancționa cu precădere fapte comisive cu un pericol social ridicat a căror săvârșire este sancționată mult mai aspru decât în toate actele normative anterioare. Acest lucru este reliefat și de faptul că actuala lege de prevenire și combatere a evaziunii fiscale lasă în sarcina altor reglementări faptele cu un pericol social scăzut, considerând așadar contravențiile ca fiind fapte insuficient de grave pentru a putea fi calificate drept fapte „de evaziune fiscală”.

Urmarea periculoasă avută în vedere de legiuitor se referă la prejudiciul ce poate fi cauzat oricărora dintre bugetele publice. De altfel, considerăm că aceasta trebuie să fie și ideea centrală a oricărei încercări de definire a conceptului de evaziune fiscală,

cu atât mai mult cu cât toate faptele incriminate prin noua lege pot fi săvârșite numai cu intenție directă sau indirectă.

Altfel spus, sunt incriminate faptele prin săvârșirea cărora se urmărește prejudicierea bugetelor publice, fie prin sustragerea de la îndeplinirea obligațiilor fiscale, fie prin obținerea unor restituiri sau rambursări nejustificate de sume de la aceste bugete, fie prin interpunerea unor persoane în derularea corectă a procedurii fiscale menite să asigure colectarea creanțelor cuvenite statului sau unităților administrativ-teritoriale.

Toate aceste aspecte determină concluzia că infracțiunile de evaziune fiscală sunt, în marea lor majoritate, infracțiuni de rezultat (cu atât mai mult cu cât chiar în conținutul lor este cuprinsă sintagma „în scopul” sau „cu intenția”), însă noi apreciem că ele au un dublu caracter, întrucât, prin obiectul lor juridic (relații sociale referitoare la finanțele publice ca element ce condiționează realizarea funcțiilor statului și îndeplinirea sarcinilor publice) sunt și infracțiuni de pericol. Astfel, de esența acestor infracțiuni este faptul creării unei stări de pericol pentru valorile sociale ocrotite prin incriminarea faptelor ce constituie infracțiuni de evaziune fiscală.

Potrivit teoriei dreptului penal, faptele ce constau într-o acțiune sunt întotdeauna infracțiuni, când se săvârșesc cu intenție, iar săvârșirea lor din culpă este posibilă numai dacă legiuitorul prevede expres aceasta²¹. Tot astfel, fapta constând dintr-o acțiune constituie infracțiune, fie că se săvârșește cu intenție, fie din culpă, în afară de cazul când legiuitorul restrânge sancționarea ei numai pentru situațiile când se săvârșește cu intenție. Altfel spus, legiuitorul a instituit regula potrivit căreia faptele de inacțiune se pot săvârși atât cu intenție, cât și din culpă, iar când legiuitorul vrea să limiteze sancționarea faptelor la cele săvârșite cu intenție trebuie să prevadă expres această limitare²², ceea ce chiar face prin modul de reglementare a art. 9 din Legea nr. 241/2005.

4. Din toată analiza anterioară referitoare la elementele constitutive ale infracțiunilor de evaziune fiscală se impun e serie de concluzii.

Din perspectiva celor arătate mai sus, evaziunea fiscală apare ca un *scop* (acela de sustragere de la stabilirea obligațiilor bugetare) și nu ca un *mijloc*. Metodele sau mijloacele efective, concrete de realizare a evaziunii fiscale sunt descrise în legea specială, în conținutul infracțiunilor ce incriminează și sancționează actele și faptele de evaziune fiscală.

Constatarea evaziunii fiscale se face, deci, cu ajutorul acelor instrumente specifice ce se constituie în măsuri legislative. Din această perspectivă, Legea nr. 241/2005 are, în egală măsură, o funcție preventivă și sancționatorie.

Infracțiunile de evaziune fiscală specificate în lege sunt susceptibile de o orânduire concordantă cu succesiunea rațională a actelor și operațiunilor ce alcătuiesc procedura fiscală, astfel:

²¹ C. Bulai, *Drept penal, partea generală*, Universitatea București, 1992, p. 140.

²² C. Mitache, *Drept penal român, partea generală*, Casa de Editură și Presă Șansa SRL, București, 1994, p. 92.

- fapta contribuabilului care, cu intenție, nu reface documentele de evidență contabilă distruse în termenul înscris în documentele de control, deși acesta putea să o facă (art. 3);

- refuzul nejustificat al unei persoane de a prezenta organelor competente, după ce a fost somată de 3 ori, documentele legale și bunurile din patrimoniu, în scopul împiedicării verificărilor financiare, fiscale sau vamale (art. 4);

- împiedicarea, sub orice formă, a organelor competente de a intra, în condițiile prevăzute de lege, în sedii, incinte ori pe terenuri, cu scopul efectuării verificărilor financiare, fiscale sau vamale (art. 5);

- reținerea și nevărsarea, cu intenție, în cel mult 30 de zile de la scadență, a sumelor reprezentând impozite sau contribuții cu reținere la sursă (art. 6);

- punerea în circulație, fără drept, a timbrelor, banderolelor sau formularelor tipizate, utilizate în domeniul fiscal, cu regim special [art. 7 alin. (1)];

- tipărirea sau punerea în circulație, cu știință, de timbre, banderole sau formulare tipizate, utilizate în domeniul fiscal, cu regim special, falsificate [art. 7 alin. (2)];

- stabilirea cu rea-credință, de către contribuabil, a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor, având ca rezultat obținerea, fără drept, a unor sume de bani cu titlu de rambursări sau restituiri de la bugetul general consolidat ori compensări datorate bugetului general consolidat [art. 8 alin. (1)];

- asocierea în vederea săvârșirii infracțiunii de mai sus [art. 8 alin. (2)].

Sunt considerate, de asemenea, infracțiuni următoarele fapte ce se vor săvârși în scopul sustragerii de la îndeplinirea obligațiilor fiscale:

- ascunderea bunului sau a sursei impozabile ori taxabile [art. 9 lit. a)];

- omisiunea, în tot sau în parte, a evidențierii în actele contabile ori în alte documente legale, a operațiunilor comerciale efectuate sau a veniturilor realizate [art. 9 lit. b)];

- evidențierea în actele contabile sau în alte documente legale, a cheltuielilor care nu au la bază operațiuni reale ori evidențierea altor operațiuni fictive [art. 9 lit. c)];

- alterarea, distrugerea sau ascenderea de acte contabile, memorii ale aparatelor de taxat sau de marcat electronice fiscale sau alte mijloace de stocare a datelor [art. 9, lit. d)];

- executarea de evidențe contabile duble, folosindu-se înscrisuri sau alte mijloace de stocare a datelor [art. 9 lit. e)];

- sustragerea de la efectuarea verificărilor financiare, fiscale sau vamale, prin nedeclararea, declararea fictivă sau declararea inexactă cu privire la sediile principale sau secundare ale persoanelor verificate [art. 9, lit. f)];

- substituirea, degradarea sau înstrăinarea de către debitor ori de către terțe persoane a bunurilor sechestrate în conformitate cu prevederile Codului de procedură fiscală și ale Codului de procedură penală.

Indiferent de modul lor de orânduire, ansamblul acestor infracțiuni grupează acele încălcări ale legislației fiscale, care, având gradul de pericolozitate socială specifice infracțiunilor prevăzute de Codul penal și alte legi speciale, sunt sancționate cu pedepse reglementate tot de Codul penal, care, prin severitatea lor, sunt necesare pentru combaterea evoluției actuale a componentei infracționale a evaziunii fiscale ce se manifestă în țara noastră.

Pentru combaterea acestor încălcări grave ale legislației noastre fiscal-penale este deosebit de importantă aprecierea exigentă a elementelor constitutive ale fiecăreia dintre infracțiunile de evaziune fiscală, urmată de decizia nu mai puțin exigentă și aprecierea deosebit de riguroasă a cuantumului pedepselor, în funcție de împrejurările săvârșirii fiecăreia infracțiuni de acest fel.

În ceea ce privește regimul sancționator constatăm că toate observațiile formulate până acum (cu alte ocazii) la adresa Legii nr. 87/1994 se regăsesc acum în conținutul noii legi pentru combaterea evaziunii fiscale²³.

5. Orice observator atent al fenomenului financiar-fiscal ce se desfășoară pe plan internațional poate lesne constata o multiplicare a numărului organizațiilor internaționale a căror activitate este consacrată combaterii evaziunii și fraudei fiscale internaționale, dar și o amplificare și diversificare a acțiunilor întreprinse de aceste organizații. Dintre acestea enumerăm: C.E.E., O.C.D.E., O.N.U., Consiliul Europei, dar și organizații neguvernamentale. Convergența activităților acestor organisme internaționale nu este o simplă coincidență, ci este rezultatul preocupărilor concertate și concentrate spre combaterea acestui flagel ce afectează serios economiile multor state, inclusiv pe cele ale statelor dezvoltate.

Pentru explicarea acestui fenomen se conjugă mai mulți factori²⁴, după cum urmează:

- dispariția unor sisteme fiscale și amplificarea diferențelor de presiune fiscală de la un stat la altul, fapt ce a determinat și apariția așa numitelor „paradisuri fiscale” ce motivează căutarea unei localizări preferențiale a bunurilor sau veniturilor impozabile ori taxabile;
- dezvoltarea mijloacelor de transport și comunicare (dar mai ales dezvoltarea transporturilor aeriene), care facilitează circulația persoanelor și a capitalurilor;
- dezvoltarea relațiilor comerciale internaționale și a societăților multinaționale de capitaluri, fapt ce a determinat efectuarea de operațiuni financiare transnaționale;
- conjunctura economică generală și tendința statelor industriale de a îngreuna presiunea fiscală pentru a face față deficitelor bugetare mereu crescânde, fapt ce a determinat așa numita „goană fiscală spre cer”.

²³ Pentru infracțiuni, Legea nr. 87/1994 prevedea pedeapsa cu închisoarea (cea mai aspră fiind de la 3 la 10 ani – art. 12), fie împreună cu pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi (art. 10, 11, 12) specifică exclusiv dreptului penal, fie în alternanță cu pedeapsa amenzii penale (art. 9, 10). După cum se observă, art. 10 reglementează o sancțiune care nu prezintă echivalență și echilibru între cele două sancțiuni alternative (pe de o parte sancțiunea închisorii cu interzicerea unor drepturi, iar pe de altă parte sancțiunea amenzii).

Am mai arătat, de asemenea, că legiuitorul nu face o gradare a asprimii sancțiunilor (mai ales a celor penale) în funcție de prejudiciul cauzat bugetelor publice, fapt care ar fi recomandabil, întrucât întinderea prejudiciului cauzat este un element determinant pentru stabilirea gradului de pericol social al faptelor. (C. Onet, *Răspunderea juridică în domeniul finanțelor publice*; Teză de doctorat, Universitatea Babeș Bolyai, Cluj-Napoca, 2001, pp. 178-183).

²⁴ P. Dibout, *Regards sur la fraude fiscale, Travaux et recherches*, Série Faculté de Sciences Juridiques de Rennes, Université de Rennes, 1986, pp. 187-203.

Părerea specialiștilor este unanimă în a aprecia necesitatea și importanța combaterii atât a evaziunii fiscale internaționale, cât și a fraudei fiscale internaționale. S-a mai arătat, de asemenea, faptul că fraudă fiscală este mai ușor de stabilit în cadrul unui sistem fiscal național, dar pe plan internațional ea este foarte greu sesizabilă. Legalitatea sau ilegalitatea mijloacelor utilizate în efectuarea transferului materiei impozabile dintr-o țară în alta presupune existența unui sistem de referință și a unui sistem de criterii în efectuarea acestei evaluări. Dreptul fiscal internațional nu cunoaște un asemenea sistem de referință, fapt ce determină tendința de apropiere dintre evaziunea și fraudă fiscală internațională²⁵.

Dacă diversitatea mijloacelor de evazionare sau de fraudare fiscală este nelimitată și exclude efectuarea, în acest sens, a unui inventar exhaustiv, se poate considera totuși că unele exemple sunt ilustrative și demonstrează complexitatea acestui fenomen.

Astfel, pentru a micșora presiunea fiscală, un particular poate să stabilească domiciliul său fiscal în țara pe care o apreciază ca având cea mai scăzută constrângere fiscală. Dacă face acest lucru în mod regulat, comportamentul său se va situa în sfera evaziunii fiscale internaționale (care în opinia unor specialiști nu reprezintă o încălcare a dispozițiilor legale, ci doar o evitare a rigurilor legii).

În sensul celor arătate mai sus, într-adevăr, putem exemplifica cu situația artiștilor și sportivilor celebrii domiciliați în Monaco sau în Suedia, tocmai pentru a evita presiuni fiscale sporite ce se pot exercita asupra lor și averilor lor din partea sistemului fiscal național al fiecăruia.

Pe acest plan al diferenței de presiune fiscală, este interesant de subliniat cazul Franței care prezintă particularități fiscale distincte în zone diferite ale teritoriului său. Astfel, în spațiul micului Regat Monaco, fiscalitatea directă este mult mai mică decât cea din metropolă²⁶.

Evaziunea sau fraudă fiscală poate fi însoțită de infracțiuni vamale, atunci când bunurile sunt în mod clandestin exportate în străinătate și când produsele vândute rămân neimpozitate pe teritoriul statului național.

Dacă numărul persoanelor fizice ce săvârșesc fapte de evaziune fiscală sau fraudă fiscală internațională este relativ redus, cel al societăților aflate în asemenea situație este ridicat și în continuă creștere. Este vorba despre societățile „holdings”, care sunt foarte numeroase în țări ca Suedia, Țările de Jos, Luxemburg sau Liechtenstein.

La cealaltă extremă se află societățile fictive, care pot fi create fără o consistență reală. Adeseori, ele sunt simple cutii poștale cu cont bancar și fără o existență efectivă, fiind utilizate în principal pentru realizarea de diverse speculații pe pietele financiare, urmate de neplata impozitelor datorate statului respectiv. Au existat asemenea situații frecvente pe teritoriile “micilor paradisuri fiscale” din America Centrală (Panama, Curaçao).

²⁵ P. Michaud, *Fiscalité Internationale 1, Prévention, contrôle et répression de l'évasion fiscale*, Tec. et Doc. Lavoisier, 1982, p. 4.

²⁶ P. Dibout, *La relativité du territoire fiscal de la France*, in *Droit Fiscal*, nr. 17-18/1985, p. 628.

În fața unor asemenea împrejurări, administrațiile fiscale naționale se află într-o poziție dificilă datorită limitelor teritoriale la care este restrânsă competența lor. Suveranitatea fiscală de care dispune un stat independent îi permite acestuia să stabilească legi fiscale aplicabile exclusiv pe teritoriul statului respectiv.

În consecință, rezultă necesitatea ca măsurile adoptate prin dispoziții legale să fie completate cu acorduri internaționale care să permită intensificarea cooperării dintre state în scopul combaterii evaziunii și fraudei fiscale internaționale.

Stricta limitare a puterii fiscale a fiecărui stat propriilor sale frontiere comportă riscul de a antrena fie o dublă impunere a aceleiași materii impozabile, fie o favorizare a evaziunii și fraudei fiscale internaționale.

Particularități privind integrarea României în Uniunea Europeană

Drd. Florin VODIȚĂ¹



Particulars regarding the Romania's integration in the European Union

Abstract: The Accession Treaty to the European Union is common for Romania and Bulgaria, as happened also with those ten states which had acceded in 2004, having a common accession instrument. Moreover, the Treaty was drafted based upon the same principles and according to the same working method used to draw up the Accession Treaty in 2004, as well.

The Accession Treaty of Romania and Bulgaria included the obligation of the old Member States to take the necessary steps in order to amend their domestic laws in the fields where these amendments were generated by the adjustments of the Community instruments as a result of the accession of Bulgaria and Romania.

The integration of Romania and Bulgaria into the Schengen Space, to the same extent, is a process in a continuous postponement, as more or less objective reasons are invoked.

Romania and Bulgaria formed the last “wave” in the accession process to the European Union and keep the same status as regards the accession to the Schengen Space.

Keywords: The Accession Treaty to EU, a common accession instrument, Schengen Space, Community instruments.

§I. Introducere

Aderarea României și Bulgariei la Uniunea Europeană s-a realizat în baza **Tratatului între Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germană, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul**

¹ Autorul este diplomat de carieră, ambasadorul României în Slovacia.

Țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (state membre ale Uniunii Europene) și Republica Bulgaria și România privind aderarea Republicii Bulgaria și a României la Uniunea Europeană².

Actul de aderare are o dublă consecință. Pe de o parte, transferarea unor atribuții către instituțiile comunitare, iar pe de altă parte, exercitarea în comun cu celelalte state membre a competențelor prevăzute în aceste tratate³.

Prin întreaga sa jurisprudență, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că **ordinea juridică comunitară are prioritate în integralitatea sa asupra ordinilor juridice naționale, că normele comunitare trec înaintea tuturor celor naționale - administrative, legislative, jurisdicționale și chiar constituționale⁴, iar întregul corp al dreptului european devine direct aplicabil în statele membre⁵**. Din acest punct de vedere, subscriem aprecierii conform căreia **Curtea Europeană este un copil și ulterior unul dintre motoarele integrării europene⁶**. De precizat că **aplicarea dreptului european nu privește numai instanțele judecătorești din statele membre, ci și autoritățile administrative ale acestora, căror drept european le acordă aceleași puteri (și aceleași obligații) pe care le acordă instanțelor naționale⁷. Autoritățile administrative au obligația să cunoască și să aplice dreptul european din oficiu, să interpreteze dreptul național în scopul de a da eficiență normelor sale prin dreptul european⁸**. Exprimând această situație în metafora privind stăpânul, **vechiul stăpân (ordinea juridică națională) a cerut în mod expres slujitorilor săi să servească noul stăpân (ordinea juridică europeană) și, de asemenea, să ignore vechile reguli în fața noului participant⁹**.

Legat de această problemă și de **transpunerea dreptului european în cel intern**, indiferent de domeniu, potrivit unei evaluări periodice făcute de Comisia Europeană cu privire la gradul de transpunere a directivelor comunitare în vigoare de către statele membre UE, România înregistra, la sfârșitul anului 2009, un **grad de transpunere de 98,81%**, ceea ce o situa peste media mondială¹⁰.

Revenind la problema modului de exercitare a suveranității, **sustinem această teză nuanțată, conform căreia, ca efect al integrării, are loc atât un transfer în ceea ce privește exercitarea unor atribute de suveranitate, cât și o exercitare partajată a**

² Aprobat prin Legea nr. 157/2005, publicată în M. Of. nr. 465 din 1 iunie 2005.

³ C. Călinoiu, V. Duculescu, *Dimensiunea europeană a dreptului constituțional român*, articol apărut în Revista de Drept Public nr. 2/2005, p. 6.

⁴ În cauza *Internationale Handelsgesellschaft* Recueil 1970, Curtea a statuat că prevederea sau principiul din Constituția unui stat membru nu poate afecta validitatea unui act al Comunității.

⁵ M. Bobek, *Să ai doi stăpâni: Aplicarea dreptului european de către autorități administrative din noile state membre*, articol apărut în Revista Română de Drept Comunitar nr. 3/2010, p. 63.

⁶ M. Bobek, *De ce nu există principiul autonomiei procedurale a statelor membre?* articol apărut în Revista Română de Drept European nr. 5/2010, p. 50.

⁷ M. Bobek, *art. cit.*, p. 65.

⁸ S. Prechal, *Directives in E C Law* ed. a II-a Oxford, 2005, pp. 65-72.

⁹ Michal Bobek, *art. cit.*, p. 69.

¹⁰ Bogdan Mănoiu, *Prioritățile României la UE în 2010*, articol apărut în Revista Română de Drept comunitar nr. 1/2010, p. 121.

unor asemenea atribute între statele membre și instituțiile Uniunii. Suveranitatea însăși a căpătat în ultimii ani, noi valențe și dimensiuni. Ea nu mai reprezintă o *fortăreață*, de natură a îndepărta tot ceea ce este străin¹¹. Dimpotrivă, **suveranitatea este instrumentul prin care interesele naționale se racordează cu interesele europene și cu cele mondiale**¹², iar integrarea europeană este analizată în doctrină ca fiind, **printre ceilalți factori globali, cauza tendinței moderne de eroziune a suveranității**¹³.

Pe baza cifrelor, România se situează pe locul șapte în Uniunea Europeană, adică între statele cu o pondere însemnată în dinamica decizională comunitară.

Integrarea României în Uniunea Europeană s-a dovedit a fi o necesitate a dezvoltării economice și sociale, constituind totodată un obiectiv pe deplin acceptat de toate forțele politice din țara noastră¹⁴. Procesul, în întregul său, a fost unul complex, dureros pe alocuri, România fiind nevoită să elaboreze și să implementeze reforme în profunzime în majoritatea domeniilor vieții economico-sociale și politice, care au produs uneori convulsii, dar care au adus incontestabile beneficii, care nu apar imediat, fiind nevoie de continuarea în ritm susținut a reformelor, de dezvoltarea capacității instituționale, în măsură să depășească toate obstacolele care apar, având în vedere mediul concurențial în care urmează să evolueze România. Între aceste beneficii se regăsește și **libera circulație a persoanelor, mărfurilor și capitalurilor**¹⁵. În conformitate cu prevederile art. 2 din Tratatul de la Lisabona, care se referă la modificările aduse Tratatului de instituire a Comunității Europene (devenit Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene), Uniunea Europeană exercită **competență exclusivă și competență partajată**. În ceea ce privește **reglementarea spațiului de libertate, securitate și justiție, aceasta ține de competența partajată**, iar domeniul uniune vamală, potrivit art. 3 din Tratatul de reformă, ține de **competență exclusivă a Uniunii**¹⁶.

§ II. Particularități privind aderarea României și Bulgariei la Uniunea Europeană și Acordul Schengen

După cum am menționat deja, Tratatul de aderare la Uniunea Europeană este comun pentru România și Bulgaria, așa cum s-a întâmplat și cu cele zece state care au aderat în anul 2004, care au avut un instrument comun de aderare. În plus, Tratatul a fost elaborat pe baza aceluiași principii și după aceeași metodă de lucru utilizate și la redactarea Tratatului de aderare din 2004.

¹¹ V. Duculescu, *Perspectivile Uniunii Europene: Delegare de „competențe” sau delegare de suveranitate?* În RRDC nr. 1/2003, p. 57.

¹² C. Gîlia, *Abordări contemporane ale statului de drept*, în Revista de Drept Public nr. 2/2005, p. 33.

¹³ O. Hamulak, *Substanța „caracterului statal” al Uniunii Europene după Tratatul de la Lisabona și deciziile Curților Constituționale în materie*, articol apărut în RRDC nr. 5/2010, p. 59.

¹⁴ C. Călinoiu, V. Duculescu, *Dimensiunea europeană a dreptului constituțional român*, articol apărut în Revista de Drept Public nr. 2/2005, p. 3.

¹⁵ V. Panduru, *Aderarea României la Uniunea Europeană, teme al unei noi arhitecturi administrativ-instituționale*, articol apărut în Revista de Drept Public nr. 2/2007, p. 77.

¹⁶ I. Jînga, *Tratatul de la Lisabona: soluție sau etapă în reforma instituțională a Uniunii Europene?* Articol publicat în Revista română de Drept Comunitar nr. 1/2003, p. 25.

În ceea ce privește istoricul însuși al procesului de negociere, trebuie precizat, ca un element de specificitate, faptul că **în cadrul negocierilor de aderare la Uniunea Europeană, România a obținut 50 de perioade de tranziție**¹⁷, precum și aranjamente tranzitorii, fiind înregistrate, statistic analizând, **cele mai multe perioade de tranziție dintre toate statele din ultimele două valuri de extindere**¹⁸.

Un element distinctiv în cazul României și al Bulgariei este acela că s-a prevăzut în Tratatul de aderare și **posibilitatea aderării la Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa, în cazul în care acesta ar fi fost ratificat de statele membre, până la data când ar fi aderat efectiv cele două state**¹⁹. Pentru aceasta s-au redactat în paralel atât Actul de aderare, cât și Protocolul de aderare, care urmau să intre în vigoare alternativ, în funcție de intrarea în vigoare a Tratatului constituțional. Cele două documente - Actul și Protocolul - au, în esență, un conținut identic, diferind doar referirile la textele din Constituția Europeană, respectiv la Tratatul instituind Comunitatea Europeană și Tratatul privind Uniunea Europeană²⁰. Dat fiind faptul că acesta din urmă nu a mai intrat în vigoare, la data aderării României și Bulgariei a intrat în vigoare Actul de aderare²¹. Acesta cuprinde modificările realizate ca urmare a aderării României și Bulgariei la Uniunea Europeană asupra tratatelor constitutive care erau în vigoare la momentul respectiv.

O problemă ridicată în literatura de specialitate²² cu care, în principiu, suntem de acord, cu anumite nuanțări, însă, vizează faptul că, *în vreme ce fosta Republică Democrată Germană a beneficiat din plin de sprijinul Republicii Federale a Germaniei, în actul de aderarea a României nu există nicio referire la Republica Moldova- cel de-al doilea stat românesc, față de care factorii de conducere de la București pretind că au o relație specială, nu este reflectată în acest document o concepție clară și de perspectivă despre relațiile româno-moldovene și nici despre relațiile Moldovei cu Uniunea Europeană*. Dacă emoțional, afectiv, subscriem la referirile privitoare la relațiile speciale dintre România și Republica Moldova, **din punct de vedere juridic, dar chiar și diplomatic, nu putem să le împărtășim în modul în care ele au fost formulate**, dat fiind faptul că este vorba despre **două state distincte, cu statut de sine stătător, care au propriile evoluții în procesul de integrare în diferite structuri internaționale**, inclusiv în Uniunea Europeană. Acest lucru nu exclude însă interesul și sprijinul pe care România îl acordă Republicii Moldova și îl va acorda și în viitor²³.

¹⁷ O perioadă de tranziție semnifică perioada scursă între data aderării la Uniune și data la care țara care tocmai a aderat trebuie să se conformeze legislației comunitare dintr-un anumit domeniu.

¹⁸ A. Fuerea, *Tratatul de aderare la Uniunea Europeană. Aspecte procedurale*, articol publicat în Revista de Drept Public nr. 2/2005, p. 115.

¹⁹ M.A. Dumitrașcu, *Tratatul de aderare a României și Bulgariei la Uniunea Europeană. Prezentare generală*, articol apărut în Revista de Drept Public nr. 2/2005, p. 99.

²⁰ M.A. Dumitrașcu, *art. cit.*, p. 100.

²¹ D. Vătăman, *Dreptul Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 288 și 289.

²² I.M. Anghel- *Scurte considerațiuni asupra textului Tratatului de la Lisabona ratificat de România*, *art. cit.*, p. 68.

²³ Interesul și atitudinea țării noastre în raporturile cu Republica Moldova au generat, din păcate, în ultimii ani, reacții de respingere din partea acestei țări, și avem în vedere tensiunile diplomatice apărute între anii 2008-2010, concretizate chiar în expulzarea, ca *persona non grata*, a ambasadorului României în Republica Moldova.

Tratatul de aderare cuprinde **părțile generale** (Tratatul propriu-zis, Actul de aderare/Protocolul de aderare), **anexele** (conțin măsurile permanente și temporare convenite în cadrul negocierilor) și **declarațiile**. Atât Actul cât și Protocolul cuprind **clauzele de salvagardare**, în număr de șase. Ca un **element de specificitate, în afara prevederilor menționate, în Consiliu se adoptă cu unanimitate de voturi și două clauze de amânare speciale pentru domeniile concurență, justiție și afaceri interne**. Aceasta înseamnă că, față de Tratatul celor zece state care au aderat în 2004, în cazul României și al Bulgariei se putea aplica o **clauză de amânare a aderării**. Consiliul Uniunii Europene, printr-un vot unanim, dat la recomandarea Comisiei Europene, era împuternicit să ia decizia de a amâna data aderării cu un an, până la 1 ianuarie 2008, în situația în care, în urma monitorizării Comisiei, se constata o pregătire insuficientă în domeniul Justiției și Afacerilor Interne și în domeniul concurenței (era vorba despre 11 obligații prevăzute într-o anexă)²⁴.

O altă **specificitate** față de Tratatul de aderare în 2004 a celor zece state, în Tratatul de aderare a României și Bulgariei s-a introdus **obligația vechilor state membre de a lua măsurile necesare pentru a modifica legislația lor internă, acolo unde aceste modificări au fost generate de adaptările actelor comunitare ca urmare a aderării Bulgariei și României**. Referitor la **Declarații**, în Tratatul de aderare au fost anexate unele declarații cu caracter politic, care nu au efecte juridice, interes pentru prezenta lucrare prezentând **Declarația comună a statelor membre (UE 25) privind libera circulație a persoanelor**. Prin intermediul acestei Declarații, **statele membre își exprimau angajamentul de a spori accesul cetățenilor români la piața muncii, în vederea accelerării procesului de armonizare cu acquis-ul comunitar**.

Dintre **prevederile temporare**, relevante pentru tema abordată este **clauza din prevederile temporare**, conform căreia, în perioada de tranziție România urma să **beneficieze de Facilitatea Schengen, având ca scop finanțarea acțiunilor desfășurate la frontiera externă, în vederea implementării acquis-ului Schengen, precum și de Facilitatea pentru fluxuri monetare**²⁵, având ca scop îmbunătățirea acestora. Alocările care au fost planificate pentru România au fost de **297, 2 milioane euro în 2007, 131,8 milioane euro în 2008 și 130,8 milioane euro în 2009**²⁶.

Din estimările autorităților române ²⁷ eforturile de finanțare cumulate, UE și statul candidat, se apropie de **1, 2 miliarde euro**.

În art. 3 alin. (3) al Actului privind condițiile de aderare a Republicii Bulgaria și a României și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, care face parte integrantă din Tratatul de aderare, se stabilește faptul că *Bulgaria și România aderă la convențiile și protocoalele enumerate în anexa I. Aceste convenții și protocoale intră în vigoare cu privire la România la data stabilită de Consiliu prin deciziile prevăzute la alin. (4)*. Pornind de la această prevedere, în practica celor două state s-a pus problema dacă prevederea de la art. 3 alin. (3) din Act stabilește o obligație de executare

²⁴ M.A. Dumitrașcu, *art. cit.*, p. 103.

²⁵ Cash-flow-facility.

²⁶ M.A. Dumitrașcu, *art. cit.*, p. 100 și 102.

²⁷ Suma a fost exprimată de Președintele României și Ministerul Administrației și Internelor.

a celor două țări ori constituie un mijloc de exprimare a consimțământului de a deveni parte la tratatele din anexă, *id est* dacă prevederea are ca efect direct și imediat *aderarea*. Opinia la care ne raliem este în sensul că **are loc o aderare automată în temeiul articolului 3 alin. (3) din Act²⁸**. Aceasta înseamnă că **de la momentul aderării României la Uniunea Europeană s-a produs și efectul aderării României la convențiile și protocoalele prevăzute în anexa I²⁹**.

Există și opinia contrară, care se opune ideii că are loc o aderare automată, în temeiul art. 3 alin. (3) din Tratat.

Procesul de aderare a României la Spațiul Schengen a fost demarat încă din anul **2002**, odată cu transmiterea, de către Guvernul României, către Conferința pentru aderarea țării noastre la Uniunea Europeană, a **Documentului de poziție aferent capitolului 24 – Justiție și Afaceri Europene- JAI**, care a avut anexat **Planul Schengen**, elaborat la cererea statelor care, la acea dată, erau membre ale Uniunii Europene.

Planul Schengen a fost **actualizat și monitorizat anual**, astfel încât, la data de **1 ianuarie 2007**, când România a aderat la Uniunea Europeană, **avea îndeplinite criteriile minime de transpunere în practică a Convenției de punere în aplicare a Acordului Schengen**.

Comisia Europeană a transmis României **Poziția Comună asupra Documentului de Poziție pe Capitolul 24**, prin care se realiza o **evaluare a țării noastre cu privire la îndeplinirea acquis-ului în domeniul JAI**, precum și unele **observații și solicitări adresate țării noastre**. În ceea ce privește acquis-ul Schengen, precizăm că **România l-a acceptat în totalitate, fără să solicite sau să negocieze perioade de tranziție³⁰**.

Integrarea României în Spațiul Schengen și a Bulgariei, în egală măsură, este un proces care continuă să fie amânat, invocându-se motive mai mult sau mai puțin obiective. Opoziția față de integrarea României în Spațiul Schengen a vizat astfel concluziile raportului de evaluare elaborat în cadrul Mecanismului de Cooperare și Verificare elaborat de Comisia Europeană asupra României și Bulgariei. Autoritățile române au fost ferme în a se exprima că **invocarea Mecanismului de Cooperare și Verificare drept cauză a unei eventuale amânări a aderării ignoră temeiul juridic și scopurile Deciziei Comisiei Europene din 13 decembrie 2006 privind instituirea mecanismului³¹**.

Constatăm că, chiar la nivelul instituțiilor europene, are loc o deosebire de abordare, în sensul în care unele instituții europene sunt proaderare, iar altele contra.

²⁸ N.D. Ploșteanu, L.F. Ratu, *Câteva probleme privind exprimarea consimțământului României de a deveni parte la anumite tratate internaționale în contextul aderării la Uniunea Europeană*, articol publicat în lucrarea Implicațiile Tratatului instituind o Constituție pentru Europa asupra dreptului public și a serviciilor publice, Caietul științific nr. 7/2007, Secțiunea pentru științe juridice și administrative, Sibiu, 2007, Ed. Burg, p. 18.

²⁹ I.M. Anghel, *Personalitatea juridică și competențele Comunităților Europene/Uniunii Europene*, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 268.

³⁰ A. Fuerea, *Dimensiunea juridică a spațiului Schengen*, articol apărut în Revista de Insolvență „Phoenix”, nr. 35/ianuarie- martie 2011, p. 31.

³¹ <http://www.romanalibera.ro>, 8 martie 2001.

În ceea ce privește **Parlamentul European**, acesta a acordat în luna iunie votul său favorabil pentru integrarea celor două state în Spațiul Schengen. Raportul europarlamentarului Carlos Coelho privind aderarea României și Bulgariei la Spațiul Schengen a fost adoptat în data de 8 iunie 2011 de Plenul Parlamentului European cu 487 voturi pentru, 77 voturi împotriva și 29 de abțineri³².

Consiliul Justiție și Afaceri Europene (JAI) care reunește miniștrii de interne și de justiție a decis, la reuniunea din iunie 2011, ca decizia privind aderarea României și Bulgariei la Spațiul Schengen să se decidă la reuniunea din septembrie 2011. **Consiliul JAI este astfel organismul european care are competența de a lua decizia de integrare**, prin decizia unanimă a tuturor guvernelor din statele care fac deja parte din Spațiul Schengen³³.

Unele dintre statele membre anunțaseră deja, înaintea Reuniunii Consiliului, că se vor opune aderării României și Bulgariei la Spațiul Schengen. Este vorba despre Franța, care a lansat ideea **aderării în două etape**, apoi **Olanda³⁴ și Finlanda**. Decizia acestei din urmă țări poate fi explicată prin constrângerile interne, actualul Guvern finlandez, instalat în funcție în luna iunie 2011, având o pronunțată abordare eurosceptică. La aceasta se adaugă și **lobby-ul puternic pe care și l-a făcut Olanda**, care nu a dorit să aibă o poziție izolată în cadrul Consiliului. Este cunoscut faptul că ulterior exprimării votului negativ al Olandei s-a creat incidentul întoarcerii de la frontiera română a unor tiruri de lalele olandeze, ceea ce a determinat pe unii oficiali olandezi și nu numai să aprecieze că ne-am afla în prezența unui *război al lalelelor*, fapt infirmat de autoritățile din România³⁵.

Decizia luată la Reuniunea Consiliului JAI din 22 septembrie 2011 a fost, din păcate pentru România și statul vecin, Bulgaria, una care **a blocat aderarea țării noastre la Spațiul Schengen**. Astfel, Consiliul Miniștrilor de Justiție și Afaceri Europene (JAI) a

³² A. Panduru, *Bulgaria și România au primit OK-ul Schengen din partea Parlamentului European*, ziarul Ziuă din 15 iunie 2011.

³³ *Aderarea României la Spațiul Schengen va fi discutată în septembrie*, articol publicat în cotidianul Ziuă din 10 iunie 2011.

³⁴ Olanda, prin ministrul imigrației, Gerd Leers, s-a exprimat, cu o săptămână înaintea Reuniunii Consiliului, că *ea nu consideră în momentul respectiv* (și cel actual, având în vedere că nu a trecut încă o lună de la acel moment- FV) *că România și Bulgaria pot asigura securitatea frontierelor externe ale UE*. În Parlamentul olandez, el anunța că va uzita și de dreptul său de veto la Bruxelles pentru a bloca aderarea, ceea ce a și făcut. Reacțiile și declarațiile reprezentanților acestei țări au fost contracarate de alți miniștri și europarlamentari, români sau din alte statele membre. Jerzy Miller, ministrul de interne din Polonia, a declarat, cu o săptămână înainte de Reuniunea Consiliului, că *speră ca decizia Consiliului din 22 septembrie va fi una corectă, adică va aproba, într-un fel sau altul, aderarea României și Bulgariei la Spațiul Schengen*, și europarlamentarii români (Marian-Jean Marinescu, Cristian Preda, Cristian Bușoi) s-au exprimat în sensul că *Olanda greșeste în privința Schengen, nu are argumente*.

³⁵ T. Berman, europarlamentar olandez aflat în opoziția din această țară: *Guvernul olandez pare că face totul pentru a distruge proiectul european*. El vorbește, într-un interviu acordat RFI (Radio France Internationale), despre un *război al lalelelor* declanșat de România ca reacție a refuzului Olandei de a accepta chiar și o aderare parțială la Spațiul Schengen. Deși dezaprobă decizia Guvernului olandez, care este minoritar de dreapta, europarlamentarul Thijs Berman susține că *extinderea UE s-a petrecut prea repede, din 2004 și că poate am fi putut aștepta, măcar cu Bulgaria*.

amânat votul pentru aderarea României și Bulgariei, în ciuda eforturilor diplomatice și mediatice ale Poloniei, care deține temporar președinția rotativă a Uniunii Europene. Condiția procedurală a consensului a făcut ca Olanda, cu mandatul unui partid calificat a fi populist antieuropean, să blocheze extinderea Spațiului Schengen, deși restul statelor s-a pronunțat fie și numai pentru aderarea parțială a României și Bulgariei³⁶. Soluția **aderării parțiale**, care viza **granițele aeriene și maritime**, promovată de Grecia, Franța și Germania, state extrem de rezervate de-a lungul timpului, a fost și ea **respinsă inițial, ulterior fiind acceptată, la Reuniunea din 22 octombrie a Consiliului JAI**.

După cum s-a apreciat și în presa internațională³⁷, *refuzul de a admite aderarea României și Bulgariei la Spațiul Schengen are un impact practic redus, de vreme ce majoritatea cetățenilor celor două țări pot să călătorească fără dificultăți în Uniunea Europeană*. Ea constituie însă *o lovitură destul de puternică, din punct de vedere politic, pentru cele două state*. Și mai înseamnă în același timp **considerarea și tratarea a două state din interiorul Uniunii Europene ca state de mână a doua**, ceea ce, în mod evident, **nu poate fi acceptat de acestea, dar ar trebui respins și de către Uniunea Europeană, în ansamblul său**. Prin Tratatul de la Lisabona se propune **construirea unei Europe a drepturilor, valorilor, libertății, solidarității și siguranței**³⁸, ceea ce exclude un regim de tratare diferit în sensul clar discriminator și realizarea unei ierarhii a statelor membre, în care unele să se afle pe o poziție privilegiată, iar altele pe una inferioară.

Tratatul de reformă reprezintă o etapă, un pas, într-o evoluție continuă și o previzibilă modificare a lui poate interveni în următorii ani. Cei peste cincizeci de ani de experiență în construcția Europei Unite au atras o cantitate de acumulări de cultură paneuropeană, iar semnalul pe care îl dă Tratatul de la Lisabona este acela al **mutării centrului de greutate în construcția Uniunii Europene de la Uniune la state**, ceea ce reprezintă **sensul viitorului**³⁹.

III. Aspecte specifice ale integrării Bulgariei în Spațiul Schengen⁴⁰

România și Bulgaria au reprezentat „ultimul val, în procesul de aderare la Uniunea Europeană (afirmație care nu exclude posibilitatea ca extinderea Uniunii Europene să continue în viitor) și își păstrează același statut și în ceea ce privește aderarea la spațiul Schengen.

Aceasta și pentru că Uniunea Europeană și-a schimbat de-a lungul timpului abordarea, criteriile de aderare, exigențele impuse. Cele două state au semnat împreună

³⁶ *Ziua în care ni s-a închis (temporar) poarta spre Schengen*, articol apărut în ziarul Economistul.

³⁷ Ediția din 23 septembrie a cotidianului american The New York Time.

³⁸ E. Dragomir, D. Niță, *Tratatul de la Lisabona*, versiunea consolidată, Ed. Lumina Lex, București, 2009, p. 23.

³⁹ B.M.C. Predescu, *Tratatul de la Lisabona-continuitate și noutate în gândirea instituțională a Uniunii Europene*, articol publicat în RRDC nr. 2/2010, p. 109.

⁴⁰ O parte dintre informațiile din această secțiune au la bază *Raportul „Cuiul lui Pepelea: ce învățăm din procesul de aderare la Shengen”* - o evaluare independentă, autor Ciprian Ciucu, Policy Memo nr. 10, ianuarie 2011.

Tratatul de aderare și sunt evaluate împreună, fapt explicabil nu doar prin modul în care s-a parcurs de către acestea aderarea la structurile europene, ci și datorită zonei geografice în care ele sunt plasate.

Pentru Bulgaria ca și pentru **România**, de altfel, aderarea la spațiul Schengen reprezintă o **componentă a integrării în Uniunea Europeană**.

Extinderea spațiului Schengen este percepută atât la nivelul statelor, cât și al Uniunii Europene în ansamblul său, ca o **consolidare a securității** și ca o condiție prealabilă pentru îmbunătățirea vieții cetățenilor Uniunii Europene, care își exercită dreptul la libera circulație în plenitudinea lui, dar și pentru dezvoltarea economiei statelor membre⁴¹.

Planul național de acțiune pentru aplicarea integrală a acquis-ului și ridicarea controalelor la frontiere Schengen elaborat în Bulgaria a cuprins **nouă secțiuni** și anume: *controalele la frontieră; vizele; migrația, azil, poliție; securitatea; arme de foc și muniție; lupta împotriva drogurilor; funcționarea și utilizarea acquis-ului Schengen; sistemul de informații; protecția datelor personale*.

Pe lângă acestea au existat și unele **măsuri suplimentare**, adoptate de Guvernul bulgar prin **Planul de măsuri de punere în aplicare a unor critici legate de aderarea Bulgariei la Spațiul Schengen**, aprobat prin **Decretul nr. 940 din 27 decembrie 2010** al Consiliului de Miniștri.

În vederea aderării la Spațiul Schengen, Guvernul Bulgariei a adoptat un număr de **167 de măsuri**, dintre care numai **159 măsuri** trebuiau puse în aplicare până la **31 martie 2011**, dată preconizată inițial pentru aderarea celor două state. Cele 159 de măsuri includeau atât pe cele cuprinse în **Planul național de acțiune**, cele mai multe, respectiv **135**, cât și pe cele dispuse suplimentar ca urmare a unor critici formulate în procesul de aderare, în număr de **24**. În procesul de evaluare la care a fost supusă în timp, Bulgaria a înregistrat un **raport negativ din partea experților Sch-Eval în ceea ce privește protejarea granițelor terestre, cu specială referire la granița cu Turcia**. **Autoritățile din Bulgaria au acționat operativ inițiind măsuri rapide pentru a corecta situația, fără ca acest lucru să fie pe deplin posibil până în martie 2011, data preconizată inițial pentru aderarea celor două state, dar nerespectată în realitate**. În prezent acest neajuns a fost în mod complet eliminat.

IV. Stadiul actual al integrării României și Bulgariei în spațiul Schengen

Cu ocazia Consiliului European care a avut loc la **23 octombrie 2011**, a fost introdusă pe ordinea de zi a reuniunii o **declarație**, în care se menționează necesitatea **ca până în luna decembrie 2011** să se găsească o formulă adecvată de compromis, care să permită **aderarea României și Bulgariei la Spațiul Schengen în cursul anului 2012**.

⁴¹ O parte dintre informațiile privind Bulgaria au fost extrase din Raportul de activitate al Bulgariei pentru aderarea la spațiul Schengen, din data de 31 ianuarie 2011 întocmit de Open Society Institute din Sofia.

Aderarea urmează să se facă în trepte, și anume:

- ridicarea **controalelor la frontierele interne aeriene și maritime, până la 31 martie 2012.**

- decizia privind **ridicarea controalelor la frontierele terestre** să fie luată până la **31 iulie 2012.**

Între Bulgaria și România are loc o continuă colaborare, care se concretizează în următoarele forme⁴²:

- Cooperarea de resort **româno-bulgară** în domeniul afacerilor interne se desfășoară cu foarte bune rezultate, inclusiv în plan operativ, și acoperă un spectru larg de preocupări privind combaterea criminalității transnaționale și a altor amenințări neconvenționale la adresa securității

- Periodic au loc consultări atât la nivelul conducerii MAI, cât și la nivel de experți, în vederea evaluării stadiului relațiilor și colaborării româno-bulgare, precum și pentru configurarea activităților viitoare, inclusiv în baza unor Planuri de acțiune comune pe diferite componente aflate în subordinea celor două ministere de resort;

- Se află pe rol o multitudine de proiecte și acțiuni deosebit de importante, care au drept scop susținerea eforturilor depuse pentru pregătirea **aderării României și Bulgariei la Spațiul Schengen în anul 2011.**

- Se află în curs de negociere o serie de noi documente juridice de cooperare în domeniul frontierei de stat comune și al învățământului de specialitate.

- România apreciază în mod deosebit revitalizarea cooperării în format trilateral **România-Bulgaria-Grecia**, sens în care realizarea reuniunii miniștrilor de interne de la Atena, din 20 aprilie 2011, a oferit posibilitatea abordării unor chestiuni legate de conturarea unei cooperări concrete între cele trei țări în materie polițienească;

- Este de apreciat conlucrarea de resort în cadrul altor organisme și organizații cu vocație regională și internațională, precum Organizația Cooperării Economice a Mării Negre (OCEMN), Consiliul de Cooperare Regională (RCC), Procesul de Cooperare în Europa de Sud-Est (SEECF), Centrul Regional SECI de la București etc.;

- România este interesată să continue proiectele pe care le-a inițiat în **Forumul Salzburg**, a cărui Președinție a fost preluată de către Republica Bulgaria în semestrul II al anului în curs, iar aderarea celor două state la Spațiul Schengen până la finele acestui an s-ar circumscrie inclusiv eforturilor și susținerii de care am beneficiat în cadrul acestei platforme de cooperare;

- Prezintă de asemenea interes intensificarea conlucrării în cadrul **Procesului de cooperare în Europa de Sud-Est (SEECF)**, existând speranța că principiile fixate în **Strategia regională în domeniul Jai pentru Europa de Sud-Est 2011-2013**, adoptată la Budva, în Muntenegru își vor atinge obiectivele scontate.

- Momentul care va marca aderarea la Spațiul Schengen va fi adoptarea Deciziei Consiliului privind aplicarea integrării dispozițiilor acquis-ului Schengen în Republica Bulgaria și România.

⁴² Conform materialului „Stadiul aderării României la Spațiul Schengen” elaborat de Ministerul Administrației și Internelor, Direcția generală afaceri europene și relații internaționale.

Reforma sistemului electoral – între necesitate și interese de partid

Lect. univ. dr. Claudia GILIA



The reform of the electoral system – between necessity and party's interests

Abstract. The elections represent a very important moment in the life of a state. They establish the future representatives in the various structures of the state or in the supranational ones. That is why the part of the electoral systems is crucial for the political composition of the future governing structures.

The electoral systems are the ones which create the party system and influence the configuration of the representation. They shall be understood based upon the historical development of a society which, in its turn, is deeply influenced by the political elections.

The electoral systems become “causal factors” generating their own consequences. However, if they generated any consequences of less importance, why do the politicians deem them as the subject matter of certain hard battles? And, why do the reformers fight so eagerly to change them?

In the post-December Romania, the political forces governing at that time, no matter the moment when they were in power, chose to amend the electoral normative framework always before the election date and considering the party interests, as if they ignored in an ostentatious way a fundamental principle, that is the principle of the representation of the sovereign people.

In this study we intend to examine the present normative framework, the legislative initiatives regarding the amendment of the electoral legislation, but also to propose a series of solutions for its improvement and for a better representation of the Romanian electorate.

Keywords: elections, political parties, electorate, reform, democracy, state subject to the rule of law.

§ 1. Considerații preliminare

Orice stat care se dorește a fi considerat *stat de drept* necesită, alături de supremația Constituției, de separația puterilor în stat, de pluralismul politic, democrație și alte

valori, și existența unui grup conducător reprezentativ, desemnat prin alegeri libere, corecte, periodice.

Alegerile reprezintă în viața unui stat un moment foarte important. Ele determină cine vor fi reprezentanții în diferitele structuri ale statului sau în cele supranaționale. De aceea, ori de câte ori data desfășurării scrutinului electoral se apropie, întreaga clasă politică este cuprinsă de efervescență.

În orice stat democratic, desemnarea guvernanților este un proces firesc, care animă toți actorii implicați în procesul electoral: partide, electori, instituții ale statului cu atribuții în domeniu. Este momentul în care electoratul conștientizează că este titularul suveranității și dorește să își exprime voința cu privire la un anumit candidat sau la un anumit partid politic. Cetățeanul este parte componentă a angrenajului electoral și, nu în cele din urmă, *decidentul*, cel care prin votul său configurează noile structuri de putere.

Acesta este fâgașul normal în care se desfășoară, de regulă, procesul electoral. Însă, ce se întâmplă atunci când, în apropierea momentului alegerilor, toate regulile procesului electoral se schimbă, cetățeanul fiind pus în fața unor noi reglementări electorale complexe, pe care trebuie să le deslușească într-un interval de timp foarte scurt. În mod firesc, acesta este debusolat și adesea tentat să nu mai participe la procesul electoral.

Am descris astfel, succint, situația cetățeanului român care la fiecare moment al alegerilor ce s-au derulat în sistemul românesc se află în fața unor noi reguli electorale. De la scrutinul plurinominal la scrutinul majoritar uninominal cu un tur de scrutin, pe baza principiului reprezentării proporționale, cetățeanul român a trebuit să experimenteze toate aceste sisteme. Și iată-l în anul 2011, la doar un an înainte de viitoarele alegeri locale și parlamentare, încă o dată debusolat pentru că nu cunoaște ce tip de scrutin se va utiliza pentru desemnarea aleșilor, care va fi data pentru desfășurarea celor două tipuri de alegeri sau dacă acestea vor fi comasate.

În România postdecembristă, forțele politice aflate la guvernare, indiferent de momentul în care au deținut puterea, au ales să modifice cadrul normativ electoral întotdeauna înainte de momentul alegerilor și mereu ținând cont de interesele de partid, ignorând parcă ostentativ un principiu fundamental, acela al reprezentării poporului suveran. Viabilitatea celor două tipuri de scrutin menționate anterior și utilizate în diferite momente electorale și-au dovedit avantajele, dar și carențele de-a lungul timpului. Pentru că nu ne propunem o analiză aprofundată a celor două tipuri de scrutin, vom prezenta mai jos câteva din elementele care pun în valoare sau dimpotrivă care diminuează calitatea unuia sau altuia din acestea¹:

¹ Pe larg, C. Gilia, *Sisteme și proceduri electorale*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 69-73, 91-94.

Avantaje	
Scrutin plurinominal (de listă)	Scrutin uninominal
Accentuează utilitatea voturilor, întrucât toate voturile exprimate sunt luate în considerare.	Asigură o strânsă legătură între cel ales și alegător. Alegătorul este cel care înainte de alegere face o analiză a capacității celui care candidează, desemnându-l sau nu ca reprezentant.
Duce la un raport just între procentul voturilor obținute și mandatele atribuite.	Este un sistem simplu și presupune o înțelegere mai bună a procesului electoral din partea cetățenilor.
Toate curente de opinie, chiar minoritare, sunt reprezentate.	La nivel național, se asigură o majoritate parlamentară omogenă și stabilă.
Permite reprezentarea minorităților naționale în Parlament.	Cel ales își poate mai ușor susține ideile și programul său lansat în campania electorală.
Permite și implică anumite condiționări legate de realizarea unui procent minim (prag electoral) ce trebuie obținut la nivel național sau de circumscripție.	Este un sistem care avantajează partidele mari.
Dă prioritate programelor și platformelor politice, ideilor, și mai puțin personalității și promisiunilor candidaților.	Este un mijloc de combatere a absenteismului electoral. La nivel local, prin depunerea unor candidaturi din partea acelor persoane cunoscute de către alegători, s-ar realiza o mai mare prezență din partea cetățenilor la urnele de vot, deoarece ar fi interesați mai mult ca cei pe care doresc să-i reprezinte să câștige alegerile.
Favorizează multipartidismul, indiferent de mărimea partidelor, precum și independența acestora.	Favorizează bipartidismul sau bipolaritatea vieții politice.
Acest sistem este considerat a fi „onest” pentru că el evită faimoasa „bucătărie electorală” între cele două tururi de scrutin, dar și „falsele alianțe”. Absența turului doi îndepărtează „tocmelile” pe care le presupune sistemul majoritar.	Conduce la o selecție mai riguroasă a acelor care acced în Parlament și prin aceasta contribuie la formarea unor oameni politici veritabili ² .
Se impune prin rigurozitatea calculelor matematice în împărțirea voturilor.	Implică o relație foarte eficientă între parlamentar și circumscripția pe care o reprezintă, pe durata mandatului.

² Din păcate pentru sistemul politic din România această caracteristică a sistemului majoritar nu am regăsit-o la clasa politică rezultată în urma acestui tip de alegeri. Trebuie însă să precizăm că sistemul majoritar uninominal nu a fost utilizat în forma sa pură: „*The winner takes all*”, ci împreună cu principiul reprezentării proporționale, adică s-a realizat o redistribuire a voturilor celor care nu au reușit să obțină 50%+1 din voturi. Din păcate, nici selecția candidaților nu s-a făcut pe criterii de meritocrație, ci un rol important în desemnarea unui candidat sau altul l-a reprezentat suportul financiar de care beneficia. Lipsa unei adevărate selecții a candidaților de către partidele politice s-a văzut ulterior în calitatea aleșilor, și pe cale de consecință, în calitatea procesului legislativ și a întregii activități parlamentare în legislatura 2008-2012.

<p>Tinde către o justiție electorală, fiind vorba de o reprezentare exactă a opiniilor exprimate și de a asigura minorităților certitudinea unei reprezentări conforme cu importanța lor reală. Încearcă să realizeze o veritabilă fotografie a fizionomiei politice a unei țări, până în cele mai mici nuanțe³.</p>	
<p>Stimulează partidele politice să desfășoare campanii electorale active în toate zonele țării⁴.</p>	

Dezavantaje	
Scrutin plurinomial (de listă)	Scrutin uninomial
<p><i>Fiind un scrutin de listă, alegătorul nu-și poate exprima opțiunea pentru un anume candidat, ci pentru partidul din care acesta face parte, indiferent de calitățile personale ale celorlalți candidați înscrși pe lista acestuia.</i></p>	<p><i>Se micșorează caracterul politic al Parlamentului. Parlamentul rezultat ca urmare a utilizării scrutinului uninomial devine mai mult un corp de elite.</i></p>
<p><i>Majoritatea parlamentară este conjuncturală, neomogenă, artificială și precară, ceea ce sporește dificultățile acțiunii guvernamentale și accentuează instabilitatea sprijinului acordat acestuia din cauza mozaicului de partide parlamentare.</i></p>	<p><i>Se pierd voturi ca urmare a aplicării acestui sistem.</i></p>

Politologul italian Giovanni Sartori întreprinde o remarcabilă analiză, atât din perspectiva sistemului majoritar, cât și a celui proporțional, distincția dintre *voatarea persoanei* sau *voatarea listei*. În *sistemele majoritare*, fondate pe circumscripții uninominale, candidații sunt și aici, de regulă, membrii de partid aleși prin intermediul canalelor de partid. În cadrul circumscripțiilor uninominale, votanții văd în fața lor persoane concrete. Dar această „vedere” a candidatului nu reflectă în sine, în opinia lui Sartori, faptul că persoana ar fi mai importantă decât partidul. În cadrul circumscripțiilor uninominale, partidele sunt constrânse să se conformeze necesității de a găsi un „bun candidat”, oriunde s-ar putea găsi acesta, doar atunci când circumscripția este nesigură. În circumscripțiile sigure în care un anume partid se bucură în alegeri succesive de o majoritate comodă, partidele nu mai sunt constrânse să-și găsească un candidat puternic, capabil să învingă, și își poate permite să-și

³ În acest sens, remarcăm punctul de vedere al profesorului Joseph Barthélémy: „*principiul proportionalității răspunde, pe cale de consecință, unui sentiment elementar de justiție, unei nevoi fundamentale de loialitate și de adevăr. Va veni o zi în care vom considera principiul proportionalist la fel de important ca și principiul universalității sufragiului. Principiul va fi considerat mai presus de orice discutie. Doar teoreticienii și profesorii vor continua să se întrebe dacă este bun sau rău*” (Joseph Barthélémy, *L'organisation du suffrage et l'expérience belge*, Giard et Brière, 1922, p. 530).

⁴ Acest lucru contrastează cu sistemele majoritare în care partidele au tendința de a se concentra în câteva circumscripții competitive și de a neglija circumscripțiile în care ele sunt fie prea slab reprezentate, fie suficient de puternice. Partidele depun eforturi mai mari pentru mobilizarea electoratului.

propună proprii „interni”. Este cert faptul că circumscripțiile uninominale solicită ca partidele să acorde o oarecare atenție caracteristicilor personale ale candidatului. În *sistemele proporționale*, distincția relevantă vizează dacă listele cu candidați sunt închise sau deschise. În mod clar, controlul partidului asupra selecției și alegerii candidaților săi este maxim atunci când lista este *blocată*. Se presupune însă că lista deschisă votului după preferință poate să pună electoratul în situația de a controla procesul de selecție. Sartori aduce un contraargument acestei supozitii: așa cum partidele puternice sunt apte să mobilizeze electoratul cu mecanismul lor organizatoric, tot așa pot neutraliza votul preferențial cu preferințe concentrate în mod masiv asupra propriilor oameni din aparat⁵.

Nu de puține ori s-a reproșat scrutinului de listă bazat pe reprezentarea proporțională că acest mod de scrutin întărește considerabil rolul și influența partidelor politice. Alegătorul nu își cunoaște parlamentarii, el nu votează pentru un om, ci pentru un program prezentat de către un partid. La rândul său, parlamentarul consideră că șansele sale să fie reales depinde mai puțin de contactele sale cu alegătorii, și mai mult de locul pe care partidul său o să-l plaseze pe listă. Nu personalitatea candidatului va fi determinantă în alegeri, ci fidelitatea sa *vis-à-vis* de partid va fi preeminentă. Această depersonalizare a funcției parlamentare este adesea criticată de către unii autori, care văd în parlamentari intermediarii între alegători și administrație. Practica unor deputați de a vota în Parlament legi profund antisociale, dar care se prezintă în circumscripțiile lor ca prieteni ai alegătorilor, scriind în favoarea lor scrisori de intervenție, ce nu îi costă nimic și care, de regulă, nu sunt urmate de efecte, este, în mod evident, contrară principiului democratic⁶.

§ 2. Reforma sistemului electoral din România între necesitate și interese de partid

Subliniind importanța legislației electorale, autoarea Elena Simina Tănăsescu afirma: „de cea mai mare importanță este calitatea legilor electorale, calitate ce poate fi un factor mult mai important în determinarea unei atitudini civice a cetățenilor decât orice sistem de sancțiuni, oricât de riguros. Un sistem electoral autentic democratic, inspirat din voința reală a celor care dețin puterea de stat, este de natură să pună bazele unei atitudini civice a cetățenilor și impune o conduită electorală partidelor și alianțelor care participă la alegeri”⁷.

România se află în fața unei noi etape electorale ce se va desfășura în anul 2012, când vor avea loc alegeri locale, dar și alegeri parlamentare. Partidele aflate la putere, dar și cele din opoziție au înaintat o serie de propuneri pentru reformarea sistemului electoral.

⁵ Giovanni Sartori, *Ingineria constituțională comparată*, Ed. Mediterana 2000, București, 2002, pp. 15-41.

⁶ Chantebout Bernard, *Droit constitutionnel et science politique*, 16^e édition, Paris, Armand Colin, 1999, p. 210 și 211.

⁷ E.S. Tănăsescu, *Legile electorale. Comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. VIII.

Cu o propunere concretă a venit însă Autoritatea Electorală Permanentă, care în anul 2011 a supus dezbaterii publice un *proiect de lege electorală*, în încercarea de a crea un cadru legislativ unic pentru tot ce înseamnă alegeri în România. Deși la momentul inițierii, proiectul a iscat vii dispute, cu timpul, acesta pare a fi abandonat chiar și de inițiatorii săi. Cu toate acestea, noi am analizat proiectul și menționăm câteva considerații critice.

În primul rând, considerăm că denumirea ar fi trebuit să fie aceea de *Cod electoral* și nu de *lege electorală*, deoarece conținutul său este unul complex, iar întinderea reglementărilor ar impune și ea o astfel de denumire. Din punct de vedere al structurii, legea nu este sistematizată. Sunt amestecate dispoziții despre diferite tipuri de alegeri, deși ar fi trebuit, pentru o înțelegere și punere în aplicare a legii o ordonare a diferitelor categorii de alegeri⁸. Proiectul ar fi trebuit să conțină un set de dispoziții comune și câte un set de dispoziții specifice pentru fiecare categorie de alegeri. Un alt element criticabil îl reprezintă termenul pentru campania electorală care este, în opinia noastră, foarte mare – *90 de zile* –, interval ce presupune eforturi consistente (financiare și fizice) din partea competitorilor electorali și care împiedică astfel posibila competiție, care nu dispun de resurse financiare, să participe la candidatură. Păstrarea aceluiași tip de scrutin pentru alegerile parlamentare se va dovedi la fel de inefficient ca și cel actual. Scrutinul uninominal (mai ales cu un singur tur de scrutin) avantajează partidele mari și candidații cu resurse financiare substanțiale, în dauna unor candidați mult mai bine pregătiți profesional, cu calități morale deosebite, însă fără astfel de resurse. S-a dovedit că alegerile parlamentare din 2008 au dus la formarea unui Parlament cu reprezentanți slab pregătiți și cu caractere ce lasă de dorit, care au afectat întreaga activitate a forului legislativ, fiind simpli executanți ai deciziilor șefilor de partid, simple „mașini de vot”. Legile sunt bune dacă sunt făcute de persoane cu viziune, cu cunoștințe în domeniile respective și nu de amatori, pasageri conjuncturali prin viața publică.

În ceea ce privește depunerea candidaturilor nu se mai regăsește principiul accesului egal la funcții. Acest vid legislativ reduce și mai mult prezența femeilor în forurile reprezentative⁹. În statele cu democrații consolidate, accesul egal la funcțiile electivă este reglementat de legislația electorală¹⁰.

⁸ Inițiatorii ar fi putut luat drept model Codul electoral francez care sistematizează armonios toate elementele ce privesc procesul electoral.

⁹ Conform reglementării actuale (Legea nr. 35/2008): „*Listele de candidați pentru alegerea consiliilor locale și a consiliilor județene trebuie astfel întocmite încât să asigure reprezentarea ambelor sexe*”.

¹⁰ Astfel, în Franța, Constituția dispune în art. 3 alin. (4) că: „*Legea favorizează accesul egal al femeilor și bărbaților la mandatele electorale și la funcțiile electivă*”. Dispozițiile Codului electoral francez sunt și mai tranșante: „*În fiecare listă electorală, diferența între numărul de candidați aparținând unuia sau altuia din cele două sexe nu poate fi mai mare de unu. În cadrul fiecărui grup de șase candidați în ordinea înscrierii pe listă trebuie să figureze un număr egal de candidați din fiecare sex*”. În sistemul electoral belgian, Legea electorală din 13 decembrie 2002 transpune în realitate reprezentarea echilibrată între bărbați și femei pe listele electorale. În concret, o listă care conține de exemplu 21 de candidați nu poate cuprinde mai mult de 11 persoane de același sex. Aceste dispoziții se aplică atât candidaților efectivi, cât și supleanților. Pe de altă parte, primii doi candidați nu pot fi de același sex. Același lucru este valabil și pentru primii doi supleanți. Pentru celelalte locuri de pe listă, ordinea succesiunii între

Proiectul electoral înaintat de AEP nu împiedică o practică defectuoasă a sistemului actual, și anume *votul multiplu*¹¹.

Procesul de atribuire a mandatelor este complicat, păstrându-se reglementarea veche, care permite obținerea unui mandat și de cel care s-a situat pe locul 2, 3 sau chiar 4 în colegiul electoral.

Din fericire pentru sănătatea sistemului electoral, acest proiect a fost abandonat.

Apropiindu-se momentul alegerilor, partidele din coaliția de guvernare (PD-L, UDMR și minoritățile) au discutat mai multe variante de modificare a legislației electorale. Astfel, PD-L a susținut în cadrul discuțiilor din coaliție un proiect de lege electorală care să statueze principiile *scrutinului majoritar uninominal*. De asemenea, au existat voci care au vorbit și de un sistem de compensare, pe o listă națională. În concepția celor de la PD-L, introducerea unui sistem uninominal nu ar trebui compensată pe o listă, criteriul trebuind să fie tot cel al voturilor primite de către un candidat în mod direct. PD-L a respins, inițial, ideea unei liste naționale și dorea ca redistribuirea mandatelor să se facă în funcție de numărul de voturi obținute. Adică pierzătorii cu cel mai mare număr de voturi să intre în Parlament pe acele locuri care revin partidului pe care l-au reprezentat în alegeri. În cadrul discuțiilor din comisia coaliției de guvernământ privind modificarea legislației electorale, UDMR a respins proiectul PD-L de introducere a sistemului uninominal, alături de un mecanism de compensare în funcție de numărul de voturi obținut de fiecare candidat, acest sistem dezavantajând Uniunea. UDMR susține un *sistem electoral mixt*, cum este cel din Germania. Liderul UDMR, Kelemen Hunor¹² a susținut că: „*Un sistem la care se poate ajunge în acest moment, considerăm noi, este sistemul german, un sistem mixt, jumătate, sau un pic peste jumătate din colegii să fie colegii uninominale, păstrate așa cum sunt acum, și restul să fie pe o listă națională, pe care se pune ștampila, nu una care nu a fost văzută de cetățeni. Prin sistemul mixt se echilibrează reprezentarea comunităților locale, a cetățenilor în așa fel încât fiecare vot exprimat se transformă*

candidații de sex masculin și cei de sex feminin este liberă, însă proporția de 50/50 trebuie întotdeauna respectată pentru întreaga listă (C. Gilia, *Federalismul belgian. Reflecții cu privire la Reflecții asupra sistemului instituțional belgian*, Ed. Bibliotheca, Târgoviste, 2008, p. 60).

¹¹Art. 98 alin. (9) și (10) din proiect stipulează:

(9) *În cazul în care, în sistemul informatic de monitorizare a prezenței la vot și de prevenire a votului ilegal apare mențiunea că alegătorul care s-a prezentat la vot și-a mai exercitat dreptul de vot la același scrutin, președintele biroului electoral al secției de votare comunică alegătorului că tentativa de a vota de două sau mai multe ori la același scrutin reprezintă o infracțiune și că este obligat să transmită de îndată cazul organelor de urmărire penală competente.*

(10) *Dacă alegătorul insistă să-și exercite dreptul de vot în secția de votare respectivă, o poate face numai după ce dă o declarație prin care confirmă că i s-a adus la cunoștință că fapta de a vota de două sau mai multe ori reprezintă o infracțiune și că nu a mai votat la același scrutin.*

Se pune întrebarea: *La ce mai este util sistemul informatic dacă i se permite electorului să voteze pe baza unei simple declarații?*

¹²„*Sistemul mixt poate reprezenta o variantă și o alternativă într-adevăr cu care noi am făcut toate calculele posibile și imposibile*”, a mai declarat președintele Uniunii Democrate a Maghiarilor din România (<http://www.agerpres.ro/media/index.php/politic/item/90672-Kelemen-Hunor-UDMR-agreeaza-sistemul-mixt-de-vot.html>).

în mandat exact acolo unde votul a fost exprimat¹³. De asemenea, liderul UDMR a propus reprezentarea în Senat a 2 senatori din fiecare județ, indiferent de mărimea acestora. În acest caz, numărul senatorilor fiind mai mic de 100¹³.

După mai multe dezbateri, în cadrul coaliției de guvernare s-a realizat un compromis care nu știm în ce măsură îl avantajează și pe cetățeanul român și anume, coaliția a decis să se păstreze sistemul bicameral, iar alegerea pentru Camera Deputaților să aibă loc în baza unui sistem mixt - circa 65% din deputați să fie aleși prin scrutin uninominal, iar circa 35% dintre aceștia să fie aleși pe o listă națională de compensare, urmând ca numărul total al deputaților să ajungă la aproximativ 300 de deputați. Pentru Senat, s-a optat pentru scrutinul majoritar uninominal¹⁴, proporția urmând a fi de doi senatori pentru fiecare județ, indiferent de mărimea județului, câte un senator pentru fiecare sector, rezultând astfel un total de 88 de senatori.

Opoziția la rândul ei a susținut modificarea actualei legi electorale, astfel încât parlamentar să fie desemnat doar candidatul care obține cele mai multe voturi într-un colegiu uninominal, adică scrutinul majoritar uninominal pur. Reprezentanții USL (PSD+PNL) au propus reducerea numărului de parlamentari de la 471 la 325¹⁵. Astfel, în viziunea USL, Senatul ar trebui să aibă 109 membri, cu 28 mai puțini, iar Camera Deputaților ar trebui să aibă 216 membri, cu 118 mai puțini decât la momentul actual.

Coaliția de guvernare a susținut și ideea comasării alegerilor locale cu cele parlamentare și desfășurarea acestora în luna noiembrie 2012. Una dintre motivațiile pe care le vehiculează guvernantii ar fi reducerea cheltuielilor pentru desfășurarea alegerilor. În subsidiar însă, comasarea alegerilor ar avea ca motivație susținerea pe care ar primi-o candidații în alegerile parlamentare din partea primarilor în funcții. Deși bătălia vizează două fronturi: *local* și *național*, prin comasare ar dispărea demarcația dintre cele două tipuri de alegeri, toți candidații, indiferent de tipul de alegere, ar miza pe promisiunile privind rezolvarea problemelor curente ale cetățenilor, în detrimentul temelor mari de interes național, care ar trebui să formeze obiectul campaniei pentru alegerile parlamentare¹⁶.

¹³ Pentru detalii a se consulta: <http://www.tvr.ro/articol.php?id=112549>.

¹⁴ „**La Senat vom avea vot uninominal majoritar, cel care câștigă colegiul câștigă mandatul, indiferent cu ce procent, 40 sau 38 la sută**”, a precizat liderul UDMR (<http://www.mediafax.ro/politic/coalitia-a-decis-comasarea-alegerilor-reducerea-numarului-parlamentarilor-si-mentinerea-parlamentului-bicameral-8970845>).

¹⁵ „În propunere am crescut această normă de reprezentare. Un deputat să reprezinte 100.000 de cetățeni, iar un senator, 200.000 de cetățeni”, a declarat Victor Ponta, co-președinte USL. Din păcate, nici opoziția nu a înțeles că cetățeanul se vrea mai bine reprezentat, nu mai puțin reprezentat prin această creștere a numărului de cetățeni ce urmează a fi reprezentați de un număr mai mic de aleși.

¹⁶ Politologul Cristian Pîrvulescu afirma: „**Alegerile s-ar transforma în alegeri locale 100% și primarii sunt interesați**”, a explicat Pîrvulescu. Din cauza acestor interese pe termen scurt, ratăm dezvoltarea strategică a României pe termen scurt, pentru că primarii nu sunt capabili să elaboreze politici naționale. Astfel, România va fi teatrul bătăliilor de interese între grupările locale care vor controla Parlamentul și Guvernul. Într-un document înaintat de Coaliția 2012 pentru Alegeri Corecte se prezintă o serie de argumente împotriva comasării alegerilor: „**Atragerea atenției că organizarea concomitentă a alegerilor nu determină economii substanțiale la bugetul de stat, ci aduce în plus două**

Ideea comasării alegerilor a fost respinsă de opoziție și criticată de specialiști. Și în opinia noastră, comasarea alegerilor este dăunătoare fragedei democrației din România. În primul rând comasarea ar presupune prelungirea mandatului aleșilor locali, pentru care nu există nicio motivație, nicio situație excepțională. Acest lucru presupune modificarea legislației în vigoare, care ar crea astfel un precedent.

De asemenea, cetățeanul român va fi pus în ziua votului să facă alegeri multiple: pentru Camera Deputaților, pentru Senat, pentru primar, consiliul local, consiliul județean, președintele consiliului județean. Procesul electoral va necesita mai mult timp, iar cetățeanul poate fi confuz atunci când se va afla în fața atâtor buletine de vot.

Deși adesea specialiștii în drept constituțional, drept electoral sau științe politice au menționat principiile-cadru pe care se fundamentează un proces electoral corect, politicienii din România au ignorat în permanență bunele practici instituite prin aceste documente¹⁷ și au modificat, ignorând întru totul interesele cetățenilor, legislația electorală după bunul plac al interesele lor partizane.

§ 3. Concluzii

Nu știm încă dacă reforma va duce la creșterea calității reprezentanților și implicit a actului politic sau, din contră, noile reguli electorale vor conduce la degradarea vieții politice.

tipuri de inconveniente majore. Pe de o parte, deoarece votul tinde să fie monocolor, iar dezbaterea electorală să se apropie de problemele cotidiene ale alegătorilor, organizarea concomitentă nu va permite prezentarea, discutarea și dezbaterea proiectelor la nivel național în mod eficient. Din această perspectivă, Parlamentul și Guvernul rezultate în urma alegerilor, indiferent ce partid va deține majoritatea, vor fi afectate de absența legitimității generate de acceptarea la nivelul electoratului doar a programului politic local". (<http://www.apd.ro/comunicat.php?id=273>).

¹⁷ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), CDL-AD(2002)023, *Code de bonne conduite en matière électorale*, Venise, 5-6 juillet et 18-19 octobre 2002, *RapportExplicatif*, a statuat în pct. II. 2. b) că:

„63. Stabilitatea dreptului este un element important al credibilității procesului electoral, care este ea însăși esențială pentru consolidarea democrației. Astfel, dacă regulile (n.n. electorale) se schimbă des, electorul poate fi dezorientat și nu le poate înțelege, dacă prezintă un caracter complex ; el poate înțelege că dreptul electoral este un instrument pe care cei care exercită puterea îl manipulează în favoarea lor și că votul electorului nu mai reprezintă elementul care decide rezultatul scrutinului.

64. Necesitatea garantării stabilității (...) vizează anumite reguli precise ale dreptului electoral, în special sistemul electoral propriu-zis, compoziția comisiilor electorale și decupajul circumscriptiilor. Aceste elemente apar mai mult sau mai puțin determinante pentru rezultatul scrutinului, și este de dorit să se evite nu doar manipulările în favoarea partidului aflat la putere, ci chiar aparențele unei manipulări.

65. Ceea ce trebuie evitat nu este atât modificarea modului de scrutin, căci acesta poate fi întotdeauna ameliorat, ci modificarea sa repetată sau care are loc cu puțin timp înainte de scrutin (cu cel puțin un an înainte de scrutin – așa cum este cazul României – s.n.). Chiar în absența unei intenții de manipulare, această modificare va apărea ca fiind legată de interese partizane conjuncturale” ([http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023-f.asp)). De asemenea, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), CDL-AD(2005)043, Venise, 16-17 décembre 2005, *Declaration interpretative sur la stabilité du droit électoral* a stabilit că: „Elementele fundamentale ale dreptului electoral, și, în particular, sistemul electoral propriu-zis, compoziția comisiilor electorale și decupajul circumscriptiilor nu ar trebui să fie modificate cu mai puțin de un an înainte de alegeri, sau ar trebui tratate la nivel constituțional sau la un nivel superior celui al unei legi ordinare” ([http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD\(2005\)043-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD(2005)043-f.pdf)).

Există însă oare un sistem care să îl satisfacă pe deplin pe cetățeanul român? Și dacă da, știe cetățeanul român să îl utilizeze sau este dispus să îl utilizeze?

Experiența statelor cu democrații consolidate (ex. Franța, Regatul Unit al Marii Britanii etc.)¹⁸ a demonstrat că nu există un tipar de sistem electoral care să satisfacă toate straturile sociale ale societății și integralitatea intereselor cetățenilor. Însă, la momentul determinării unui sistem electoral sau altul, clasa politică trebuie să țină cont de caracteristicile populației statului român, de mentalități, de tradiții, de gradul de cultură civică, politică.

Cetățeanul român nu poate fi în permanență „un cobai” pentru politicieni atunci când aceștia testează noi sisteme electorale.

Electorii români își doresc ca noile reguli electorale să conducă la o revigorarea a clasei politice, la dinamizarea activității pe care o desfășoară legislativul și, nu în cele din urmă, la o apropiere a aleșilor de purtătorul suveran al puterii – *poporul*. Indiferent dacă oamenii politici sunt rezultatul unui sistem majoritar uninominal sau al unui sistem de listă ori al unuia mixt, important este ca deciziile pe care le iau în calitate de reprezentanți ai demosului să servească intereselor acestuia.

Scena politică românească aflată într-o efervescență permanentă, măcinată de interesele unuia sau altuia dintre actorii politici, uită un element esențial, și anume, *il demos votante*, cum îl numea Giovanni Sartori. Angrenați în jocurile politice, oamenii politici acordă o atenție mai mare propriilor interese de grup, și nu electorilor, care plictisiți și dezamăgiți de întreaga clasă politică se arată foarte puțin interesați de aceasta. Din ce în ce mai dezamăgiți și mai debusolați, cetățenii refuză în procente din ce în ce mai mari să participe la procesul electoral. În aceste condiții, ale unui absentism major, *de ce legitimitate se mai bucură aleșii noștri? Cât de reprezentativi mai sunt ei, dacă sunt votați de 30% sau 40% din cei 30% sau 40 % prezenți la vot?*

Nu trebuie însă să excludem din ecuația electorală și lipsa unei culturi politice, juridice și civice a electoratului român¹⁹.

Reformă doar de dragul de a face reformă sau facem reformă pentru a îmbunătăți viața electoratului. *Prin reformă stabilim reguli solide pentru viitor sau doar tranzitorii, pentru un moment electoral precis?* Contractul dintre aleși și alegători trebuie să creeze drepturi și obligații pentru ambele părți, nu doar pentru una dintre ele.

¹⁸ Franța a utilizat atât sistemul plurinominal, dar și pe cel majoritar uninominal. În anul 2008 au existat dezbateri cu privire la introducerea RP, care nu au condus către o modificare a legislației electorale. În Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, sistemul *First Past The Post* s-a dorit a fi schimbat cu sistemul *Votului alternativ*. În data de 5 mai 2011 s-a organizat un referendum prin care cetățenii britanici au fost chemați să se exprime cu privire la schimbarea sistemului electoral în vigoare. Conservatorii din fire, britanicii s-au exprimat într-un procent de 67,87% împotriva schimbării sistemului *First Past The Post*. Pentru o analiză completă asupra modului de desfășurare și a rezultatului referendumului, Corinne Deloy, *Les Britanniques refusent massivement la modification de leur mode de scrutin*, Observatoire des élections en Europe, Fondation Robert Schumann, 2011 (<http://www.robert-schuman.eu/oeo.php?num=697>).

¹⁹ A se consulta și articolul analistului politic Cristian Pîrvulescu „O națiune de reconstruit” din ziarul Cotidianul din data de 21 februarie 2007 (materialul poate fi consultat pe site-ul: <http://www.9am.ro/stiri-revista-presei/2007-02-21/o-natiune-de-reconstruit.html>), precum și articolul „Treptele implicării” din ziarul Cotidianul din data de 16 mai 2007.

Rămâne de văzut dacă noile reguli electorale vor motiva electoratul român să participe la vot sau acesta va manifesta aceeași apatie și dezinteres ca și până acum.

Se impunea doar o reformare a modului de scrutin sau și un nou „visage” al celor alesi? În opinia noastră, partidele politice ar trebui să-și selecteze candidații nu în funcție de resursele financiare de care dispun aceștia pentru a susține campania electorală, ci în principal pe criterii profesionale, și de ce nu și morale. Ne exprimăm de asemenea opțiunea pentru introducerea votului obligatoriu²⁰, cel puțin până la momentul în care societatea românească va fi suficient de bine pregătită din punct de vedere civic pentru a putea să se exprime liber fără vreo influență externă sau vreo motivație materială.

Sistemele electorale actuale au căpătat noi dimensiuni, datorate metamorfozelor profunde din cadrul societăților contemporane. Ele trebuie să răspundă noilor provocări venite din partea *clasei politice*, și nu în cele din urmă din partea *cetățenilor*, care își doresc cât mai bine reprezentate interesele în forurile reprezentative.

Într-o societate cu adevărat democratică, sistemul electoral trebuie să aibă la bază reguli precise, clare și mai ales stabile. Nu vom avea o reprezentare democratică a cetățenilor atâta timp cât regulile electorale sunt croite pentru a servi interese de partid. Ne exprimăm speranța că poate, „în ceasul al doisprezecelea”, clasa politică aflată la guvernare va lua decizia corectă și va desena un sistem electoral care să îl aibă în centru pe cetățean, nu ca instrument, ci ca beneficiar al regulilor electorale.

²⁰ Pentru argumente pro sau contra votului obligatoriu a se consulta A. Amjahad, J.-M. De Waele, M. Hastings, *Le vote obligatoire. Débats, enjeux et défis*, Economica, Paris, 2011.

Noul drept penal al minorilor – analiză comparativă între dreptul român și cel elvețian

Asist. univ. dr. Mădălina Cristina PUTINEI



The new criminal law for minors - comparative analysis between romanian and swiss law

Abstract: One of the sensitive subjects of the criminal policy which is recurrent in the modern societies is that of juvenile delinquency. The nature of this problem is due to the singularity of this social category. Precisely in view of the numerous variables, the legal regime that rules the juvenile criminal behavior is distinct from that applicable to adults. For this reason, the distinction is required also for the procedural rules that governs the conditions of juvenile's criminal responsibility, the application of sanctions and their concrete execution.

Key-words: juvenile delinquency, Social Welfare Model, age of juvenile's criminal responsibility, provisional criminal measures, juvenile mediation.

Una dintre temele sensibile de politică penală care apare recurent în cadrul societăților moderne este cea a delincvenței tinerilor. Natura acestei probleme se datorează specificului categoriei sociale care îi formează obiectul, aceea a minorilor. Variabilele sunt multiple și tocmai în considerarea acestora regimul juridic care guvernează comportamentele minorilor care transgresează legea penală este distinct de cel aplicabil adulților. Această distincție este din aceste motive necesară, specificitatea acestei categorii sociale făcând ca și măsurile penale care i se aplică să aibă aceeași trăsătură.

Dispozițiile procedurale care reglementează condițiile răspunderii penale a minorilor, aplicarea sancțiunilor și executarea lor concretă împrumută aceeași specificitate.

§ I. Dreptul penal al minorilor – o nouă perspectivă

Modificările intervenite în dreptul penal al majorității statelor europene nu au ocolit reglementările care guvernează condiția juridică a minorului în fața legii penale. Revizuirea părții generale a Codului penal elvețian (CPS), intervenite în ianuarie 2007,

precum și noile prevederi din Codul penal român au presupus anumite schimbări în privința răspunderii penale a minorului. Este vorba atât de dispoziții de drept material, cât și de drept procedural, menite să se adapteze modificărilor intervenite în privința delincvenței juvenile.

În primul rând, putem observa că în sistemul de drept elvețian au fost introduse noi reglementări referitoare la limita de vârstă de la care începe răspunderea penală a minorului. În ambele sisteme supuse analizei a fost reglementat distinct regimul sancționator, prin diversificarea sancțiunilor ce pot fi aplicate minorilor, precum și a regimului lor de executare. Dar aspectul cu cele mai multe implicații pozitive cuprins în noile reglementări privește reafirmarea modelului protector de justiție penală în privința minorilor și a caracterului subsidiar al pedepselor față de măsurile de protecție și de educație. Atașamentul față de aceste principii este dovedit de reglementarea de ansamblu, care atribuie ca primă finalitate a normelor penale protecția acestei categorii extrem de vulnerabile a minorilor.

A. Modelul protecției sociale

„Fidel modelului protector (Social Welfare Model) care a cunoscut crearea justiției minorilor la sfârșitul secolului al XIX-lea, acest nou drept reprezintă fără îndoială codificarea evoluțiilor sociale înregistrate în aceste ultime decenii”¹. În Confederația elvețică, inovația nu a presupus doar modificări de conținut, ci și de formă. Astfel, reglementarea condiției juridice a minorului în dreptul penal a fost scoasă din Codul penal, pentru a fi dată în competența unei legi federale. Această specializare ține de dorința legiuitorului de a-și reafirma atașamentul pentru principiile dreptului internațional în materie. „Prin adoptarea noii legi, act simbolic înaintea de toate, legiuitorul a dorit să ofere minorilor delincvenți o lege proprie”². Principiul care ghidează dreptul penal al minorilor este enunțat în art. 2 din Legea federală care reglementează condiția penală a minorilor (DP Min). Potrivit primului alineat, urmărirea delincvenței juvenile va trebui să favorizeze protecția și educația minorului, arătând un interes cu totul deosebit anturajului acestuia, precum și dezvoltării personalității sale. În alin. (2), legea promovează principii educative, integrând elemente ale justiției reparatorii și sancționatorii. Chiar dacă adoptarea Legii federale care guvernează condiția penală a minorilor nu presupune o independență totală față de Codul penal, deoarece chiar art. 1 alin. (2) DP Min enumeră exhaustiv dispozițiile din Codul penal cu care se completează legea specială, intrarea sa în vigoare reprezintă un pas important către asigurarea unei protecții și a unei educații adecvate minorului care nu respectă legea penală.

În dreptul intern, acest domeniu rămâne de competența Codului penal, dar suferă modificări substanțiale. Deși nu este evocat expres scopul prevederilor referitoare la minori, așa cum se întâmplă în legislația elvețiană, modul reglementării, măsurile

¹ B. Viredaz, *Le nouveau droit pénal des mineurs*, in A. Kuhn, L. Moreillon, B. Viredaz, A. Bichovsky (Eds.), *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 391.

² J. Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale*, Schulthess, Genève, 2008, p. 545.

prevăzute ca sancțiuni, noile instituții introduse și maniera de executare a sancțiunilor denotă predilecția către aceleași principii și mai ales către subsidiaritatea pedepselor față de măsurile educative. Însăși denumirea acestora și locul pe care îl ocupă în cadrul reglementării privitoare la sancțiuni conduc la aceeași concluzie.

B. Limitele răspunderii penale a minorilor

a. *Limita inferioară de vârstă a răspunderii penale*

Situația este puțin diferită în cadrul celor două legislații, cu precădere în privința limitei inferioare de vârstă care atrage antrenarea răspunderii penale a minorilor. Dacă în dreptul elvețian, art. 3 alin. (1) DP Min. stabilește că răspunderea penală este atrasă de cel cu vârsta între 10 și 18 ani, noua reglementare din dreptul intern păstrează aceeași limita minimă de vârstă, cea de 14 ani, potrivit art. 113 alin. (1) din noul CP. Diferența cea mai importantă nu este cu privire la aceste limite, ci mai degrabă cu privire la tendința urmată de legiuitorul penal în cele două sisteme. Dacă în dreptul elvețian constatăm că vârsta de la care minorul poate fi tras la răspundere penală a crescut de la 7, așa cum prevedea art. 82 CP 1937, la 10 ani, în dreptul intern au exista propuneri inițiale referitoare la coborârea limitei de vârstă de la 14 la 13 ani. Cu toate acestea, în varianta finală a CP nu a fost reținută această sugestie.

Explicațiile pentru stabilirea unei limite de vârstă mai ridicate își găsesc fundamentul în nevoia de adaptare a răspunsului penal la realitatea socială, precum și în imperativul ca reacția penală a statului să respecte un raport strict de necesitate și de adecvare la situația care o determină. Este oportun de reamintit aici caracterul de subsidiaritate pe care îl are dreptul penal față de alte ramuri ale dreptului, din perspectiva apărării drepturilor și libertăților persoanelor.

Motivul care a determinat creșterea limitei inferioare de la 7 la 10 ani este neadecvarea, la comportamentul reprobabil al unui minor cu vârsta între 7 și 10 ani, a unei sancțiuni de natură penală. „Mai jos de vârsta de 10 ani, copilul beneficiază de o «presumpție irefragabilă de lipsă de responsabilitate penală»³. S-a considerat că până la vârsta de 10 ani este spre binele dezvoltării ulterioare a minorului ca alte instituții sociale să intervină pentru corectarea unui anumit comportament. Astfel, legiuitorul penal a considerat, prin intermediul art. 4 DP Min, că „înainte de vârsta de 10 ani, intervenția penală nu s-ar justifica și că reacția la un comportament delictuos ar trebui să rămână problema părinților, eventual a autorităților tutelare sau a serviciilor de ajutor sau a celor pentru tineri, dacă este necesar”⁴. Cu toate acestea, „acest prag de intervenție rămâne relativ scăzut prin raportare la legislațiile străine”⁵. Intervenția penală precoce este însă contrabalansată de caracterul protector și educativ de care este impregnant noul drept al minorilor.

³ J. Hurtado Pozo, *op. cit.*, p. 548.

⁴ F. Bütikofer Repond, Nicolas Queloz, *Les principales caractéristiques de la nouvelle loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs*, in RPS, n° 4/2004, Tome 122, Stämpfli, Berne, p. 389.

⁵ *Ibidem*.

O altă problemă referitoare la aceste limite este cea a discernământului, iar CP român face distincție între două categorii de minori, în funcție de vârsta acestora. Bineînțeles, răspunderea penală a minorilor este antrenată numai dacă a fost comisă o faptă cu vinovăție, ceea ce presupune reprezentarea de către autor a urmărilor faptei sale. CP român menține prezumția relativă de lipsă a discernământului pentru minorii care nu au împlinit vârsta de 16 ani, potrivit art. 113 alin. (2), ceea ce presupune că există o obligație în sarcina organelor statului să dovedească prezența discernământului la o persoană cu vârsta între 14 și 16 ani care a comis o infracțiune. Condiția existenței vinovăției pentru ca răspunderea penală să fie antrenată persistă și după împlinirea vârstei de 16 ani, dar minorul este de data aceasta prezumat a fi acționat cu discernământ, fapt susținut de gradul de dezvoltare psihică a acestuia.

În DP Min, art. 11 menține condiția existenței caracterului vinovat al faptei comise, fără realizarea vreunei distincții în funcție de vârstă. Astfel, sarcina dovedirii lipsei sau a prezenței discernământului aparține celui care ridică această problemă. „Într-adevăr, minorul trebuie să fi acționat cu vinovăție, adică având, la momentul faptei, facultatea de a aprecia caracterul ilicit al actului său și de a se pronunța după această apreciere”⁶. Noul drept penal al minorilor nu mai păstrează vechea subdiviziune între copii, de la 7 la 14 ani și adolescenți, de la 15 la 17 ani, ci îi substituie categoriei «minorilor».

Stabilirea limitei de vârstă de la care un minor poate să răspundă penal este o operațiune deosebit de delicată datorită urmărilor pe care le antrenează asupra acestei categorii de persoane. Trebuie avut în vedere faptul că orice contact cu sfera penală poate să impiețeze asupra modului în care se dezvoltă personalitatea viitorului adult. Provocarea este ca această influență să fie pe cât posibil pozitivă și să îl ghideze pe minorul delincvent pe un drum corect. Intervenția statală nu poate avea pretenția de a se substitui educației pe care doar familia este capabilă să o furnizeze, și de aceea trebuie să rămână subsecventă tuturor celorlalte forme de convingere și de educare.

Dacă vârsta este prea mică, atunci minorul se vede expus măsurilor pe care statul le consideră necesare pentru corectarea unor comportamente, măsuri care riscă să fie uneori invazive. Acest dezavantaj poate fi corectat dacă dreptul penal are ca obiective protecția și educarea minorului. În aceste condiții, nu putem vorbi cu adevărat de probabilitatea ca libertatea minorului să sufere restrângeri însemnate. În schimb, dacă vârsta care permite intervenția penală este prea ridicată, există riscul ca aceasta să fie tardivă și să creeze pentru minor impresia că faptele sale vor rămâne fără consecințe în ceea ce îl privește, doar pentru că are o anumită vârstă, deși poate are discernământ pentru faptele săvârșite.

b. Probleme ridicate de limita superioară de vârstă

Limita superioară a vârstei rămâne la 18 ani, dar nu fără să antreneze anumite probleme legate de situația juridică a minorului care a atins acest prag de vârstă și

⁶ B. Viredaz, *Le principe du dualisme des peines et des mesures tel que le prévoit la nouvelle Loi fédérale sur la condition pénale des mineurs*, Revue Pénale Suisse, Tome 123, 2, Berne, Stämpfli, 2005, p. 176.

care se află într-o situație specială datorită caracterului tranzitoriu al acestei perioade. „Numeroase state sunt astăzi preocupate de absența tranziției între situația minorului de aproape 18 ani și cea a tânărului adult de 18 ani împliniți care, pentru fapte asemănătoare și vârste apropiate, se pot vedea condamnați la pedepse foarte diferite”⁷. De aceea, în legislația penală a diverselor state este reglementată situația juridică a tinerilor adulți⁸. Dreptul elvețian nu este complet indiferent categoriei tinerilor adulți având vârsta între 18 și 25 de ani. Art. 61 CPS care reglementează situația lor juridică se preocupă doar de tinerii care suferă de grave tulburări de dezvoltare a personalității, stipulând pentru aceștia măsura de protecție a plasării într-un centru pentru tinerii adulți.

O situație care poate ridica probleme este cea a săvârșirii mai multor infracțiuni de către aceeași persoană, unele fiind comise înainte și altele după împlinirea vârstei de 18 ani. Noul drept aplicabil minorilor oferă o soluție care poate antrena efecte nedorite pentru persoana vizată, deoarece stabilește în art. 3 alin. (2) că pedepsele pronunțate se vor raporta la justiția pentru adulți. Legea este mai preocupată de situația făptuitorului atunci când trebuie decisă aplicarea unei măsuri de protecție sau terapeutice, caz în care pentru stabilirea autorității cantonale competente se va ține cont de vârsta autorului din momentul în care justiția a fost sesizată.

Noul drept aplicabil minorilor pare să facă o distincție între regimul juridic aplicabil aceleiași persoane în condiții similare, în funcție de natura sancțiunii ce urmează a fi decisă. Astfel, minoritatea făptuitorului în momentul comiterii unora dintre faptele judecate nu are nicio influență asupra respectivului regim juridic al pedepselor, în cazul în care alături de aceste fapte se judecă și altele comise după împlinirea vârstei de 18 ani. Această situație poate fi dăunătoare pentru dezvoltarea tânărului adult, față de care este exprimată în mod absolut opinia că și-ar fi desăvârșit dezvoltarea.

Este adevărat că o astfel de prezumție ar trebui instituită, dar cu condiția ca efectele sale să nu fie atât de drastice în privința tânărului adult. În considerarea principiilor care ghidează dreptul minorilor, legiuitorul ar fi trebuit să acorde judecătorului posibilitatea de a judeca, de la caz la caz, dacă faptele comise după împlinirea vârstei de 18 ani într-o perioadă de timp apropiată acestui termen se află în legătură cu cele comise înainte de această vârstă și dacă au fost determinate de situația specială a minorității. Dacă obiectivul justiției minorilor este acela de educare și protecție, atunci aplicarea unei pedepse potrivit dreptului adulților, unei persoane care abia a depășit etapa minorității, pare a fi în contradicție cu aceste scopuri. Libertatea unui tânăr adult este astfel restrânsă în mod disproporționat dacă, fără excepție, îi vor fi aplicate în privința pedepsei dispozițiile privind adulții. Nu este contestată soluția de aplicare a dreptului adulților în ansamblu, deoarece trebuie să existe un prag care să atragă aplicarea acestor norme, iar destinatarii legii penale trebuie să adopte o atitudine de responsabilitate. Ceea ce este criticabil este caracterul rigid al legislației, care poate să devină opacă la realitatea pe care trebuie să o gestioneze

⁷ B. Viredaz, *op. cit.*, 2006, p. 392.

⁸ Pentru detalii referitoare la dreptul francez, la cel german sau la cel austriac în acest domeniu, v. B. Viredaz, *op. cit.*, 2006, pp. 392 și 393.

și care se dovedește de cele mai multe extrem de complexă. Astfel, desăvârșirea procesului educativ al persoanelor care abia au atins vârsta majoratului nu trebuie frânată de acest fapt și, în acest sens, judecătorul ar trebui să poată decide aplicarea unei pedepse pe care o consideră potrivită, chiar dacă ar fi vorba de una reglementată de dreptul penal al minorilor.

În ce privește măsurile de protecție sau terapeutice, legiuitorul elvețian a stabilit că elementul care determină autoritatea cantonală competentă este vârsta autorului în momentul în care justiția a fost sesizată. În plus, noul drept penal al minorilor stabilește că o măsură de protecție în sensul art. 12-15 DP Min. va fi pronunțată pentru o durată nedeterminată și va lua sfârșit atunci când obiectivele de protecție și de educație vor fi atinse. Însă, indiferent de succesul acestor măsuri, art. 19 alin. (1) impune ridicarea oricărei măsuri la împlinirea vârstei de 22 de ani. Există anumite diferențe determinate de necesitatea ca minorul să își dea consimțământul pentru prelungirea măsurilor de protecție după împlinirea vârstei majoratului. Astfel, dacă în cazul supravegherii și al asistenței personale legea nu autorizează prelungirea decât cu consimțământul minorului, cu respectarea limitei de 22 de ani, caracterul preponderent protector al măsurilor de tratament ambulatoriu și de plasament permite prelungirea până la vârsta de 22 de ani fără a fi nevoie de exprimarea consimțământului celui pe care îl privesc.

În sistemul de drept intern nu avem o consacrare expresă a situației tinerilor adulți, dar dreptul penal are în vedere perioada tranzitorie căreia îi trebuie acordată importanța cuvenită, având în vedere specificul acesteia. În considerarea acestei realități, sunt reglementate anumite instituții juridice care au rolul de a face această trecere cu minimum de aspecte negative pentru educarea și desăvârșirea celui care a depășit etapa minorității. Art. 134 din noul CP reglementează situația juridică a minorului devenit major. Ceea ce determină aplicarea dispozițiilor speciale ale dreptului minorilor este momentul săvârșirii infracțiunii. Astfel, nu contează că persoana care este predispusă intervenției penale a statului a devenit majoră, dispozițiile referitoare la răspunderea penală a minorului i se aplică dacă la data săvârșirii infracțiunii avea vârsta între 14 și 18 ani. De altfel, natura sancțiunii dispuse de instanță nu se schimbă la împlinirea vârstei de 18 ani. Alineatul (2) al art. 134 reglementează această situație, statuând că dacă la data pronunțării hotărârii prin care s-a luat o măsură educativă privativă de libertate, infractorul a împlinit vârsta de 18 ani, instanța, ținând seama de posibilitățile sale de îndreptare, de vârsta acestuia, precum și de criteriile generale de individualizare a pedepsei, poate dispune executarea măsurii educative într-un penitenciar. Această prevedere permite instanței să ia o astfel de decizie, ceea ce înseamnă de asemenea că instanța are libertatea să hotărască și în alt mod, adică să stabilească alte modalități de executare a măsurii privative de libertate. Flexibilitatea acestei dispoziții permite instanței să decidă acordarea beneficiului suspendării executării măsurii educative sau să o înlocuiască cu o altă măsură, odată ce minorul a devenit major. Este un aspect pozitiv pe care îl aduce noul drept penal al minorilor.

II. Aspecte procedurale specifice dreptului penal al minorilor

Noul drept penal aplicabil minorilor, atât în sistemul de drept român cât și în cel elvețian, introduce reguli referitoare la procedura ce trebuie urmată odată ce a fost săvârșită de către un minor o faptă penală, stabilește competența organelor implicate în punerea în practică a acestor reguli și dispune asupra regimului sancționator.

Deoarece în dreptul elvețian competența în materie de procedură penală aparține, până la intrarea în vigoare a procedurii unificate⁹, cantoanelor, denumirea organelor implicate în acest domeniu este oarecum «generică»¹⁰, DP Min vorbind de autoritatea competentă, de autoritatea de judecată și de autoritatea de executare. Există o specializare a acestor organe și în dreptul intern, noul CP stabilind competența serviciului de probațiune și a instanței de judecată.

Anumite dispoziții speciale în dreptul elvețian reglementează faza de instrucție, preliminară celei de judecată și, bineînțeles, regimul sancționator. În dreptul intern, noul CP introduce dispoziții modificate față de cele cuprinse în dreptul actual, prevăzând și o competență specifică în funcție de fazele procesului penal.

A. Faza de instrucție

Faza de instrucție este mult mai clar delimitată de cea de judecată în dreptul elvețian decât în dreptul intern. Scopul instituirii acestei etape procesuale este de a da posibilitate autorității competente să determine dacă minorul va fi sau nu trimis în fața unei instanțe.

a. Măsuri provizorii

Autoritățile competente în faza de instrucție pot să dispună luarea anumitor măsuri „cu scopul de a-l proteja pe minor, cu precădere față de anturajul său, respectiv pentru motive ce țin de instrucție și de riscul de recidivă”¹¹. Este vorba de luarea de măsuri de protecție cu titlu provizoriu și, dacă este cazul, de plasarea minorului în detenție preventivă. Măsurile de protecție dispuse de autoritatea competentă în faza de instrucție respectă principiile enunțate de art. 2 alin. (1) DP Min, cel de protecție și de educare, fără a mai fi nevoie să se aștepte judecarea cauzei pentru ca minorul aflat în primejdie să fie tratat potrivit situației sale. Necesitatea luării acestei măsuri se desprinde de obicei din concluziile anchetei asupra personalității minorului și se concretizează în pericolul la care este expus minorul în mediul familial sau social.

Având în vedere caracterul excepțional al măsurii preventive privative de libertate, mai ales atunci când privește un minor, este absolut necesar ca durata acestei măsuri să fie limitată atât ca timp, cât și la cazurile în care este indispensabilă luarea sa. În plus, art. 6 DP Min impune că după privarea de libertate a minorului, „asumarea unei responsabilități apropiate va trebui să fie asigurată”, ceea ce presupune „discuții cu

⁹ Codul elvețian de procedură penală a intrat în vigoare la 1 ianuarie 2011.

¹⁰ Baptiste Viredaz, *op. cit.*, 2006, p. 393.

¹¹ *Idem*, p. 395.

educatori, cu psihologi, pentru a preveni orice izolare care ar fi dăunătoare pentru acești minori”¹².

În dreptul intern pot fi dispuse față de minori anumite măsuri de protecție cu titlu provizoriu, care sunt menite să îl apere pe minor de riscul la care este expus în mediul său de viață, măsuri care sunt luate tot în faza incipientă a instrucției, de către serviciile specializate în protecția minorilor. În privința privării de libertate cu caracter preventiv, competența aparține în dreptul intern doar instanței de judecată. Dar privarea de libertate preventivă va fi luată doar cu titlu excepțional și va putea interveni numai dacă o altă măsură educativă neprivativă de libertate nu va putea să îndeplinească același rol pentru desfășurarea în bune condiții a instrucției penale.

b. Referatul de evaluare a situației personale a minorului

Un aspect care se regăsește în ambele legislații, determinat de condiția specială a minorului, privește întocmirea unui referat de evaluare a situației personale a minorului. Dar competența este și de această dată distinctă. În dreptul elvețian autoritatea competentă în faza de instrucție este cea care, dacă consideră necesar pentru faza ulterioară a judecării, dispune efectuarea unei anchete asupra situației personale a minorului, cu precădere asupra mediului său familial, educativ, școlar și profesional. De asemenea, este tot de competența acestei autorități să dispună efectuarea unei expertize medicale sau psihologice a minorului, în cazul în care există dubii în privința sănătății fizice sau psihice a minorului ori dacă o măsură de plasament este oportună. Această anchetă era prevăzută și de dreptul penal anterior, dar cu deosebirea că dispunerea sa era circumstanțiată anumitor situații. Noul drept o prevede ori de câte ori o infracțiune a fost comisă de un minor, pentru a sprijini autoritățile să ia o decizie atât cu privire la nevoile educative, cât și terapeutice ale minorului. „Trebuie deci ca pedeapsa sau măsura să se bazeze pe rezultatele anchetei și nu invers, caz în care această evaluare socială ar fi desuetă”¹³.

Noul CP stabilește în mod detaliat cadrul în care se va dispune efectuarea referatului de evaluare a situației minorului, iar aceste dispoziții dau seama de importanța acordată fundamentelor și scopurilor fixate de dreptul penal al minorilor. În faza de instrucție, organele competente să solicite efectuarea referatului de evaluare, atunci când consideră necesar, sunt cele de urmărire penală. Întocmirea efectivă este dată de lege în sarcina serviciului de probațiune de pe lângă tribunalul în a cărei circumscripție teritorială își are locuința minorul. În cazul în care instanța dispune luarea acestei măsuri, același serviciu de probațiune este competent să întocmească respectivul referat, cu precizarea că există pentru instanțe anumite situații în care legea le obligă să dispună în acest sens. Art. 116 alin. (1) stabilește elementele pe care acest serviciu trebuie să le aibă în vedere la evaluare, făcând trimitere la art. 74 CP care reglementează criteriile generale de individualizare a pedepsei. Astfel, serviciul de probațiune va ține cont, pe lângă trăsăturile faptei comise și urmările produse de aceasta, de acele

¹² Frédérique Bütikofer Repond, Nicolas Queloz, *op. cit.*, 2004, p. 390.

¹³ J. Hurtado Pozo, *op. cit.*, p. 548, nr. 1742.

elemente care țin exclusiv de persoana autorului, respectiv antecedentele sale penale, conduita după săvârșirea faptei și în timpul procesului penal, cu o atenție deosebită asupra nivelului de educație, vârstei, stării de sănătate, situației familiale și sociale.

Realizarea unei stări de fapt cât mai fidele a condițiilor de viață și de dezvoltare a minorului este cu atât mai importantă cu cât se așteaptă de la serviciul de probațiune să facă judecătorului, în raportul de evaluare, și propuneri motivate referitoare la cele mai potrivite măsuri ce ar trebui să fie dispuse pentru îndreptarea, protecția și educarea minorului. În acest sens, art. 116 alin. (1) prevede că propunerile motivate trebuie să privească natura și durata programelor de reintegrare socială pe care minorul ar trebui să le urmeze și alte obligații pe care instanța le poate impune minorului. Măsurile pe care instanța le va stabili își vor găsi temeiul în referatul motivat de evaluare, de unde reiese nevoia ca acest act să fie cât mai fundamentat, detaliat și efectuat de persoane care să aibă experiența și pregătirea necesare pentru a analiza corect aspectele care determină situația minorului. Din aceleași considerente este indispensabilă o reală colaborare între instanțe și serviciile de probațiune, pentru a asigura minorului o asistență apropiată.

Noile dispoziții penale care stabilesc o situație particulară în care efectuarea referatului de evaluare este obligatorie se datorează conștientizării aspectului dinamic al situației personale a minorului. S-a considerat absolut indispensabil ca un referat de evaluare privind respectarea condițiilor de executare a măsurilor educative sau a obligațiilor impuse să se întocmească în toate cazurile în care instanța dispune asupra măsurilor educative sau asupra modificării ori încetării executării obligațiilor impuse, precum și la terminarea executării măsurii educative. Desfășurarea în timp a justiției penale a minorilor, care urmărește să țină sub observație evoluția minorilor care au făcut obiectul măsurilor penale, răspunde scopurilor pe care această justiție și le-a propus. Educarea, protecția, reintegrarea socială nu pot fi obținute dacă după aplicarea unei sancțiuni, organele statului nu mai arată interes față de acești minori. Modul în care evoluează aceste persoane dă seama de eficiența unei măsuri, de adecvarea sa la situația pe care trebuia să o gestioneze, de capacitatea efectivă a minorului de a se conforma regulilor sociale, de a le asimila în scopul de a nu le mai înfrânge în viitor.

Faptul că legea impune redactarea unui referat privitor de data aceasta la modul concret de executare și de respectare a obligațiilor și a măsurilor dispuse, atunci când instanța decide că este nevoie de modificarea regimului acestor măsuri, este o dovadă suficientă a interesului deosebit pe care statul îl are față de evoluția minorului confruntat cu legea penală. Un aspect important este cel referitor la obligativitatea întocmirii unui astfel de referat la terminarea executării măsurii educative și se datorează, de asemenea, dorinței instituțiilor statului de monitorizare a situației minorului, a impactului măsurilor educative asupra comportamentului și psihicului acestuia, fără a neglija interesul pentru verificarea randamentului măsurilor speciale propuse de justiția penală a minorilor.

Dincolo de aspectele ce țin de eficiența sistemului, prin succesul pe care îl pot avea măsurile educative și celelalte obligații impuse minorilor, referatul de evaluare reprezintă o procedură prevăzută esențialmente pentru garantarea și protecția drepturilor minorului. Scopul său este de a determina cât mai clar contururile

personalității minorului, de a stabili trăsăturile mediului în care trăiește și care îi afectează dezvoltarea, toate acestea pentru ca măsura aplicată în cazul săvârșirii de către minor a unei infracțiuni să fie potrivită pentru educarea acestuia și pentru evitarea situațiilor de recidivă.

În același timp, referatul de evaluare este o măsură care reușește să ofere o protecție adecvată celui față de care se întocmește, în fața puterii de constrângere penală a statului. Minorul care a săvârșit o infracțiune nu este automat expus sancțiunii, deoarece etapa preliminară presupune analiza tuturor condițiilor care ar fi putut să conducă la un astfel de comportament și găsirea unei soluții care presupune în primul rând salvarea minorului de calea delincvenței. În acest sens, sancțiunea nu este obiectivul principal al justiției minorilor, acesta fiind reprezentat de încercarea de a determina cele mai potrivite măsuri educative. De aceea, referatul de evaluare poate fi considerat ca un ghid pentru instanță și pentru serviciile de probațiune atunci când trebuie să ia o decizie care va influența în mod decisiv viitorul unei persoane.

B. Medierea penală pentru minori

a) Specificitatea medierii pentru minori în dreptul elvețian

Unul dintre obiectivele principale ale justiției penale a minorilor în dreptul elvețian este evitarea pe cât posibil a aplicării unei pedepse privative de libertate. De aici și caracterul subsidiar al pedepselor față de măsurile de protecție. În plus, se încearcă găsirea unor soluții alternative aplicării oricăror măsuri care să aibă caracter penal, chiar dacă acestea sunt luate în scop de educare și protecție. Legiuitorul penal elvețian a urmat direcția indicată de Consiliul Europei în Recomandarea nr. R(99) 19 asupra medierii în materie penală și a adoptat dispoziții în noul drept aplicabil minorilor cuprinse în art. 8 și 21 alin. (3) DP Min. Astfel, „legiuitorul elvețian a reluat ideea justiției reparatorii și de confruntare cu victima prin introducerea medierii”¹⁴.

Procedura medierii presupune în esență confruntarea delincventului minor, a victimei și a unui terț mediator pentru a obține un acord între părțile implicate, materializat în repararea simbolică, totală sau parțială a prejudiciului. Finalitatea acestui acord extrajudiciar este de a pune capăt procedurii penale, fie în faza instrucției, fie în faza de judecată, ceea ce implică în prealabil suspendarea acestei proceduri pentru ca medierea să aibă loc. „Pentru a ajunge aici, medierea presupune deci consimțământul prealabil al protagoniștilor, care sunt liberi să aleagă sau să accepte un terț neutru”¹⁵. Deoarece presupune exprimarea voinței părților, putem observa o reconsiderare a poziției victimei în cadrul justiției penale a minorilor. Acest aspect a fost reliefat și în practică, în cantoanele unde a fost deja probată medierea. „Această posibilitate, deja practică în anumite cantoane ca Zurich, Bâle-Ville, Vaud, Geneva sau de curând Fribourg, acordă o nouă poziție victimei, deseori dată la o parte, în procedura penală îndreptată împotriva unui minor”¹⁶.

¹⁴ *Idem*, p. 555, nr. 1769.

¹⁵ *Idem*, p. 548, nr. 1770.

¹⁶ F. Bütikofer Repond, N. Queloz, *op. cit.*, 2004, p. 391.

Medierea nu poate interveni decât în anumite cazuri restrictiv prevăzute de noua reglementare, deoarece presupune clasarea procedurii penale dacă se ajunge la un acord între minorul delincvent și victimă. Alături de condiția consimțământului tuturor celor implicați, legea stabilește, pentru ca medierea să poată fi declanșată, ca infracțiunea să fie de o gravitate redusă și să fie evident că nu ar atrage o pedeapsă fermă în caz de judecată. În plus, este absolut necesar ca faptele să fi fost în prealabil stabilite cu certitudine, iar situația să nu permită luarea unei măsuri de protecție ori o astfel de măsură să fi fost deja dispusă de autoritatea civilă. O ultimă condiție impune să nu fie vorba de una dintre situațiile prescrise de art. 21 DP Min, în care persoana să poată fi scutită de pedeapsă.

Medierea își poate găsi fundamentul și în măsurile de protecție prevăzute de noul drept, al căror obiectiv este educarea și responsabilizarea minorilor delincvenți, prin obligarea acestora la prestarea unei activități în folosul unei instituții sau al unei persoane care necesită ajutorul.

b) Regimul juridic al medierii în dreptul intern

În dreptul intern procedura medierii este reglementată de Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator¹⁷, care stabilește în art. 1 regimul juridic aplicabil acestei modalități de stingere ori de evitare a declanșării litigiilor în fața instanței¹⁸: „medierea reprezintă o modalitate de soluționare a conflictelor pe cale amiabilă, cu ajutorul unei terțe persoane specializate în calitate de mediator, în condiții de neutralitate, imparțialitate, confidențialitate și având liberul consimțământ al părților”. Cu privire la domeniul penal, legea limitează utilizarea medierii la anumite categorii de infracțiuni, în funcție de aspecte procesuale particulare. Art. 67 stabilește că medierea se aplică în mod corespunzător și în cauzele penale care privesc infracțiuni pentru care, potrivit legii, retragerea plângerii prealabile sau împăcarea părților înlătură răspunderea penală. În plus, este stabilit caracterul consimțit al acestei proceduri, nici persoana vătămată și nici făptuitorul neputând fi constrânși să o accepte. Legea se preocupă și de drepturile procesuale ale părților, stabilind că dreptul fiecărei părți la asistență judiciară trebuie garantat. În privința minorilor, art. 68 alin. (2) impune ca garanțiile prevăzute de lege pentru desfășurarea procesului penal să fie asigurate, în mod corespunzător, și în cadrul procedurii de mediere.

Nu putem trece cu vederea faptul că limitarea aplicabilității acestei proceduri doar la categoriile de infracțiuni amintite influențează asupra eficienței medierii. Dacă avem în vedere faptul că în CP se stabilește clar că retragerea plângerii prealabile și împăcarea părților nu trebuie să fie condiționate în niciun fel de executarea vreunei prestații din

¹⁷ M. Of. nr. 441 din 22 mai 2006, cu modificările aduse prin Legea nr. 370/2009 și O.G. nr. 13/2010.

¹⁸ În funcție de momentul în care se recurge la mediere, respectiv înaintea sau în timpul derulării unui proces pe rolul instanțelor, unii autori au clasificat medierea în *judiciară* și *extrajudiciară*. V.F.G. Păncescu, *Legea medierii – Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 22 și I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 626.

partea făptuitorului, atunci nu putem spera ca medierea să aibă vreun efect de responsabilizare a minorului care nu mai răspunde penal dacă medierea are succes.

§ III. Regimul sancționator – principiul dualist versus principiul monist

Legea federală privind situația penală a minorilor se distinge prin introducerea unui sistem dualist în privința măsurilor de protecție și al pedepselor. Dualismul se referă la posibilitatea acordată judecătorului de a aplica, în funcție de specificul și nevoile fiecărui caz, atât o măsură de protecție, dacă aceasta se arată benefică pentru evoluția ulterioară a minorului, cât și o pedeapsă, fie privativă, fie neprivativă de libertate. Acest sistem înlocuiește monismul care caracteriza dreptul penal anterior, iar motivațiile inovației sunt multiple.

„Justiția minorilor a fost pentru mult timp urmărită de elementul *a priori* potrivit căruia tânărul care putea să fie educat nu trebuia să fie pedepsit și, invers, cel care era pedepsit nu trebuia să fie protejat, cazul său fiind prea grav pentru ca (re-)educarea să poată scuti o veritabilă pedeapsă”¹⁹. În scurt timp s-a renunțat însă la această concepție restrictivă asupra scopului și rezultatelor dreptului penal al minorilor, fiind integrate obiectivele de prevenție specială și de prevenție generală. În plus, evoluția societăților moderne și-a lăsat amprenta și asupra delincvenței juvenile, astfel că posibilitatea statului de a da o singură și unică sancțiune nu mai corespundea noilor provocări. Posibilitățile judecătorului erau extrem de reduse, fapt ce se traduce prin imposibilitatea efectivă de a găsi cele mai potrivite măsuri pentru fiecare caz în parte. Judecătorul putea să aleagă fie între o măsură sau o pedeapsă, fie între o măsură educativă și/sau terapeutică și o pedeapsă preponderent retributivă. Deoarece privarea de libertate potrivit vechiului drept nu putea să depășească un an, „magistratul, dacă dorește asumarea unei responsabilități eficiente față de minor, trebuie ca uneori să pronunțe o măsură deviată de la scopul său inițial, dar care este singura, în cazul respectiv, care va putea să se întindă pe timpul necesar luării în grijă a tânărului delincent”²⁰.

Contrar principiului monist, Legea federală privind condiția penală a minorilor permite utilizarea complementară a măsurilor și a pedepselor²¹, cu consacrarea principiului deja adoptat și de dreptul penal al adulților, cel al subsidiarității pedepsei.

Dreptul penal în vigoare aplicabil minorilor în sistemul românesc consacră expres principiul monismului, precizând în art. 100 alin. (1) CP că „față de minorul care răspunde penal se poate lua o măsură educativă sau i se poate aplica o pedeapsă”. Am văzut deja care sunt consecințele acestui principiu pentru activitatea deliberativă a judecătorului. Modificările aduse de noile reglementări nu mai păstrează distincția dintre măsuri educative și pedepse, toate sancțiunile aplicabile minorilor căpătând statutul de măsuri educative. În cadrul acestora, CP distinge între cele privative și cele neprivative de libertate.

¹⁹ B. Viredaz, *op. cit.*, 2005, p. 175.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Pentru o analiză detaliată a diferitelor situații de concurs între pedepse și măsuri de protecție ce pot apărea în momentul aplicării, a se vedea B. Viredaz, *op. cit.*, 2005, pp. 177-185.

Din analiza noilor prevederi penale referitoare la minori putem observa o consacrare implicită a principiului dualismului facultativ. Aceasta este singura interpretare logic validă, în considerarea faptului că o modificare este presupusă a fi superioară normelor anterioare, altfel necesitatea procesului modificator nu s-ar justifica. Iar superioritatea noii reglementări constă în adaptarea justiției penale a minorilor la realitatea criminologică.

Este spre binele minorului, având în vedere complexitatea situației sale personale și sociale, ca judecătorul să poată dispune de o paletă mult mai amplă de măsuri din care să aleagă, în funcție de scopul pe care dorește să îl obțină în fiecare caz. În cadrul măsurilor educative pe care le prevede noul CP, cele neprivative de libertate reprezintă regula, în mod excepțional putând fi dispusă privarea de libertate. Judecătorul este obligat să aleagă între măsurile educative neprivative de libertate prevăzute de cod atunci când constată că un minor a săvârșit o infracțiune, iar condițiile referitoare la discernământ sunt îndeplinite; în această situație, dispunerea unei măsuri privative de libertate este lăsată la latitudinea sa. Art. 114 alin. (2) stabilește circumstanțele ce pot antrena aplicarea unei astfel de sancțiuni, dispunând că „față de minorul care, la data săvârșirii infracțiunii, avea vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani, *se poate* (s.n.) lua o măsură educativă privativă de libertate în următoarele cazuri: a) dacă a mai săvârșit o infracțiune, pentru care i s-a aplicat o măsură educativă ce a fost executată înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat; b) atunci când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 7 ani sau mai mare ori detențiunea pe viață”²². Dacă se constată existența vreuneia dintre aceste situații, judecătorul are posibilitatea să dispună privarea de libertate a minorului. Având în vedere atașamentul noilor reglementări față de obiectivele unei justiții penale a minorilor îndreptată spre educarea și protecția acestora, judecătorul va uza de această posibilitate doar dacă o altă măsură nu ar fi suficientă, iar situația concretă a minorului ar cere acest lucru. Facultatea de care dispune judecătorul presupune în același timp o libertate de a alege între măsurile care se potrivesc cel mai bine situației minorului, așa cum este aceasta se constată în referatul de evaluare.

§ IV. Măsurile de protecție și pedepsele

Sancțiunile ce pot fi aplicate minorilor în dreptul elvețian sunt împărțite în măsuri de protecție și pedepse, în funcție de natura lor, respectiv educativă și protectoare ori represivă, punitivă. În același mod stau lucrurile și în dreptul penal român în vigoare, realitate care urmează a fi modificată în sensul suprimării distincției între măsuri educative și pedepse, cu consecința păstrării unicei categorii a măsurilor educative, privative și neprivative de libertate.

În realitate, noul CP propune o asimilare artificială a sancțiunilor cu caracter punitiv și retributiv în categoria măsurilor educative care, potrivit denumirii, au ca scop educarea minorului în spiritul respectului pentru lege. Criteriul de departajare

²² Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

utilizat nu este valid, iar concluzia derivată nu este logică. Se utilizează drept criteriu privarea de libertate a minorului, când de fapt ar trebui să se facă distincție între sancțiuni în funcție de natura lor. Astfel, o măsură care presupune privarea de libertate, dacă nu are ca trăsătură intrinsecă acordarea unei protecții și a unui ajutor de specialitate minorului care suferă de anumite afecțiuni fizice sau psihice, are un pronunțat caracter punitiv. În plus, trebuie să menționăm faptul că gravitatea infracțiunii comise este unul dintre criteriile care poate atrage aplicarea unei sancțiuni privative de libertate. Cealaltă condiție impusă de lege pentru ca judecătorul să poată dispune o astfel de sancțiune privește eșecul unei măsuri educative aplicate anterior, care nu a atins obiectivul prevenției, minorul confruntându-se cu situația de recidivă.

Deși nu mai subzistă distincția în funcție de natura sancțiunii, criticile aduse noului CP ne determină să analizăm aceste măsuri în funcție de argumentele expuse anterior și urmând structura logică pe care o prevede legislația din Confederația elvetică. De aceea, analiza regimului acestor măsuri se va plia pe structura dihotomică impusă de existența măsurilor de educație și a pedepselor.

A. Pronunțarea măsurilor de protecție

Principiile care ghidează pronunțarea unei măsuri de protecție sunt subordonate obiectivelor dreptului penal al minorilor și privesc, pe de-o parte, condițiile referitoare la fapta comisă și la persoana făptuitorului, iar pe de altă parte, activitatea instanței care decide asupra acestor măsuri.

Unul dintre elementele esențiale care trebuie analizate pentru pronunțarea unei măsuri de protecție este atitudinea minorului față de infracțiunea comisă. Concluziile experienței acumulate în privința delincvenței juvenile sunt exprimate în mod concis de către Consiliul federal care a afirmat „că o măsură de protecție s-ar putea dovedi de asemenea necesară în situația în care minorul nu poate fi considerat pe deplin responsabil de actul său”²³. Pronunțarea unei măsuri de protecție este condiționată doar de realizarea unui act tipic și ilicit, deci în absența oricărui fapt justificativ, iar art. 10 alin. (1) DP Min. întărește această concluzie, dispunând că nu este necesar ca minorul să fi acționat cu vinovăție.

În privința situației personale a minorului, legea prevede ca din ancheta referitoare la minor să reiasă „necesitatea unei luări în grijă educative sau terapeutice particulare”, prevedere apreciată de doctrină²⁴ ca un progres, deoarece s-a renunțat la termenii de «dificil», «abandonat» și «în pericol serios» din vechea reglementare, considerați ca fiind prea vagi, discriminatorii și cu potențial de stigmatizare.

Atunci când decide să pronunțe o măsură de protecție, instanța trebuie să țină cont de principiul proporționalității și adecvării acesteia la situația specială a minorului, pentru ca măsura să atingă atât obiectivul educării, cât și pe cel al eficienței, ca o concretizare a caracterului său adecvat.

Condițiile impuse de noul drept penal al minorilor în sistemul românesc, pentru pronunțarea unei sancțiuni ce are scop educativ și protector, privesc discernământul

²³ Mesaj 1999, FF 1999 II 2034.

²⁴ Frédérique Bütikofer Repond, Nicolas Queloz, *op. cit.*, 2004, p. 393.

și limita de vârstă. Astfel, art. 113 din noul CP condiționează angajarea răspunderii penale de existența discernământului.

B. Pronunțarea pedepselor

Această operațiune este subordonată principiilor care guvernează noul drept al minorilor. În primul rând, este vorba de principiul subsidiarității pedepsei față de o măsură de protecție. În al doilea rând, de principiul dualismului în aplicarea sancțiunilor. Subsidiaritatea nu este doar un obiectiv frumos exprimat, căci Legea federală care îl promovează este impregnată de dispoziții în slujba concretizării acestui principiu. Astfel, judecătorul nu doar că are obligația de a dispune o pedeapsă numai atunci când o măsură de protecție nu poate atinge aceeași finalitate, ci trebuie să respecte și prevederile art. 21 DP Min. care reglementează motivele de scutire de pedeapsă. Pe lângă aceste dispoziții imperative, pronunțarea unei pedepse depinde de caracterul vinovat al faptei comise.

Ca urmare a instaurării noului sistem dualist facultativ, „autoritatea de judecată va putea de acum nu numai să trateze cauzele delincvenței protejând și îngrijind minorul, ci, de asemenea, să îl pedepsească dacă a acționat greșit”²⁵. Chiar dacă se constată săvârșirea cu vinovăție a faptei, judecătorul nu este ținut să pronunțe o pedeapsă, dacă este prezent unul dintre motivele care pot duce la scutirea de pedeapsă. „Într-adevăr, catalogul diverselor pedepse puse la dispoziția judecătorului începe cu motivele de scutire obligatorie de pedeapsă, fiind vorba cu precădere de existența unei pedepse naturale [art. 21 alin. (1) lit. d) DP Min] sau parentale suficiente [art. 21 alin. (1) lit. e) DP Min], de repararea pagubei de către minorul însuși [art. 21 alin. (1) lit. c) DP Min], sau de trecerea unei anumite perioade de timp de la comiterea infracțiunii [art. 21 alin. (1) lit. f) DP Min]”²⁶. Există, de asemenea, o altă posibilitate la îndemâna autorității de judecată pentru evitarea pronunțării unei pedepse, care presupune suspendarea procedurii în scopul medierii.

Cu adevărat pronunțarea unui pedepse apare ca *ultima ratio* a dreptului penal al minorilor.

Legea federală asupra condiției penale a minorilor nu stabilește însă nicio regulă referitoare la fixarea pedepsei, ceea ce se traduce printr-o mare libertate de apreciere lăsată judecătorului atunci când stabilește în concret natura, durata și modul de executare a pedepsei și în același timp printr-o și mai mare responsabilitate din partea sa cu privire la efectele pedepsei asupra minorului. „Va ține de autoritatea de judecată să determine tipul de pedeapsă și proporția sa în considerarea orientării educative a dreptului penal al minorilor și a gravității infracțiunii, pentru ca minorul să nu o perceapă ca pe o injustiție ori, în acest caz, să nu o ia destul de în serios”²⁷.

În dreptul intern, pronunțarea sancțiunilor care au natură represivă, indiferent de faptul că noul drept penal le acordă titlul de măsuri educative, este ghidată de

²⁵ *Idem*, p. 394.

²⁶ B. Viredaz, *Le nouveau droit pénal des mineurs*, in A. Kuhn, L. Moreillon, B. Viredaz, A. Bichovsky (Eds.), *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 400.

²⁷ F. Bütikofer Repond, N. Queloz, *op. cit.*, 2004, p. 395.

anumite principii. Unul dintre acestea este cel al subsidiarității sancțiunii privative de libertate față de cea neprivativă de libertate. Această concluzie reiese indirect din instituirea obligației pentru judecător de a aplica o măsură educativă minorului care a săvârșit o infracțiune, atunci când condițiile răspunderii penale sunt îndeplinite. Faptul că legiuitorul a formulat dispoziția legală în termeni imperativi nu înseamnă că judecătorul este ținut să dispună o sancțiune penală. Semnificația acestei dispoziții este de a stabili care va fi sancțiunea pe care judecătorul trebuie să o pronunțe dacă decide că, în cazul concret, este nevoie de intervenția unei sancțiuni penale. În plus, judecătorul are libertatea să dispună o sancțiune, a cărei executare să o suspende sub anumite condiții.

De asemenea, pronunțarea unei măsuri educative privative de libertate este condiționată de existența unui alte infracțiuni pentru care minorul a și executat o măsură educativă neprivativă de libertate, precum și de gravitatea faptei comise, pentru care legea prevede închisoarea de 7 ani sau mai mare ori detențiunea pe viață. Astfel, dacă judecătorul constată că o măsură neprivativă de libertate nu și-a atins scopul preventiv, minorul recidivând, poate să aplice privarea de libertate, dacă consideră că o astfel de sancțiune este potrivită. Aceeași este situația și în cazul infracțiunilor de o anumită gravitate, pentru care judecătorul, analizând circumstanțele faptuitorului și ale faptei, consideră că privarea de libertate este singura soluție posibilă.

Deși reglementarea propusă de noul CP este de la un punct ambiguă, nu poate fi negat faptul că judecătorul are la îndemână mai multe tipuri de măsuri, iar aplicarea unei anumite sancțiuni nu îl împiedică să dispună aplicarea și a unei pedepse, dacă situația o cere. Astfel, pot fi cumulate măsuri privative și măsuri neprivative de libertate, dacă pe lângă pedepsire se dorește și apărarea sau educarea minorului.

§ V. Regimul măsurilor de protecție și al măsurilor educative neprivative de libertate

A. Regimul măsurilor de protecție

Legea federală referitoare la condiția penală a minorului a reglementat spectrul măsurilor de protecție, împrumutându-le din dreptul civil. Severitatea lor este dată de gradul în care afectează libertatea minorului sau a autorității părinților. Principiul care guvernează aceste măsuri este cel al subsidiarității dreptului penal față de celelalte ramuri de drept, astfel că se încearcă pe cât posibil o intervenție a autorităților statului care să fie subordonată acțiunii educative a părinților.

a) Măsura supravegherii

Aceasta este situația în cazul măsurii supravegherii, care presupune desemnarea de către autoritatea de judecată a unei persoane sau oficiu calificat cu drept de observare și informare. Deși au competența de a impune și părinților respectarea anumitor instrucțiuni pentru a se asigura minorului grija necesară, formarea și regulile de conduită, autoritățile care exercită supravegherea nu au posibilitatea de a restrânge autoritatea părinților. Cu toate acestea, nerespectarea obligațiilor impuse cu ocazia pronunțării măsurii de supraveghere, precum și a indicațiilor acordate părinților poate

conduce la intervenția autorității de judecată sau a celei de executare care „va fi determinată să schimbe măsura de protecție luată în privința minorului (art. 18 DP Min), iar în cazurile grave va trebui chiar să ceară deschiderea unei proceduri penale cu privire la părinți pentru violarea articolului 219 CPS”²⁸.

b) Asistența personală

Asistența personală este o măsură care vine să particularizeze ajutorul acordat minorului și părinților acestuia, asistența fiind de această dată personalizată nevoilor minorului și conferind un sprijin individual. Potrivit art. 13 DP Min, persoana însărcinată cu furnizarea asistenței personale va putea acorda sfaturi părinților în demersul lor educativ, ceea ce presupune obligația pentru părinți de a colabora. Această obligație se traduce în restrângerea autorității lor parentale. Pentru îndeplinirea scopului acestei măsuri, persoana desemnată va putea să se ocupe, dacă este cazul, de anumite aspecte ce țin de educația, de formarea și de tratamentul minorului, având totodată competența de a gestiona venitul sau o parte a acestuia obținut de minor dintr-o activitate profesională.

c) Tratamentul ambulatoriu

DP Min a avut în vedere și situația specială a minorilor cu nevoi de tratament, în cazul existenței unor tulburări psihice, a unor probleme de dezvoltare a personalității, a dependenței de alcool, stupefiante sau alte medicamente, reglementând tratamentul ambulatoriu. Având ca scop interesul superior al minorului, legea a dispus că tratamentul se va realiza, în caz de nevoie, indiferent de acordul părinților sau al persoanei vizate de această măsură.

d) Plasamentul minorului

Principiile subsidiarității și proporționalității sancțiunii de drept penal sunt incidente și în cazul măsurii plasamentului minorului, deoarece este o măsură de excepție care intervine doar în cazurile în care situația personală, familială și socială a minorului cere îndepărtarea acestuia de mediul în care trăiește. Astfel, în funcție de nevoile minorului, plasarea sa se poate face stabilind o nouă rezidență alături de persoane particulare, care să aibă caracter de durată, sau într-o instituție de educare sau tratament. Un caz particular este cel prevăzut de art. 16 alin. (3) care privește pe minorul de 17 ani împliniți, putându-se dispune față de acesta plasarea într-o instituție destinată tinerilor adulți. Plasarea într-o instituție presupune restrângerea severă a libertății minorului. De aceea, măsura este dispusă de instanță când această concluzie se bazează pe o expertiză medicală sau psihologică, cerută expres de art. 15 alin. (3) DP Min.

Motivele care pot determina luarea acestei decizii sunt prevăzute de alin. (2) al art. 15 și privesc situația în care minorul constituie un pericol pentru el însuși, existând riscul de sinucidere, dacă un tratament este indispensabil, ori pentru a-l proteja pe

²⁸ *Idem*, p. 396.

minor de tentația de a comite alte infracțiuni. Se poate observa că această măsură este esențialmente protectoare, scopul său fiind de tratare și ajutorare a minorului aflat în situații de risc.

Conștientizarea gradului în care tratamentul ambulatoriu și plasamentul minorului îi afectează libertatea individuală a determinat acordarea competenței de a stabili persoanele abilitate și instituțiile specializate autorității de executare. Chiar dacă instanța de judecată decide efectiv care va fi măsura de protecție aplicată, „sarcina autorității de executare va fi de alegere a instituției în funcție de nevoile personale ale minorului delincvent și de un eventual raport de expertiză”²⁹.

B. Regimul măsurilor educative neprivative de libertate

Dispozițiilor noului CP referitoare la măsurile de protecție dovedesc atașamentul inițiatorilor acestor noi reglementări față de obiectivele educative și protectoare pe care trebuie să le aibă dreptul penal al minorilor. Se propune o clasificare a acestora în funcție de gradul în care autoritățile statului intervin în sfera libertății minorului, iar în privința incidenței lor putem afirma că nerespectarea regimului de executare a unei măsuri duce la agravarea situației minorului prin schimbarea măsurii inițial dispuse cu cea care îi urmează în catalogul sancțiunilor neprivative de libertate și care este mai severă.

Trăsătura care caracterizează aceste măsuri este în principal educarea. De asemenea, finalitatea lor este și de protecție, mai ales față de factorii care au influențat atitudinea infracțională a minorului. În acest sens, observăm că dreptul penal al minorilor se preocupă de protejarea minorului față de mediul familial sau de el însuși, în situația în care aceste realități ar fi dăunătoare și periculoase pentru minor.

a) Stagiul de formare civică

Este urmărit mai ales obiectivul îndreptării minorului prin obligarea sa de a participa la programe menite să îl facă să conștientizeze urmările faptelor sale și să-l responsabilizeze în viitor, pentru a evita situațiile de recidivă. Din dorința de a nu afecta programul obișnuit de formare școlară sau profesională al minorului, art. 117 alin. (2) prevede ca stagiul de formare civică să fie organizat în așa fel încât să nu împietzeze asupra respectivului program, măsura fiind limitată la durata de patru luni.

b) Supravegherea minorului

Prevăzută ca o modalitate de verificare a comportamentului minorului, supravegherea este o măsură care poate fi dispusă pe o perioadă între două și șase luni și presupune o atenție deosebită față de programul zilnic al minorului. Coordonată de serviciul de probațiune, supravegherea are ca obiectiv ca minorul să își continue formarea școlară și profesională, precum și să nu intre în contact cu anumite persoane care i-ar putea periclita procesul educativ.

²⁹ *Idem*, p. 399.

c) Consemnarea la sfârșit de săptămână

Alături de controlul activităților zilnice ale minorului pentru a fi preîntâmpinate situațiile de recidivă, instanța poate să dispună și o anumită măsură educativă care restrânge în anumite limite libertatea minorului, aceea a consemnării acestuia în locuință la sfârșitul săptămânii, pe o durată cuprinsă între 4 și 12 săptămâni. Consemnarea nu trebuie să afecteze desfășurarea anumitor activități sau programe impuse de către instanță. Scopul consemnării în timpul liber este o altă modalitate de control al comportamentului minorului, de data aceasta în perioada când acesta nu este ocupat cu activități de formare. Tocmai datorită faptului că supravegherea pe care serviciul de probațiune o poate exercita în timpul liber este limitată, este indispensabil pentru succesul acestei măsuri ca ea să fie completată cu o alta care presupune controlarea programului și a activității minorului și pe parcursul săptămânii; altfel consemnarea la sfârșit de săptămână se dovedește insuficientă.

d) Asistarea zilnică

O măsură mult mai restrictivă cu privire la programul, la timpul liber și la comportamentul minorului este cea a asistării zilnice, care presupune stabilirea de către serviciul de probațiune a orarului și a condițiilor de desfășurare a activităților zilnice, precum și controlul respectării interdicțiilor impuse de instanță, pentru o perioadă cuprinsă între 3 și 6 luni. Restricțiile sunt dispuse pentru protecția minorului, pentru a-i imprima acestuia o disciplină față de activitățile pe care este obligat să le desfășoare, pentru a-l responsabiliza prin interdicțiile pe care trebuie să le respecte, abținându-se de la o conduită care i-ar putea fi dăunătoare.

e) Obligațiile ce pot fi impuse minorului

Deși legea nu prevede expres, nu poate fi exclusă o aplicare concomitentă și complementară a măsurilor educative neprivative de libertate, în măsura în care natura lor o permite. De altfel, aceasta este interpretarea corectă, în caz contrar aplicarea unei măsuri unice s-ar dovedi inefficientă. Concluzia este susținută și de art. 121 din noul CP, care prevede obligațiile pe care instanța le poate impune minorului atunci când pronunță o măsură educativă neprivativă de libertate. Aceste obligații sunt menite să răspundă nevoilor specifice ale fiecărui minor, relevate de referatul de evaluare. Minorul este ținut să îndeplinească sau să se abțină de la anumite activități, în scop protector și de educare. Astfel, în funcție de aspectele particulare ale fiecărui caz, minorul poate fi obligat să își continue formarea școlară sau profesională ori să urmeze anumite programe de consiliere care să înlesnească procesul de reintegrare socială. Pentru protecția altor persoane, instanța poate să impună minorului obligația de a nu depăși anumite limite teritoriale ori de a nu frecventa anumite locuri, manifestări sportive sau culturale, precum și obligația de a nu contacta victima sau membrii familiei sale, participanții la comiterea infracțiunii sau alte persoane. Interdicția are ca scop atât apărarea altor persoane, cât și ținerea la distanță a minorului față de medii care pot reprezenta o influență negativă pentru acesta.

O altă obligație pe care instanța o poate impune minorului este extrem de importantă pentru procesul de îndreptare a acestuia, dar pe care noul CP o tratează ca pe oricare

alta. Este vorba de măsurile de control, tratament și îngrijire medicală cărora minorul trebuie să li se supună, atunci când situația sa o cere. Această măsură îi privește pe cei care suferă de o afecțiune fizică sau psihică, de dependență de alcool, stupefiante sau alte substanțe. Nu este vorba aici doar de situația în care un minor delincvent are nevoie de îngrijiri medicale și le și solicită serviciului de probațiune care coordonează acordarea acestor îngrijiri, ci mai degrabă de cazurile de dependență în care minorul ori familia acestuia nu caută ajutor și nici nu este de acord cu tratamentul.

Noul CP nu ignoră cu desăvârșire aceste situații, prevăzând posibilitatea internării minorilor în centre specializate în recuperare, așa cum se exprimă art. 124. Dar această măsură este în esență privativă de libertate, iar situația concretă a minorului cu probleme de sănătate poate să necesite doar tratamentul și sprijinul unor persoane specializate, nu și privarea de libertate. Bineînțeles că tratamentul acestor minori poate să presupună pentru o scurtă perioadă de timp și o restrângere a libertății individuale, dar aceasta nu este de esența măsurii terapeutice, ci doar o consecință secundară. Or, internarea într-o instituție specializată în recuperarea minorilor, ca măsură educativă privativă de libertate, presupune o durată minimă de un an.

Nu putem trece cu vederea faptul că legiuitorul penal a prevăzut măsurile de siguranță, al căror scop este, potrivit art. 107 alin. (1) noul CP, înlăturarea unei stări de pericol și preîntâmpinarea săvârșirii de fapte penale. Pentru minorii cu probleme de sănătate poate fi dispusă fie măsura de siguranță a obligării la tratament medical, fie cea a internării medicale, însă nu este vorba de o reglementare specifică minorilor, ca în cazul Legii federale referitoare la condiția penală a minorilor care prevede ca măsură de protecție a minorilor tratamentul ambulatoriu. Această nouă situație normativă este dificil de explicat având în vedere faptul că în CP în vigoare este prevăzută la art. 105 măsura educativă a internării într-un institut medical-educativ. De fapt, problema este greșit gestionată în dreptul intern, căci se dorește limitarea numărului infracțiunilor săvârșite de minori, fără a se încerca cu adevărat determinarea cauzei problemei delincvenței juvenile. Situația specială a minorilor face ca măsurile luate de dreptul penal față de aceștia să fie eficiente doar în cazul în care transgresarea normelor penale este considerată ca un efect subsidiar existenței altor probleme pe care le întâmpină minorul și care trebuie să constituie prima preocupare a organelor statului.

Se pare că legiuitorul penal a dorit ca noile centre de educație, respectiv de detenție să îndeplinească și rolul de instituții care să ofere îngrijirea și tratamentul necesare minorilor care se confruntă cu dependențe. Este important astfel de văzut cum se vor aplica efectiv aceste dispoziții, pentru că trebuie împăcat dreptul minorului la asistență de specialitate cu dreptul său la libertate individuală, în condițiile în care durata măsurilor educative privative de libertate este destul de ridicată pentru a se acomoda cu durata unui tratament.

§ VI. Regimul pedepselor și al măsurilor educative privative de libertate

A. Regimul pedepselor aplicabile minorilor în dreptul elvețian

Legea federală privind condiția penală a minorilor prevede patru pedepse, dintre care judecătorul poate alege doar în cazul în care un minor a săvârșit cu vinovăție o

infracțiune: mustrarea, prestația personală, amenda, pedeapsa privativă de libertate. „Demersul legiuitorului este reprezentativ și în acest caz pentru filosofia care susține dreptul penal al minorilor în Elveția”³⁰.

Chestiunea scutirii de pedeapsă a făcut deja obiectul analizei, în calitatea sa de instituție a dreptului penal care contribuie la efectivizarea principiului subsidiarității pedepselor față de măsurile de protecție. Cu toate acestea, există situații în care nu poate fi evitată aplicarea unui pedepse, concluzie ce se desprinde în primul rând din ancheta de evaluare a situației personale a minorului, care poate fi confirmată sau nu de decizia judecătorului.

a) Mustrarea

Art. 22 DP Min reglementează ca primă pedeapsă, în funcție de severitate, mustrarea. Aceasta este definită ca „reprobațiunea formală a actului comis” și poate fi dispusă doar în situația în care judecătorul întrevede o evoluție favorabilă a minorului. Autoritatea de judecată poate să prevadă o perioadă de probă de la 6 luni la 2 ani cu impunerea unor reguli de conduită, iar în cazul nerespectării acestor reguli sau al intervenirii situației de recidivă, poate să pronunțe o altă pedeapsă.

b) Prestația personală a minorului

De obicei, pedepsele aplicabile minorilor se succed la aplicare în funcție de gradul lor de eficiență. Astfel, dacă se consideră că mustrarea nu poate produce rezultatul urmărit, se poate dispune pedeapsa ce constă într-o prestație personală a minorului care este, potrivit art. 23 DP Min, un mijloc neremunerat de reparare a prejudiciului produs prin infracțiune, față de o instituție socială sau de utilitate publică, ori față de orice persoană care are nevoie de ajutor, putând fi vorba și de victima infracțiunii, cu condiția ca minorul să consimtă la această activitate. Bineînțeles că activitatea la care se angajează minorul trebuie să fie adaptată vârstei și capacităților sale. Pe lângă prestația personală, alin. (2) al art. 23 prevede posibilitatea pentru instanță de a obliga minorul să urmeze anumite cursuri sau alte activități, cum ar fi cursuri relative la circulația rutieră, cursuri de educație cu privire la sănătate, cursuri de educație sexuală, unele dintre acestea fiind deja desfășurate de tribunalele pentru minori³¹. Perioada prestării acestei activități este redusă la 10 zile, iar în cazul minorilor care au împlinit 15 ani, la maximum 3 luni.

Și în cazul minorilor se încearcă evitarea situației intervenirii unei alte pedepse care să substituie prestația personală în cazul în care nu este executată sau este executată necorespunzător. Prima etapă constă în adresarea, de către autoritatea de executare, a unui avertisment care prevede un nou termen de executare, iar dacă nu este luat în considerare, aceeași autoritate se va preocupa, într-o etapă ulterioară, să aducă la îndeplinire pedeapsa. Minorii care nu au împlinit vârsta de 15 ani vor putea fi obligați

³⁰ B. Viredaz, *Le nouveau droit pénal des mineurs*, in A. Kuhn, L. Moreillon, B. Viredaz, A. Bichovsky (Eds.), *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 400.

³¹ F. Bütikofer Repond, N. Queloz, *op. cit.*, 2004, p. 404, nota nr. 48.

să execute prestația personală sub supravegherea autorității de executare sau a unei alte persoane desemnate în acest scop, pe când în cazul celeilalte categorii de vârstă, va interveni convertirea prestației personale în pedeapsa amenzii sau în cea privativă de libertate. Fidel principiului proporționalității pedepselor, legiuitorul elvețian a specificat că doar o pedeapsă care obligă la prestație personală mai mare de 10 zile poate fi înlocuită cu privarea de libertate, neputând depăși durata primei pedepse.

c) Amenda

Amenda este o pedeapsă destul de controversată în dreptul elvețian, fiind pusă la îndoială capacitatea sa de îndreptare a minorului în considerarea situației sale materiale. „Amenda nu își va îndeplini rolul de *«pedeapsă educativă»* și de prevenție specială decât dacă este plătită de către minorul delincvent însuși (iar nu de unul dintre părinții săi sau de o terță persoană)”³². Din aceste considerente, aplicarea amenzii este rezervată pentru minorii care au împlinit vârsta de 15 ani, fiind astfel în concordanță cu legislația muncii care prevede aceeași limită inferioară de vârstă pentru a întreprinde o activitate lucrativă.

În privința cumulului acestor pedepse, legea în art. 33 stabilește clar posibilitatea pentru instanță de a cumula pedeapsa amenzii cu executarea unei prestații personale sub forma participării la anumite cursuri sau activități, conform art. 23 alin. (2) DP Min, sau cu privarea de libertate, potrivit art. 25 DP Min. Cumularea acestor pedepse ridică anumite critici, prin raportare la modul în care minorul percepe intervenția penală a statului. Dacă prima situație este acceptată datorită naturii sancțiunilor, cea de-a doua este mai degrabă criticată sub aspectul injustiției pe care o poate crea în subconștientul minorului. „În primul caz, se întâmplă frecvent ca minorul să nu resimtă condamnarea la efectuarea unei prestații personale ca pe o sancțiune, doar amenda pronunțată în paralel îmbrăcând atunci acest caracter. În schimb, în cel de-al doilea caz, cumulul pare cu totul nepotrivit din punct de vedere educativ, în măsura în care minorul condamnat la sancțiunea privativă de libertate și la amendă va avea în mod clar sentimentul de a fi condamnat pe nedrept la două pedepse diferite pentru un singur fapt”³³.

Competența cu privire la fixarea unui termen de plată, la acordarea unor eventuale prelungiri, precum și la admiterea unor plăți fractionate aparține autorității de executare. În schimb, în situația înlocuirii amenzii cu pedeapsa privativă de libertate, datorită consecințelor restrictive pe care le presupune, competența aparține instanței de judecată, care se va ghida după maximul pedepsei amenzii, de 2 000 de franci, și după durata maximă a privării de libertate de 30 de zile, ținând de asemenea cont de circumstanțele personale ale minorului.

d) Pedeapsa privativă de libertate

Asemenea dreptului penal al adulților, pedeapsa privativă de libertate este cea la care se recurge în ultimă instanță atunci când este vorba de sancționarea minorilor.

³² *Idem*, p. 404.

³³ *Idem*, p. 404 și 405.

De aceea, este o pedeapsă rezervată minorilor care au împlinit 15 ani și presupune privarea de libertate pe o perioadă cuprinsă între o zi și un an, în cazul comiterii unor infracțiuni de gravitate medie. „Cu toate acestea, pentru a răspunde agravării delincvenței juvenile constatate în ultimii ani și așteptărilor opiniei publice, chiar și a unor practicieni, care cer un drept penal al minorilor un pic mai puțin paternalist și mai sever, legiuitorul a introdus în art. 25 alin. (2) DP Min o pedeapsă privativă de libertate zisă calificată”³⁴. Această dispoziție penală îl privește pe minorul care a împlinit vârsta de 16 ani și care a săvârșit o infracțiune gravă, determinată de lege fie prin pedeapsa de care sunt pasibili adulții, de cel puțin 3 ani de închisoare, fie prin denumirea acesteia, respectiv leziuni corporale, tâlhărie, sechestrare sau răpire agravate. În aceste cazuri, datorită atitudinii profund regretabile a minorului, legea prevede posibilitatea condamnării la privare de libertate de până la 4 ani.

În privința modului în care se va executa efectiv pedeapsa privativă de libertate, legiuitorul a stabilit în art. 26 DP Min că la solicitarea minorului, o pedeapsă care nu depășește 3 luni poate fi convertită în prestație personală de aceeași durată. În cazul privărilor de libertate care au o durată inferioară unei luni, art. 27 DP Min a prevăzut că executarea se poate face sub forma zilelor separate sau în regim de semidetenție, regim care poate fi aplicat și executării pedepselor care nu depășesc un an. Legiuitorul a avut în vedere și protejarea intereselor minorilor care execută o privare de libertate superioară unei luni, prin desemnarea unei persoane calificate și independente de instituția de detenție, care să însoțească minorul și să se ocupe de valorificarea intereselor sale.

B. Regimul măsurilor educative privative de libertate

Spre deosebire de dreptul penal actualmente în vigoare, care realizează o diferențiere a sancțiunilor în măsuri educative și pedepse, noul CP pare să constituie un progres, prin faptul că elimină categoria pedepselor. Intenția ar fi laudabilă, dacă între cadrul declarativ și cel normativ ar exista concordanță. Din păcate, noul drept este marcat de o eroare de raționament, din dorința de a acorda dreptului penal aplicabil minorilor alte valențe, respectiv cele de protecție, de educare, de prevenție și de reintegrare socială, prin formare individuală și profesională. Pentru a renunța la caracterul esențialmente punitiv, retributiv al sancțiunilor penale menite să sancționeze minorii, nu este suficientă schimbarea titulaturii acestora. Este ceea ce noul CP a făcut, eliminând pedepsele și introducând categoria măsurilor educative privative de libertate. Este interesant de văzut și de analizat perspectiva avută în vedere de cei care au redactat acest text de lege, deoarece soluția propusă este cel puțin curajoasă și revoluționară, deoarece presupune eliminarea elementului punitiv al justiției penale a minorilor. Dreptul penal elvețian nu a considerat oportun să renunțe la pedepse, acestea reprezentând singurele sancțiuni apropiate pentru anumite comportamente infracționale, chiar dacă este vorba de sancționarea minorilor.

³⁴ *Idem*, pp. 405 și 406.

De fapt, nici în dreptul intern nu s-a renunțat cu adevărat la latura punitivă a sancțiunilor aplicabile minorilor, chiar dacă formal se vorbește doar de măsuri educative, privative sau neprivative de libertate. În încercarea de a fi mai protector și mai uman decât o permite realitatea criminologică, noul CP nu a reușit decât să introducă o clasificare care nu este validă, deoarece se bazează pe criterii greșite, cel al gravității infracțiunii comise și cel al consecinței privative sau neprivative de libertate, când de fapt logica ne îndeamnă să punem ca fundament al oricărei clasificări a sancțiunilor penale pentru minori natura sancțiunii.

a) Natura măsurilor privative de libertate

Analizând natura măsurilor educative privative de libertate reglementate de art. 124 și 125 din noul CP, observăm că acestea reprezintă adevărate pedepse, prin regimul de executare și durata privării de libertate. Este adevărat că legea nu vorbește de încarcerare, ci de internarea într-o instituție specializată în recuperarea minorilor, care să asigure urmarea unor programe de formare școlară și profesională, precum și de reintegrare socială, dar aceste trăsături, diferite de cele ce privesc regimul aplicabil adulților, sunt de fapt determinate de condiția specială a minorilor, și nu de faptul că privarea de libertate ar avea doar caracter educativ, cu excluderea totală a celui represiv și punitiv.

Cu privire la renunțarea la pedepse pentru sancționarea minorilor, inițiatorii acestor modificări și-au exprimat punctele de vedere în Expunerea de motive, susținând în esență că internarea minorilor în instituții specializate poate să ofere, spre deosebire de mediul penitenciar, premisele unor rezultate mai bune în educarea minorilor. „Într-adevăr, existența unor instituții specializate permite organizarea unor programe educative și de formare profesională adecvate vârstei acestor infractori, permite încadrarea centrului cu personal având o formație specială pentru a lucra cu minori, evită contactul minorilor cu infractorii majori în timpul executării”³⁵.

Toate aceste argumente sunt juste, o astfel de abordare a problemei delincvenței juvenile este mult mai potrivită situației minorilor. Dar cum poate fi justificat în acest context caracterul exclusiv educativ al măsurii, în situația în care limita inferioară a duratei privării de libertate este de un an? Dacă analizăm modul în care sunt descrise de către inițiatorii lor, aceste măsuri par a fi consimțite de către minori, căci doar sunt dispuse spre binele lor. Se propune astfel colaborarea cu persoane specializate în interacțiunea cu minorii, pentru ca aceștia să dobândească o pregătire școlară și o formare profesională, în vederea reintegrării sociale. Mă întreb însă cum se împacă aceste obiective frumos îmbrăcate în cuvinte alese cu privarea de libertate pe o perioadă cuprinsă între unu și trei ani în cazul internării într-un centru educativ, și între 2 și 5 ani, respectiv 5 și 15 ani, în cazul internării într-un centru de detenție? În plus nu putem ignora faptul că internarea nu va fi niciodată consimțită și că în cazul măsurii prevăzute de art. 125 CP, regimul de detenție presupune pază și supraveghere. Un alt argument care încearcă să susțină eliminarea caracterului punitiv din obiectivele

³⁵ Expunere de motive proiectul Legii privind Codul penal, www.just.ro.

justiției penale a minorilor privește izolarea infractorilor minori de cei majori, prin internarea celor dintâi în instituții specializate.

Dar lucrurile sunt de această manieră și în momentul de față, deoarece pe parcursul privării de libertate, este adevărat în instituții ce poartă denumirea de penitenciare sau centre de reeducare, minorii sunt încurajați să înceapă sau să își continue pregătirea școlară, cu ajutorul unui personal specializat în activitatea cu minorii, aceste persoane având calitatea de profesori. De asemenea, cei care doresc pot să se specializeze profesional prin învățarea unui meserii, iar întreaga activitate pe care o desfășoară minorii are ca finalitate o cât mai eficientă reintegrare socială. În plus, minorii au posibilitatea de a beneficia de ajutorul unor persoane specializate, consilieri sau psihologi, iar regimul de detenție este adaptat nevoilor fiecăruia, putând varia de la deschis la ferm, în funcție și de comportamentul fiecăruia.

În privința contactului cu infractorii majori, care poate avea o influență negativă pentru minori, noile instituții specializate în recuperarea minorilor nu aduc nimic nou, deoarece și în penitenciare minorii își execută sancțiunea în secții separate ale aceleiași penitenciar sau în penitenciare care le sunt destinate doar acestora³⁶, conform legii care reglementează executarea pedepselor. În plus, potrivit normelor în vigoare, art. 104 CP, care stabilesc ca măsură educativă internarea minorilor într-un centru de reeducare³⁷, privarea de libertate se face în cadrul acestor centre care au ca obiectiv principal educarea minorului, pe calea asigurării posibilității de a dobândi învățătura necesară și o pregătire profesională potrivit cu aptitudinile sale³⁸.

b) Probleme privind durata privării de libertate

Renunțarea la categoria pedepselor pentru minori nu poate fi susținută nici din punctul de vedere al duratei privării de libertate. Între cele două măsuri privative de libertate, internarea într-un centru educativ și internarea într-un centru de detenție, nu există diferențe cu privire la regimul de executare, ambele măsuri fiind luate cu scopul atingerii aceluiași obiective. Doar prevederea expresă cu privire la existența pazei și a supravegherii în cazul centrului de detenție reprezintă o diferență. Cu toate acestea, nu poate fi susținut faptul că în cazul măsurii prevăzute de art. 124 privarea de libertate se va realiza fără pază, astfel că minorii vor executa sancțiunea cuprinsă între 1 și 3 ani de bună-voie, având oricând posibilitatea să părăsească centrul de educare. Singura diferență reală între cele două măsuri o constituie durata privării de libertate. Astfel, minorul condamnat la internarea între 1 și 3 ani va executa sentința în cadrul unui centru de educare, pe când cel care va suporta o sancțiune cuprinsă între 2 și 5 ani, respectiv între 5 și 15 ani va trebui să o execute într-un centru de detenție.

Compararea duratei privării de libertate prevăzute în cazul celor două măsuri cu cea stabilită de CP în vigoare în privința pedepselor aplicabile minorilor susține punctul

³⁶ În România există două penitenciare specializate pentru minori, Penitenciarul de Minori și Tineri Craiova și Penitenciarul de Minori și Tineri Tichilești.

³⁷ La nivelul țării există trei centre de reeducare pentru minori aflate la Buziaș, Găești și Târgu Ocna.

³⁸ Potrivit art. 104 din CP în vigoare.

de vedere deja exprimat cu privire la eliminarea artificială a pedepselor din catalogul sancțiunilor penale pentru minori. Potrivit art. 109 CP în vigoare, limitele pedepselor pentru minori se reduc la jumătate față de cele prevăzute pentru majori, cu interdicția ca minimul să depășească 5 ani. În situația reducerii limitelor pedepselor pentru majoritatea infracțiunilor prin politica penală adoptată de noul CP, devine plauzibilă prevederea unei pedepse care să fie cuprinsă între 1 și 3 ani, așa cum prevede art. 124 din noul CP. Asemenea noilor reglementări, în cazul săvârșirii infracțiunilor pentru care legea în vigoare prevede detențiunea pe viață, limitele sancțiuni cresc exponențial, fiind cuprinse între 5 și 15 ani. Astfel, art. 125 alin. (2) din noul CP prevede că „internarea se dispune pe o perioadă cuprinsă între 2 și 5 ani, afară de cazul în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 20 de ani sau mai mare ori detențiunea pe viață, când internarea se ia pe o perioadă cuprinsă între 5 și 15 ani”³⁹.

Va fi interesant de observat modul în care noua Lege referitoare la executarea pedepselor, care trebuie să își coordoneze dispozițiile cu cele ale noilor coduri, va pune efectiv în aplicare dispozițiile legale prin intermediul regimului de executare a acestor măsuri privative de libertate. Având în vedere faptul că măsurile educative se regăsesc în reglementările în vigoare privitoare la internarea într-un centru de reeducare și internarea într-un institut medical-educativ, putem anticipa că executarea noilor sancțiuni se va realiza în instituțiile deja specializate în acest sens. În privința penitenciarelor pentru tineri și minori, cel mai probabil că acestea își vor continua activitatea în același mod, bineînțeles după inevitabila schimbare a denumirii, pentru a putea servi drept instituții specializate în recuperarea minorilor. O metamorfoză asemănătoare vor suferi și secțiile penitenciarelor care găzduiesc momentan minori, în cazul în care va mai fi nevoie și de alte centre specializate în internarea minorilor.

Toate acestea dovedesc că o schimbare substanțială nu poate fi făcută decât dacă sunt înlocuite vechile principii cu altele noi, care să abordeze problema minorilor în alți termeni. Altfel, vom asista la o reinventare și reconfigurare a structurilor statului de dragul inovării, fără ca minorii să poată beneficia cu adevărat de acest amplu proces.

³⁹ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

Răspunderea juridică în materia discriminării femeilor*

Drd. Diana-Nicoleta CĂLIN
Drd. Mariana-Daniela SPERILĂ (CRĂCIUNESCU)



Judicial liability in the matter of the discrimination against women

Abstract: The equality is a prerogative recognized to all people, being the basis of law as it is exactly the core of justice.

The equal opportunities between women and men represent a need of the state subject to the rule of law and of the society intended to be democratic. It ensures the participation of each person to the economic and social life, no matter the gender category to which he/she naturally belongs.

The discrimination by comparison to the equality shall focus on the negative issues of laws, on the inequality of opportunities, on the inequality of treatment. The discrimination has always a negative meaning, is a word which implicitly supposes negative connotations.

The constant promotion of the principle of equality of opportunity and treatment between women and men represent a relatively recent preoccupation for the international community, even if certain matters related to this subject have been mentioned in many international deeds, such as the Universal Declaration of Human Rights (1948), The Convention on the political rights of women (1952), The Convention on the nationality of the married women (1957), The International Covenant on civil and political rights (1966), The Declaration on the elimination of discrimination against women (1967)

Keywords: judicial liability, discrimination against women, equality of opportunity, international deeds.

§ I. Egalitatea între sexe – condiție esențială a statului de drept

Statul de drept este un stat bazat pe un drept care are ca fundament și ca scop respectul pentru valoarea egală a tuturor oamenilor. El este un stat bazat pe respectul

* Această lucrare a fost parțial finanțată din contractul POSDRU/88/1.5/S/49516, proiect strategic ID 49516 (2009), cofinanțat din Fondul Social European – Investește în Oameni, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

demnității umane și al libertăților individuale¹. Democrația, singura compatibilă cu statul de drept, nu poate fi gândită în afara egalității juridice ce trebuie să guverneze orice raport juridic, fie că vorbim de o egalitate ca uniformitate sau de o egalitate ca drept la diferență.

În acest context, egalitatea dintre bărbați și femei nu este doar un aspect al statului de drept, ci se constituie într-un veritabil principiu de drept, dând sens vieții juridice a cetățenilor, făcând posibilă democrația în cel mai curat sens al său. Femeile și bărbații, ca ființe umane, trebuie să se bucure de aceleași drepturi și să-și asume aceleași obligații.

➡ **1. Libertate, egalitate, justiție și responsabilitate ca principii fundamentale ale dreptului**

Privit în sine, dreptul are un caracter universal și neutru. El este o formă logică, o structură obiectivă indiferentă față de considerațiile individuale. Pentru acest concept al dreptului, individul își găsește libertatea în conformarea la ordine, libertatea devenind echivalentul datoriei².

Libertatea se constituie de altfel și într-un important principiu al dreptului, alături de principiul egalității, justiției și responsabilității. În societate, libertatea unui individ încetează acolo unde începe libertatea celuilalt, iar dreptul este cel care asigură existența acestor libertăți. Dreptul se preocupă în permanență de a da eficiență maximă libertății individuale și de a găsi mijloacele optime pentru a o realiza. „Idealul de justiție trebuie fundamentat pe principiul libertății individuale, singurul care poate duce la relații sociale mai drepte”³.

Trebuie conceput însă, în societate, un anumit echilibru între interesele individuale și cele comune, între binele individual și binele comun. Acest echilibru nu îl poate da decât justiția. Dar justiția presupune totodată egalitate, legalitate și echitate. Dacă principiul libertății are un sens preponderent individual, principiul justiției are un sens mai ales social, pentru că el reglează raporturile dintre oameni la nivelul societății organizate.

Subordonat principiului justiției, egalitatea însumează în sine toate celelalte principii care conduc la coeziunea socială. „Egalitatea este numai o formă de justiție, pentru că egalitatea singură nu poate asigura justiția socială”⁴.

Cu toate acestea, egalitatea poate fi privită din mai multe unghiuri, având valențe aparent diferite, dar care se concretizează la nivel social în egalitate juridică. Astfel, egalitatea poate fi înțeleasă ca dreptate, putându-se extinde asupra tuturor relațiilor care se constituie în cadrul societății. Egalitatea este și reciprocitate, ceea ce este

¹ D.C. Dănișor, *Drept constituțional și institutii politice. vol. I. Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 160.

² D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului, Curs universitar*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p 51.

³ *Idem*, p. 60.

⁴ *Idem.*, p. 64.

foarte important pentru că asigură stabilitate relațiilor dintre membrii societății, conducând la coeziunea grupului social. Egalitatea poate fi înțeleasă și în sens de corectitudine, presupunând că fiecare individ va primi ceea ce i se cuvine dintr-o relație instituită. Este ceea ce numim astăzi egalitatea de șanse, pe care legiuitorul le-o acordă tuturor indivizilor dintr-o societate.

Acționând liber, omul devine responsabil. El gândește și ajunge să vrea, procesele psihice se concretizează în acte de voință, făcându-l pe om să devină subiect, adică persoană care își asumă responsabilități. Voința joacă un rol primordial în ceea ce privește responsabilitatea și de aceea principiul responsabilității se va regăsi la toate nivelurile activității juridice. O persoană nu poate fi considerată responsabilă din punct de vedere juridic decât dacă acțiunile sale sunt voluntare, adică săvârșite în mod voit și, deci, liber. Însă o persoană este liberă numai dacă poate să-și controleze pornirile interioare, adică să aibă un comportament rațional. A accepta o libertate absolută ar însemna că omul poate fi responsabil și în acele situații când acționează independent de voința sa, sub presiunea unor factori externi. În societate, libertatea este în mod necesar limitată. Doar în limitele libertății omul este responsabil.

➔ 2. Egalitatea de șanse într-o societatea democratică

Egalitatea este o prerogativă recunoscută tuturor oamenilor, ea stă la baza dreptului, fiind chiar inima justiției. „Ideea de egalitate este piatra de temelie a tuturor statelor democratice”⁵. Problema care se pune este însă dacă poate subzista egalitatea ca fundament al respectului și demnității umane la care sunt îndreptățiți toți indivizii, în condițiile în care aceștia sunt atât de diferiți în condiția lor materială. Oare egalitatea nu este pusă în pericol de inegalitatea de fapt⁶? Dacă în situații inegale în fapt se are în vedere crearea unei egalități de fond, egalitatea poate subzista. Nu se cere crearea unei egalități de fapt pentru toți, ci crearea și menținerea de oportunități egale. Nu trebuie permis ca anumite trăsături care nu țin de voința persoanei să creeze pentru aceasta o situație injustă, inegală, inferioară.

Prin egalitatea de șanse între femei și bărbați se înțelege „un nivel egal de vizibilitate, autonomie, responsabilitate și participare a celor două sexe la/în toate sferile vieții publice și private. Conceptul de egalitate între sexe, în afara oricărei referiri la diferențele legate de sex, se opune pur și simplu conceptului inegalității dintre sexe și susține principiul unei participări totale a femeilor și bărbaților la viața societății”⁷.

Egalitatea de șanse între femei și bărbați constituie o necesitate a statului de drept și a societății ce se vrea democrată. Ea asigură participarea fiecărei persoane la viața economică și socială, indiferent de categoria de gen din care face parte în mod

⁵ Rh. K.M. Smith, *Textbook on international human rights*, Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York, 2007, p.175.

⁶ J.-F. Spitz, *L'amour de l'égalité: essai sur la critique de l'égalitarisme republicain en France, 1770-1830*, Librairie Philosophique J. VRIN, France, 2000, p. 10.

⁷ www. coe.fr., *Egalitatea de șanse între femei și bărbați în implementarea politicilor publice în România. Ghid practic*, PUND, 2005.

natural. Nimeni nu poate alege să se nască femeie sau bărbat. Prin urmare, oportunitățile de dezvoltare și de afirmare nu trebuie să fie diferite.

Promovarea egalității șanselor pentru ambele sexe constituie o componentă esențială a preocupării pentru respectarea drepturilor fundamentale ale omului, iar stimularea în egală măsură a contribuției femeilor și bărbaților la dezvoltarea societății a dobândit o importanță crescândă în România. Legislația noastră garantează drepturile egale ale cetățenilor de a participa la viața economică și socială, de a se pregăti și forma într-o anumită profesie, de a se angaja, de a promova și a participa la distribuirea beneficiilor, de a se bucura de protecție socială în anumite situații⁸.

➔ 3. Egalitatea ca nediscriminare

De foarte multe ori egalitatea este înțeleasă ca nediscriminare. „Dacă egalitatea ca prohibire a arbitrarului privește atât diferențierea de tratament cât și identitatea de tratament, egalitatea ca nediscriminare privește doar diferențierile prohibite”⁹. Nediscriminarea vizează doar comportamentul la care ceilalți sunt ținuti să se abțină pentru a nu încălca normele care apără libertățile și drepturile celor aflați în situația reglementată.

Discriminarea prin comparație cu egalitatea se concentrează pe aspectele negative ale drepturilor, pe inegalitatea oportunităților, inegalitatea de tratament¹⁰. Discriminarea are întotdeauna un sens negativ, este un cuvânt ce implică presupune conotații negative. Mai mult decât semnificația de tratament diferențial injust, discriminarea presupune tratament diferențial în circumstanțe asemănătoare, dar ce implică diferite categorii de persoane. Nu toate diferențele de tratament sunt discriminatorii, egalitatea nu înseamnă în mod necesar aplicarea aceluiași tip de tratament tuturor. Legile care consfințesc drepturile omului permit tratament diferențiat sub rezerva existenței unor criterii raționale și obiective.

Principiul nediscriminării presupune interzicerea discriminării în lege sau în practică. Obligația statelor este implementarea în cadrul legislațiilor naționale a prevederilor internaționale în vigoare în acest domeniu și crearea unei practici unitare în ceea ce privește tratamentul aplicat diferitelor categorii de persoane.

II. Consacrarea principiului egalității între femei și bărbați

Chiar dacă dreptul la egalitate este recunoscut în majoritatea statelor lumii ca un drept fundamental, discriminarea bazată pe sex rămâne omniprezentă. În optica Națiunilor Unite acest aspect constituie o practică ce își are originea dincolo de normele ce privesc drepturile omului și de procedurile de implementare a acestora.

⁸ www.oirposdru-vest.ro.

⁹ D.C. Dănișor, *Drept constituțional și institutii politice. vol. I. Teoria generală*, Ed. Sitech, Craiova, 2006, p. 664.

¹⁰ Rh. K.M., Smith, *op.cit.*, p.175.

Urmare a intensificării fundamentalismului religios, s-a produs o breșă între lege și ordine pe de o parte și situațiile conflictuale pe de altă parte, care a dus inevitabil la creșterea numărului de acte de violență împotriva femeilor.

În acest context, adoptarea de acte juridice care să protejeze categoria defavorizată a femeilor este nu doar utilă, ci se impune cu necesitate.

➔ 1. *Situația la nivel internațional*

Promovarea constantă a principiului egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați constituie o preocupare relativ recentă pentru comunitatea internațională, deși unele aspecte ce țin de acest subiect au fost evocate prin mai multe acte internaționale, cum ar fi Declarația Universală a Drepturilor Omului (1948), Convenția asupra drepturilor politice ale femeii (1952), Convenția asupra cetățeniei femeii căsătorite (1957), Pactul internațional privind drepturile civile și politice (1966), Declarația privind eliminarea discriminării față de femei (1967).

Recunoașterea egală și încercarea de protejare a drepturilor femeilor la nivel internațional au debutat în anul 1919, odată cu adoptarea Convenției nr. 3 privind protecția maternității. Noțiunile de egalitate de șanse și tratament au început să fie utilizate în anul 1958, când Organizația Internațională a Muncii a adoptat Convenția nr. 111 privind discriminarea în domeniul forței de muncă și exercitării profesiei.

Un nou mod de abordare a problemei a început după ce Adunarea Generală a ONU a proclamat prima Decadă a femeilor „Egalitate, Dezvoltare, Pace”, în perioada 1975-1985 și în special odată cu recunoașterea drepturilor femeii ca parte inalienabilă a drepturilor omului, în anul 1979, când ONU a adoptat Convenția asupra eliminării tuturor formelor de discriminare față de femei (CEDAW). S-a recunoscut, în urma adoptării acestei convenții, faptul că violențele și nedreptățile cauzate de diferențele pe bază de sex sunt un obstacol în calea exercitării de către femei a drepturilor lor fundamentale¹¹. Calea deschisă a fost urmată de o serie de acțiuni menite să contribuie la îmbunătățirea continuă a statutului femeilor.

➔ 2. *Situația la nivel comunitar*

Consiliul Europei s-a preocupat frecvent de apărarea și dezvoltarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, adoptând numeroase instrumente juridice europene, esențiale pentru promovarea principiului egalității între femei și bărbați fiind Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și libertăților fundamentale (1950) și Protocoalele adiționale, Carta socială europeană (1961), Carta socială europeană revizuită (1996).

Egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați se regăsește și în Tratatul de la Maastricht, în legislația secundară (directivele comunitare), la care se adaugă jurisprudența Curtii de Justiție de la Luxemburg.

¹¹ M., Agosin, *Women, Gender and human rights: a global perspective*, Rutgers, The State University, S.U.A., 2001, p. 67.

Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam (1999), Uniunea Europeană s-a angajat decisiv să promoveze egalitatea între femei și bărbați, iar Strategia Comunitară pentru Egalitatea de Gen (2001-2005) urmărește să îmbine integrarea perspectivei de gen în toate politicile și programele Uniunii, concomitent cu promovarea acțiunilor specifice în favoarea femeilor.

Tratatul de la Amsterdam a transformat egalitatea dintre femei și bărbați într-un obiectiv al Comunității prin prevederea nevoii de a elimina inechitatea între cele două sexe. Înainte de adoptarea acestui tratat, competența Comunității de a acționa direct împotriva comunității a fost contestată¹² și de aceea, introducerea art. 13 a reprezentat o importantă dezvoltare în domeniul nediscriminării. Art. 13 nu constituie o interdicție directă a discriminării, ci mai degrabă o dispoziție ce permite Comunității să adopte o serie de măsuri împotriva discriminării.

➔ 3. Situația la nivel național

Legislația națională, începând cu Constituția României¹³, afirmă egalitatea între cetățeni, fără deosebire de sex, și, în principiu, nu conține norme discriminatorii după acest criteriu. De asemenea, o serie de alte acte normative fac referire la acest principiu, unele fiind dedicate respectării egalității între sexe în mod expres: Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie, O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, Legea nr. 48/2002 pentru aprobarea O.G. nr. 137/2000, unele prevederi din Codul civil, referitoare la raporturile de familie.

De altfel, o serie de acțiuni au fost întreprinse la nivel național, cum ar fi adoptarea Planului național de acțiune pentru egalitatea de șanse între femei și bărbați, constituirea Agenției Naționale pentru Egalitatea de Șanse. Totuși, deși legiferată de câteva decenii, egalitatea fără deosebire de sex este departe de a fi realizată în toate aspectele vieții în România. Studii și cercetări recente, bazate pe datele statistice oficiale, relevă existența unor diferențe notabile între normele legale și punerea lor în practică.

§ III. Discriminarea femeilor – mărul putred al democrației

➔ 1. Demnitate și egalitate în aplicarea dreptului

Statul de drept are ca fundament și ca scop respectul pentru valoarea egală a tuturor oamenilor. El se bazează pe libertatea individului, dar în egală măsură și pe respectul demnității umane, iar egalitatea între bărbați și femei este o cerință

¹² M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the E.U.*, Oxford University Press, 2002.

¹³ Articolul 4 alin. (2) din Constituția României, fundamentând principiul egalității între cetățeni, enumeră criteriile care nu pot constitui baza vreunei discriminări între cetățeni: rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenență politică, avere sau origine socială.

indispensabilă a democrațiilor epocii noastre.

Demnitatea omului este valoarea supremă a statului de drept, ceea ce înseamnă că persoana umană, fie că este femeie sau bărbat, este centrul edificiului statal și juridic, devenind bază a egalității. Oamenii sunt egali în demnitatea lor, indiferent de caracteristicile care îi diferențiază. Orice act care tinde să degradeze ori să favorizeze unele ființe umane datorită genului din care face parte este un act care tinde să știrbească personalitatea umană, iar tratarea oamenilor ca simple părți absolute identice ale unei ordini sociale nu face decât să anuleze demnitatea umană, fiind contrară chiar umanității înseși.

„Demnitatea umană, ca valoare supremă a oricărei organizări politice, se opune atât diferențierilor în vederea excluderii, cât și identității în vederea asimilării”¹⁴. Respectarea demnității umane se constituie astfel în principiul care guvernează raporturile aparent contradictorii dintre libertate și egalitate și este în această calitate baza tuturor drepturilor și libertăților fundamentale.

În cadrul juridic al statului de drept normele juridice își găsesc aplicare în timp, în spațiu și asupra persoanelor. Dacă problema aplicării normelor în timp și în spațiu este clară în cea mai mare măsură, când vine vorba de aplicarea acestora asupra persoanelor lucrurile se complică. Pot avea femeile aceleași prerogative ca și bărbații, sau ar fi de preferat să-și vadă de treburile lor mărunte, de preferat casnice?

Norma juridică este generală, ea adresându-se în mod abstract tuturor subiecților, fără să-i individualizeze. Acest lucru nu înseamnă ca ea se adresează tuturor subiecților de drept în aceeași manieră. Există legi care se aplică doar anumitor categorii de subiecți (exemplu: unei categorii profesionale), dar în cadrul acestei categorii se aplică principiul egalității în drepturi și în niciun caz nu pot fi constituite pe acele criterii care conduc la discriminare.

Faptele prin care se favorizează ori, dimpotrivă, este defavorizată o persoană din cauza calității de a fi femeie ori bărbat determină lezarea demnității persoanelor discriminate, crearea unor sentimente de inferioritate față de ei înșiși. Prin aceste fapte se va determina totodată producerea în rândul celorlalte persoane (altele decât cele ce sunt discriminate), în mod nejustificat, a unor sentimente de superioritate, „se va exacerba neîntemeiat sentimentul de autoprețuire”¹⁵.

➡ 2. Condițiile respectării egalității dintre sexe

Respectarea sau încălcarea egalității între sexe este o problemă extrem de delicată și de actuală ce trebuie tratată cu cea mai mare prudență, problema egalității dintre femei și bărbați fiind relativ recentă și privită cu dezaprobare chiar și în prezent de către unele state sau comunități. De aceea, în stabilirea tratamentului egal aplicabil celor două categorii de sex trebuie pornit de la o analiză riguroasă a condițiilor generale privind egalitatea juridică. Astfel, în primul rând, nu trebuie scăpat din vedere faptul că diferența sau unitatea de tratament nu poate fi decât bazată pe un motiv obiectiv și rezonabil. Apoi trebuie văzut dacă există o adecvare a măsurilor luate cu scopul

¹⁴ D.C. Dănișor, I. Dogaru, G. Dănișor, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵ E.M. Săceanu, *Răspunderea în materia discriminării*, în *Dreptul* nr. 6/2006, p. 167.

pentru care s-au dorit. Aceste două reguli constituie și condițiile necesare pentru ca un oarecare tratament aplicat unei persoane să respecte principiul egalității.

Totuși, în realizarea unui plan legislativ care să asigure egalitatea între persoanele de ambele sexe, statul trebuie să aibă în vedere nevoile specifice ale femeilor, precum și diferențele naturale existente între bărbați și femei. Astfel, diferența sau unitatea de tratament trebuie să fie bazate pe un motiv obiectiv și rezonabil. Aceste caracteristici ale motivului sunt judecate prin compararea situațiilor în care se află persoanele sau prin luarea în considerare a interesului general¹⁶. Situațiile în care se află persoanele la un moment dat și față de care trebuie aplicat tratament diferit sau egal pot fi diferite sau, dimpotrivă, pot să nu fie diferite. Un aspect important de subliniat este că atât diferența, cât și lipsa diferenței de situație trebuie să fie relevante, semnificative.

„Egalitatea este respectată dacă se aplică un tratament diferențiat celor aflați în situații care sunt relevant diferite”¹⁷. Rezultă că ea este încălcată dacă celor aflați în situații relevant diferite le este aplicat un tratament uniform, fără un motiv obiectiv și rezonabil.

În literatura juridică au fost identificate trei categorii de situații în care se pot găsi două persoane cărora urmează a le fi aplicat un tratament în funcție de acest lucru, rezultând de aici și existența a trei categorii de tratamente ce se impun. Astfel, în cazul unor situații identice, tratamentul trebuie să fie identic, doar astfel fiind respectat dreptul la egalitate. Problemele pe care le pot ridica situațiile diferite sunt estompate dacă se are în vedere faptul că aceste situații pot fi diferite sau pot fi relevant diferite. „Situațiile sunt relevant diferite dacă afectează participarea la exercițiul puterii de stat sau la beneficiile, ori obligațiile spațiului public, sau dacă afectează pluralismul în calitate sa de condiție sau garanția democrației”¹⁸. Prin urmare, dacă subiecții se află în situații diferite, tratamentul aplicat poate fi uniform, deci nu egal, nu mult diferit. Însă dacă situațiile sunt relevant diferite, atunci, pentru a nu fi încălcat principiul egalității ca drept la diferență, tratamentul se impune a fi unul diferențiat.

Motivul uniformității sau diferenței de tratament este obiectiv și rezonabil și dacă este bazat pe considerente ale dreptății sau justiției sociale sau pe cele ale interesului general, chiar dacă nu este justificat de o diferență sau nediferență relevantă de situație (exemplu: în materie economică sau fiscală). „Rolul dreptății, justiției, în cadrul sistemului juridic este de a combina și ierarhiza după un criteriu universal principiile constituționale”¹⁹. Atât dreptatea, cât și justiția socială sunt motive de temperare a egalității, motive de diferențiere sau de uniformizare a tratamentelor fără o justificare rezultată din diferența sau lipsa diferenței de situație.

În ceea ce privește cea de-a doua condiție despre care am vorbit anterior, și anume adecvarea mijloacelor utilizate și a scopurilor urmărite prin identitatea sau diferența de tratament, trebuie precizat că mai întâi este necesar a fi făcută distincție între noțiunile de „motive” ale legii, de „obiect” al legii și de „scop” al acesteia.

¹⁶ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh., Dănișor, *op. cit.*, p. 366.

¹⁷ *Idem*, p. 366.

¹⁸ *Idem*, p. 367.

¹⁹ D.C. Dănișor, I. Dogaru, G. Dănișor, *op. cit.*, p. 368.

Astfel, potrivit accepțiunii tradiționale, motivele constituie datele pe care autorul actului le utilizează ca justificare a deciziei sale; prin obiect se înțelege decizia ce rezultă din motivele arătate, iar scopul nu este altceva decât rezultatul urmărit de legiuitor, acesta putând diferi de rezultatul real obținut prin aplicarea normei. În acest context, egalitatea în drepturi presupune adecvarea, mai întâi, a obiectului legii la motive, apoi adecvarea mijloacelor utilizate la scopul legii și în final adaptarea rezultatului concret al legii la scopul urmărit și la motive.

➔ 3. Modul cum se manifestă discriminarea femeilor în societate

Discriminarea femeilor reprezintă orice deosebire, excludere, restricție sau preferință pe baza trăsăturilor care decurg din apartenența la genul feminin. Discriminarea presupune „un tratament diferențiat aplicat unei persoane în virtutea apartenenței, reale sau presupuse, a acesteia la un anumit grup social”²⁰. Discriminarea femeilor este, în principiu, o acțiune individuală, dar dacă reprezentantele acestui gen sunt tratate sistematic în mod similar, aceasta constituie și un patern social de comportament agreat.

Prin O.G. nr. 137/2000 (republicată) a fost înființat Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, autoritate de stat autonomă, sub controlul Parlamentului, care își desfășoară activitatea în domeniul discriminării. Acesta este garantul respectării și aplicării principiului nediscriminării, în conformitate cu legislația internă în vigoare și cu documentele internaționale la care România este parte.

Pe pagina de internet a Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării sunt identificate și principalele forme de discriminare. Astfel, se vorbește în primul rând de discriminarea directă, care survine atunci când femeile beneficiază de un tratament mai puțin favorabil decât bărbații, deși între cele două categorii există, la un moment dat, o situație comparabilă²¹. Cu titlu de exemplu putem menționa situația ivită atunci când o femeie și un bărbat, având pregătire egală și o slujbă similară, sunt plătite în mod diferențiat datorită faptului că una dintre acestea (femeia, de obicei) ar munci mai puțin.

Discriminarea indirectă survine atunci când o practică aparent neutră dezavantajează femeile pe baza criteriului genului feminin, cu excepția cazurilor în care aceste practici sunt justificate obiectiv de un scop legitim, iar metodele de atingere a aceluși scop sunt adecvate și necesare²². De asemenea, discriminare indirectă este dată de orice comportament activ sau pasiv care prin efectele pe care le generează favorizează sau defavorizează nejustificat, supune unui tratament injust sau degradant o femeie sau un grup de femei care se află în situații egale cu bărbații²³. De pildă,

²⁰ E.M. Săceanu, *op. cit.*, p. 170.

²¹ www.cncd.org.ro.

²² www.cncd.org.ro.

²³ *Idem*.

discriminarea indirectă apare atunci când o femeie și un bărbat sunt plătiți în mod diferit deoarece au fost angajați în poziții diferite, deși aveau aceeași pregătire.

Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării vorbește și de o discriminare multiplă, care survine atunci când o persoană sau un grup de persoane sunt tratate diferentiat într-o situație egală, pe baza a două sau mai multe criterii de discriminare, cumulativ²⁴. Este vizată, de altfel, hărțuirea, fiind privită ca orice comportament care duce la crearea unui cadru intimidant, ostil, degradant ori ofensiv²⁵, pe criteriile deja amintite.

Unul dintre domeniile în care este prezentă adesea discriminarea femeilor este sfera serviciilor sociale publice (exemplu: servicii de asistență socială, servicii de sănătate, servicii educaționale, instituțiile destinate să mențină ordinea publică). Discriminarea este prezentă aici datorită puterii discreționare de care dispun funcționarii acestor instituții. Se pot identifica o serie de situații în care pot să apară tratamente diferențiate, acestea ivindu-se mai ales atunci când există mai mulți solicitanți pentru anumite resurse și nu există un control pentru felul în care au fost atribuite acestea²⁶.

Nediscriminarea nu trebuie însă înțeleasă ca o egalitate în mod absolut, ci în primul rând ca o egalitate ca drept la diferență. Acest lucru presupune că nu doar diferențierea nejustificată este interzisă, ci și egalitatea de tratament în lipsa unei justificări. Rezultă că nu doar diferențierea, ci și tratamentul egal al persoanelor necesită o justificare bine întemeiată.

Principiul egalității conduce la conturarea unui drept fundamental, și anume dreptul la diferență, căci situațiile diferite reclamă tratamente diferențiate. Concepția despre egalitate evoluează, depășind ideea că egalitatea presupune identitate sau cel puțin uniformitate și ajungând în sfera ideii că egalitatea nu numai că permite diferența, ci ea o solicită cu necesitate.

§ IV. Impactul discriminării femeilor în societate

În prezent, femeile reprezintă o categorie vulnerabilă la efectele tranziției, caracterizată printr-o rată crescută a șomajului de lungă durată, prin limitarea accesului la unele locuri de muncă, prin remunerația scăzută, prin creșterea participării la economia subterană, care nu asigură accesul la sistemul de securitate socială.

„La fel ca și sistemele legislative naționale, dreptul internațional este gândit într-un «spațiu public» deși de multe ori sfera publică în dreptul național și internațional sunt adesea definite într-un mod diferit. Dreptul internațional operează în lumea cea mai publică și anume în cea a statelor-națiuni. Dezvoltarea legislației în ceea ce privește drepturile omului a alterat anumite limite între public și privat în dreptul internațional, permițând legii să se concentreze pe încălcări ale unor drepturi desemnate sau individuale de grup”²⁷.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ E.M. Săceanu, *op. cit.*, p. 172.

²⁷ Editors B. Galligan, C. Sampford, Writer - H. Charlesworth, *Rethinking human rights*, Published by The Federation Press Pty Ltd, Sydney, 1997, p. 40.

Indiferent de diferențele, de limitările existente între spațiul public și cel privat, în general, prin referire la sfera publică înțelegem asocierea cu statul, în timp ce prin referire la spațiul privat înțelegem viața de familie, domestic.

➔ *1. Efecte la nivelul sferei publice*

În momentul în care discutăm despre sfera publică, în contextul discuției despre femei, în mod necesar abordăm aspectele vieții profesionale și ale relațiilor sociale ale acestora, de asemenea aspectele vieții culturale, politice, intelectuale, impactul legii asupra drepturilor femeilor. În această privință se poate spune că femeile și-au câștigat dreptul la a avea o viață profesională. Mult timp femeia nu a fost privită ca având o importanță deosebită în spațiul public, deoarece importanța acesteia era cea conferită, conform unei accepțiuni generale, în cadrul căminului, bărbatul fiind cel care trebuia să muncească și să își susțină familia.

Problematica egalității pe plan social, implicit și pe plan profesional, a fost urmărită pe parcursul unei lungi perioade. Dacă domeniul public era rezervat bărbaților, femeilor le revenea doar activitatea de a face treburile domestice. Această activitate nu era remunerată având în vedere că munca depusă de femei în cadrul gospodăriei nu făcea parte din ceea ce era general admis ca fiind o profesie.

În țara noastră, deși se înregistrează progrese în domeniul drepturilor omului, carentele rămân în ceea ce privește asigurarea participării egale a femeilor și bărbaților la viața socială. Este o realitate faptul că sferele decizionale de nivel înalt, structurile de partid sau instituțiile administrației publice nu sunt accesibile în aceeași măsură femeilor și bărbaților, femeile rămânând cel mai adesea cantonate în activități executive, fără posibilități reale de promovare sau de afirmare în prima linie politică.

Participarea inegală a celor două genuri la viața publică și la luarea deciziilor reflectă cel mai bine existența și perpetuarea discriminării femeilor. Fără îndoială, lumea politică este dominată de bărbați, deși drepturile politice egale pentru toți cetățenii (femei sau bărbați) sunt legitime și apărute în sistemul nostru de drept.

O importanță deosebită se acordă eliminării discriminării femeilor în viața profesională și, ținând cont de drepturile reproductive ale femeii și, implicit, de necesitatea maternității, s-au creat o mulțime de pârghii care să asigure femeii dreptul de a naște și a crește copii fără a-i fi afectată stabilitatea locului de muncă. Astfel, în momentul intrării în cadrul pieței muncii a unei femei care are atribuții în gospodărie de multe ori s-a încercat prin diferite legi, așa cum sunt legile pentru acordarea concediului de maternitate, păstrarea unui echilibru între activitatea profesională și cea de familie, a unei echități în ceea ce privește dublul rol al unei femei.

➔ *2. Consecințe în sfera privată a dreptului*

Femeia pe plan public nu era nicidecum egală bărbatului în ceea ce privește drepturile civile sau politice. Astfel devine evident că obiectivul de urmat pentru mișcările feministe trebuie să se axeze, înainte de obținerea egalității, pe obținerea autonomiei

femeii în spațiul său privat, „argumentele în favoarea autonomiei femeilor fiind ecoul unei concepții mai profunde a egalității morale, care afirmă că interesele și experiențele femeilor ar trebui să aibă o pondere egală în construirea raporturilor sociale”²⁸.

Diferențele existente între persoane de sexe diferite nu ar trebui să fie un obstacol în realizarea idealurilor sale. Este o realitate faptul că, de multe ori, femeile diferă de bărbați în ceea ce privește intensitatea năzuințelor lor în sfera publică și privată. Rolul lor în cadrul domestic, pe care și-l asumă mai devreme sau mai târziu majoritatea femeilor, diferă de perspectiva pe care o au bărbații în același domeniu. Astfel, dacă în principal, rolul bărbatului în cadrul familiei este înțeles ca fiind cel al persoanei care are datoria morală de a asigura întreținerea acesteia, cel al femeii se concentrează mai ales în jurul ideii de a pune pe plan secund cariera și de a se îngriji în mod direct de cămin²⁹.

Prevederile din Codul civil referitoare la familie asigură soților, în principiu, un statut juridic egal, însă în realitate femeile au mai multe responsabilități familiale decât bărbații, considerându-se a fi de datoria femeilor să administreze resursele familiei, să îndeplinească treburile gospodărești considerate „ușoare”, cum ar fi aprovizionarea, gătitul, spălatul, curățenia etc., să supravegheze și să îngrijească copiii și vârstnicii, toate acestea adăugându-se, în majoritatea cazurilor, la îndeplinirea sarcinilor profesionale la locul de muncă. În schimb, bărbaților le sunt alocate acele sarcini considerate „grele” și, implicit, „importante”, cum ar fi reparația și întreținerea instalațiilor, construcție și zidărie, unde, oricum, sunt chemați și lucrători specializați.

Pentru a înțelege cum se ajunge la aceste concepții, de multe ori este necesar să căutăm a înțelege felul în care cultura noastră stabilește bazele pentru inegalitate și cum aceasta este perpetuată atât în sfera publică cât și în cea privată, de mentalitatea comunității. Doar punând la îndoială inegalitatea construită social putem schimba ceva în cadrul societății, putem lua atitudine față de o mentalitate închisă și da astfel șanse egale tuturor.

De asemenea, instituțiile publice s-au preocupat frecvent de înlăturarea violențelor îndreptate împotriva femeilor atât cele săvârșite în spațiul public cât și în cel al vieții private. În acest sens, Comitetul CEDAW a cerut statelor să raporteze diferitele incidente de violențe împotriva femeilor și măsurile adoptate pentru a rezolva aceste probleme indiferent că este vorba de acte de violență desfășurate în cadrul public sau domestic³⁰.

V. Forme ale răspunderii juridice pentru acte de discriminare a femeilor

Grupurile supuse cel mai adesea discriminării și asupra cărora s-au centrat cele mai multe studii sunt minoritățile etnice, rasiale, religioase, grupurile de imigranți. O

²⁸ W. Kymlicka *Les theories de la justice: une introduction*, Trad. de l'anglais par Marc Saint-Upery, Nouv.ed. La Decouverte/ Poche, Paris, 2003, p. 264.

²⁹ Ed. Judith, Worell, *Encyclopedia of Women and Gender - Sex Similarities and differences and the impact of society and gender*, Academic-Press, USA, 2002, p. 51.

³⁰ M. Agosin, *op. cit.*, p. 67.

preocupare aparte a existat pentru discriminarea practică la adresa femeilor. În ultima perioadă un interes special este acordat studiilor referitoare la discriminarea minorităților sexuale, a persoanelor cu abilități speciale, precum și a vârstnicilor. Domeniile de manifestare a discriminării cele mai investigate au fost sistemul educațional, piața muncii, locuirea.

Datorită amplitudinii pe care l-a căpătat acest fenomen al discriminării femeilor în ultima perioadă de timp, legiuitorul s-a preocupat de instituirea unor măsuri juridice pentru a proteja categoriile de persoane potențiale victime. Astfel, în sistemul de drept român, discriminarea a fost incriminată prin O.G. nr. 137/2000 (cu ultima modificare adusă prin Legea nr. 324/2006), prin același act normativ stabilindu-se și instituțiile publice cu rol determinant în acest domeniu. Astfel, a fost creat Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării ca autoritate care investighează, constată și sancționează contravențional faptele sau actele de discriminare astfel cum sunt reglementate prin actul normativ arătat. Prin aceste prevederi legale se instituie astfel o formă de răspundere juridică pentru săvârșirea de acțiuni sau inacțiuni care prin conținutul lor concret și prin modul de manifestare se circumscriu faptelor de discriminare prevăzute în O.G. nr. 137/2000.

În același sens au fost adoptate și alte acte normative, având menirea să protejeze categoria defavorizată a femeilor, să promoveze drepturile acestora și să sancționeze acele fapte prin care sunt încălcate drepturile și libertățile femeilor. De altfel, s-au organizat o serie de acțiuni în vederea informării cetățenilor cu privire la egalitatea de șanse și de tratament de care trebuie să se bucure atât femeile, cât și bărbații.

➡ *1. Când răspunderea îmbracă forma contravenției*

Răspunderea contravențională astfel reglementată presupune un raport juridic de autoritate între CNCD, în calitate de autoritate publică ce constată fapta și aplică sancțiunea, deci în calitate de subiect activ, și persoana fizică sau juridică în calitate de subiect pasiv al acestui raport juridic, de autor al faptei ilicite de discriminare. Este vorba deci de un raport juridic de inegalitate juridică care reflectă tocmai poziția adoptată de către autoritățile statale față de manifestările discriminatorii prin care se încalcă principiile constituționale prevăzute de art. 57, și anume obligația cetățenilor de a-și exercita drepturile și libertățile constituționale cu bună-credință, fără să încalce drepturile și libertățile celorlalți.

Răspunderea contravențională nu are în vedere persoana victimă a discriminării decât ca destinatar al nerespectării prevederilor constituționale, ci are în vedere persoana autorului faptei ilicite de discriminare. Venind în sprijinul celor lezați prin faptele de discriminare, legiuitorul a instituit dreptul persoanelor discriminate de a pretinde despăgubiri proporționale cu prejudiciul suferit, precum și restabilirea situației anterioare sau anularea situației create prin discriminare potrivit dreptului comun, și anume răspunderea civilă delictuală.

Răspunderea contravențională pentru săvârșirea faptelor de discriminare are natura juridică a unei pedepse, principiul personalității răspunderii contravenționale

interzicând transmiterea obligației de executare a sancțiunii amenzii contravenționale în caz de deces al autorului faptei ilicite de discriminare, spre deosebire de natura juridică a răspunderii civile delictuale, care este o sancțiune civilă.

Completându-se cu prevederile din O.G. nr. 2/2001, care constituie dreptul comun în materie, rezultă că și în materia răspunderii contravenționale pentru săvârșirea faptelor de discriminare sunt incidente regulile de prescripție prevăzute de art. 13 și 14 din O.G. nr. 2/2001. Astfel aplicarea sancțiunii amenzii contravenționale se prescrie în termen de 6 luni de la data săvârșirii faptei, iar prescripția executării sancțiunii amenzii, intervenind dacă procesul verbal de constatare a contravenției nu a fost comunicat contravenientului, în termen de o lună de la data aplicării sancțiunii.

Un alt principiu fundamental al răspunderii contravenționale este dat de obligativitatea stabilirii acestei forme de răspundere printr-un act jurisdicțional al autorității competente. Astfel, în urma deliberării asupra petiției sau sesizării primite, CNCD se pronunță prin hotărâre prin care se dispune respingerea sau, după caz, admiterea petiției sau sesizării. În caz de admitere prin hotărâre se va menționa dacă fapta ce a făcut obiectul sesizării constituie o faptă de discriminare și sancțiunea contravențională ce se va aplica, aceasta putând fi avertisment sau amendă contravențională³¹.

Legiuitorul, din dorința unei cât mai eficiente protejări a persoanelor potențial victime ale discriminării și a evitării oricărui dubiu în privința încadrării unei anumite fapte în categoria acțiunilor discriminatorii, a dezvoltat categoria faptelor de discriminare pe cât mai multe domenii ale vieții și societății. Fapta ilicită de discriminare, pentru a se reține existența ei, presupune întrunirea cumulativă a următoarelor două condiții:

a) să se constate existența unei deosebiri, excluderi, restricții, preferințe ale unor prevederi, criterii sau practici sau a unui comportament activ sau pasiv.

b) orice astfel de acțiune sau inacțiune care are drept rezultat crearea unei situații de diferențiere între mai multe persoane trebuie să aibă ca temei criterii legate de rasă, naționalitate, etnie etc.

Trebuie avute însă în vedere anumite cazuri particulare în care unele situații de deosebire, restricție sau excludere sunt determinate de reguli de conviețuire socială și norme morale³². În toate aceste cazuri nu există prevederi legale prin care să se impună restrângerea unei activități pe anumite criterii, ci aceste restrângeri au la bază regulile de conviețuire socială și motive de interes general (exemplu: accesul în toaletele publice se face exclusiv pe criterii de sex).

➡ 2. Când răspunderea îmbracă forma delictului civil

Răspunderea juridică pentru acte de discriminare poate îmbrăca și forma delictului civil, atunci când fapta îndeplinește toate condițiile impuse de art. 1357 C. civ, mai

³¹ E.M. Săceanu, *op. cit.*, p. 173.

³² A se vedea, *Jurisprudența CNCD*, coord. C. Jura, Ed. All Beck, București, 2003, p. 88.

precis existența unei fapte prejudiciabile din partea unei persoane fizice ori a unei instituții, a unui prejudiciu produs femeii, legătura causală între faptă și prejudiciu, vinovăția autorului faptei în producerea daunelor.

➔ 3. *Îmbinarea celor două forme de răspundere*

În ceea ce privește posibilitatea cumulării celor două forme de răspundere juridică (contravențională și civilă delictuală), acest lucru se poate realiza, hotărârea CNCD neavând de altfel putere de lucru judecat în fața instanței în ceea ce privește existența faptei de discriminare, dar sub aspect probator ea poate constitui un început de dovadă scrisă care se completează cu alte probe administrate de către reclamant. Aceeași este situația și în cazul în care prin hotărârea CNCD s-a respins petiția, constatându-se că fapta reclamată nu constituie act de discriminare. Neexistând autoritate de lucru judecat, nu se va produce *de plano* respingerea cererii sau plângerii ca neîntemeiată, ci în baza principiului disponibilității și al rolului activ al instanței, se vor administra alte probe, ceea ce poate conduce la admiterea sau respingerea plângerii³³.

Nu trebuie scăpat din vedere nici următorul aspect: răspunderea contravențională presupune un raport juridic de inegalitate între autorul faptei ilicite și o autoritate publică, în timp ce răspunderea civilă delictuală nu impune în mod obligatoriu ca o autoritate publică să fie subiect al acestui raport juridic. De altfel tragerea la răspundere contravențională se desfășoară potrivit principiilor oficialității, dar și al disponibilității, în timp ce răspunderea civilă delictuală se declanșează întotdeauna potrivit principiului disponibilității.

Pentru aceste considerente, sunt posibile atât cumulul celor două forme de răspundere juridică, dar și existența lor separată. Prin urmare, sesizarea instanței de judecată potrivit dreptului comun nu poate fi condiționată de parcurgerea procedurii în fața CNCD.

Numai recunoscând celor vătămați astfel de posibilități se asigură respectarea art. 21 din Constituție privind accesul liber la justiție, art. 16 din Constituție privind egalitatea în drepturi a tuturor cetățenilor și a dispozițiilor Convenției europene a drepturilor omului.

³³ E.M. Săceanu, *op. cit.*, p.176.

Limitele criticii admisibile în mass-media

*Drd. Valentina MIHALCEA (CHIPER)**

Drd. Ion PARASCHIV



The acceptable limits of criticism in media

Abstract: In a free and democratic society, mass-media plays an essential role in assuring the right to be informed and express yourself in a free way. Political pluralism and – as a consequence – pluralism of ideas and concepts, tolerance and spirit of openness, without which no democratic society could exist, also involves ideas that can hurt, shock, disquiet the state or some certain population part. The limits of acceptable criticism are wider when criticism is addressed to certain people with a special status, such as politicians, magistrates, civil servants or government's actions, for all these persons are under control of public opinion as long as they inevitably and consciously expose themselves to a thorough control of their deeds and gestures, which comes both from mass-media and from the citizens.

Keywords: freedom of expression, media, the acceptable limits of criticism, facts and value judgments.

Întrebarea legitimă la care încercăm să răspundem este: într-o societate democratică mijloacele de comunicare în masă pot difuza orice fel de informații și idei, oricând și la adresa oricui? În lipsa unei tradiții legislative naționale unitare și consecvente, în prezentul studiu înțelegem să ne raportăm la normele internaționale și cu precădere la practica Curții Europene a Drepturilor Omului.

Libertatea de exprimare cuprinde, în esență, două libertăți interdependente: libertatea de opinie și libertatea de informare. Protecția libertății de exprimare oferită de Convenția europeană se bazează în mare măsură pe dreptul publicului de a cunoaște:

* Doctorand bugetar al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul Burse Universitare în România prin Sprijin European pentru Doctoranzi (BURSE DOC), cod contract: POSDRU/CPP107/DMI1.5/S/78421, Proiect cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial pentru Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013.

nu numai că presa are sarcina de a difuza informații și idei privind chestiuni de interes public; publicul are și el dreptul de a le primi¹.

Libertatea de opinie, element clasic al libertății de expresie, presupune ca nicio persoană să nu sufere vreo atingere pentru exprimarea opiniilor sale, pluralismul politic, deci și pluralismul ideilor și concepțiilor fiind fundamentul societății moderne europene, motiv pentru care art. 10 din Convenția europeană protejează nu numai ideile neutre, ci și pe cele care șochează, astfel cum s-a subliniat de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, prin Hotărârea dată în Cazul *Handyside* din 7 decembrie 1976: „sub rezerva paragrafului 2 al art. 10, este valabilă nu numai pentru informațiile sau ideile primite favorabil sau considerate inofensive ori indiferente, ci și pentru cele ce rănesc, șochează sau neliniștesc statul sau un segment oarecare al populației. Așa vor pluralismul, toleranța și spiritul de deschidere, fără de care nu există societate democratică”².

Având în vedere puternica capacitate de influențare a opiniei publice, a deciziei sociale, a vieții individuale, mijloacele de comunicare în masă trebuie să se subordoneze principiului respectării adevărului și onestității în opinii și comentarii. Dar oare, în zile noastre, presa, televiziunea, radiodifuziunea, internetul sau publicațiile respectă aceste principii? Canalul audiovizual a cunoscut o naștere relativ nouă în lumea mass-media, respectiv la sfârșitul secolului al XIX-lea, dar și o dezvoltare rapidă, fiindu-i asociate funcții multiple și importante, precum informare, divertisment, educare, dar și disfuncții importante, precum manipularea, tele recepția în mod excesiv, efemeritatea mesajului. *Elementul-cheie ce poate contracara efectul negativ al canalului audiovizual este reprezentat de pluralism. Acesta dă posibilitatea diferitelor curente de opinie de a se exprima, de a coabita și de a se confrunta în dezbaterile publice, ceea ce va conduce la o reprezentare a unei societăți diversificate și în continuu proces de modificare*³. În același timp, internetul este o armă cu două tăișuri, întrucât pe de o parte transmite informații de interes general, pe de altă parte permite acumularea, precum și violarea unor date confidențiale, prin tranzacțiile comerciale ce se efectuează, multitudinea de fișe, operațiuni informatice sau rețele ale băncilor, serviciilor de securitate socială sau fisc. Totodată, apariția și dezvoltarea internetului au reușit să spargă barierele timpului și ale distanței prin transmiterea în timp real a informațiilor, asigurând astfel o publicitate mondială.

În ceea ce privește presa, înțeleasă atât ca media pe suport scrisă, cât și ca activitate de editare, frontiera între viață publică și viață privată este adesea încălcată sau pusă sub semnul egalului, afirmându-se tot mai mult caracterul comercial al informațiilor și indiscreția. Viața publică întreține în mod voit, am putea spune, o confuzie între conceptul de comunicare și cel de informare, deși cele două noțiuni

¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Handyside*, Hotărârea CEDO din 7 decembrie 1976, Cazurile *Lander c. Suedia*, *Open Door Counselling and Dublin Well Woman Centre c. Irlanda*.

² În același sens a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Tammer c. Estonia*, Hotărârea din 6 februarie 2001, Cauza *Prager și Oberschlick c. Austria*, Hotărârea din 26 aprilie 1995.

³ S. Deaconu, *Libertatea de exprimare prin intermediul serviciilor publice de radio și televiziune*, în Revista Juridică nr. 1/2001, Ed. All Beck, București, 2001, p. 11.

vizează realități opuse. Informația reprezintă difuzarea de elemente ale cunoașterii, opinii și argumente, care se adresează inteligenței destinatarului, permițându-i a emite propriile opinii. *Per a contrario*, comunicarea este sinonimă cu publicitatea sau propaganda, nevizând rațiunea sau inteligența, ci emoția, având ca finalitate verbul „a vinde”.

La nivel internațional sunt reglementate limitări specifice asupra libertății de exprimare. Astfel, conform Cartei de la München, 1996, jurnalistul are obligația de a respecta viața particulară a oricărei persoane, de a nu publica declarații și fotografii care ofensează onoarea, religia, rasa sau care sunt în căutarea senzationalului născut sau provocator de violență (Codul de presă al Asociației Ziaristilor Germani, 1973), de a evita să stimuleze curiozitatea morbidă asupra detaliilor vicioase sau criminale (Codului etic al Sindicatelor SDX, din SUA).

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a conchis de-a lungul vastei sale practici judiciare asupra rolului esențial pe care îl joacă presa într-o societate democratică: „Dacă presa nu trebuie să depășească anumite limite, în special cu privire la reputația și drepturile altuia și la necesitatea de a împiedica divulgarea de informații confidentiale, ei îi revine însă misiunea de a comunica, cu respectarea obligațiilor și răspunderilor sale, informații și idei asupra tuturor chestiunilor de interes general.

1. Pe cale de consecință, libertatea de exprimare suportă și anumite limitări sau restricții, prevăzute expres atât în Constituția noastră, cât și la nivel internațional. Restricțiile speciale prevăzute de art. 10 alin. (2) din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și al libertăților fundamentale se pot clasifica în trei categorii: i) cele menite să apere interesul public: securitatea națională, integritatea teritorială, siguranța publică, prevenirea dezordinii sau a infracțiunilor, protecția sănătății și a moralei; ii) cele menite să apere drepturile individuale, precum reputația sau drepturile altora la viață privată, prevenirea transmiterii de informații confidentiale; iii) cele necesare pentru menținerea autorității și imparțialității autorității judiciare⁴.

Articolul 30 alin. (6) și (7) din Constituție reglementează expres limitele exercitării libertății de exprimare, în acord cu Convenția europeană și pactele internaționale, respectiv neprejudicierea demnității, onoarei, vieții particulare a persoanei și nici dreptul la propria imagine. „Sunt interzise de lege defăimarea țării și a națiunii, îndemnul la război de agresiune, la ură națională, rasială, de clasă sau religioasă, incitarea la discriminare, la separatism teritorial sau la violență publică, precum și manifestările obscene, contrare bunelor moravuri”.

Prevederile art. 53 din Constituția României, privind restrângerea exercitiului unor drepturi sau al unor libertăți, prevede posibilitatea aceasta numai dacă este prevăzută prin lege și numai dacă este necesară într-o societate democratică, „dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru

⁴ A se vedea D. Bogdan, M. Selegean, *Jurisprudența CEDO -studii și comentarii*, INM București, 2005.

deosebit de grav (...) Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății”. În această ordine de idei, aceste prevederi se cer a fi interpretate cu maximă precauție, pentru a nu justifica în temeiul excepțiilor o eventuală atingere adusă înseși existenței unui drept.

Alineatele (6) și (7) ale art. 30 din Constituție prevăd limitări determinate de protejarea atât a unor interese individuale, cât și colective. Întrucât aceste limitări sunt doar excepții de la regulă, de strictă interpretare și aplicare, trebuie operat cu mare atenție raportul de proporționalitate în cazul conflictelor între mai multe drepturi sau libertăți, ocrotite în egală măsură de Constituție, având în vedere practica noastră internă criticabilă, conform căreia s-a validat aproape automat limitarea libertății de către Curtea Constituțională, fără efectuarea controlului de proporționalitate, considerând că simpla prevedere a posibilității unei astfel de limitări este în sine suficientă pentru ca legea vizată să fie constituțională⁵.

2. Libertatea ziaristică implică și posibila recurgere la o anumită doză de exagerare, chiar de provocare. În cauze ca aceasta, marja de apreciere a autorităților naționale este limitată de interesul unei societăți democratice de a permite presei să-și joace rolul indispensabil de „câine de pază” și de aptitudinea acesteia de a furniza informații asupra chestiunilor serioase de interes general. Nu se poate admite ca un ziarist să nu poată formula judecăți de valoare critice decât cu condiția să poată demonstra adevărul acestora”⁶.

Între fapte și judecăți de valoare există o distincție majoră, acestea din urmă neputând face obiectul probațiunii. Materialitatea faptelor poate fi demonstrată (*exceptio veritatis*), în timp ce adevărul judecăților de valoare nu poate fi susceptibil de a fi dovedit. Cerința probei adevărului unei judecăți de valoare încalcă libertatea de opinie, parte fundamentală a dreptului consacrat de art. 10 din Convenție. Totuși, chiar și atunci când este vorba de o judecată de valoare, proporționalitatea unei ingerințe poate să depindă de existența unei baze factuale suficiente, pentru că o judecată de valoare fără nicio bază factuală care să o susțină poate fi excesivă⁷.

În cazul Mazăre contra României, Hotărârea din 10 iunie 2003, Curtea apreciază că obligația jurnaliștilor de a furniza o bază factuală solidă pentru alegațiile litigioase nu implică obligația de a dezvălui numele persoanelor care au furnizat informațiile pe care s-au bazat pentru a-și redacta articolele.

În cazul în care un ziarist sau organ de presă urmărește un scop legitim, circumscriindu-se unui interes public și depunându-se eforturi rezonabile în vederea

⁵ Curtea Constituțională, Decizia nr. 51/1999, M. Of. nr. 262 din 9 iunie 1999.

⁶ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Dalban c. României*, Hotărârea din 28 septembrie 1999, Cauza *Lingeansc. Austria*, Hotărârea din 8 iulie 1996, în *Libertatea de exprimare în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (1999-2002)*, Corneli-Liviu Popescu, Ed. All Beck, București, 2003, p. 5 și 6, Cauza *De Haes și Gijssels c. Belgia*, Hotărârea din 24 februarie 1997, Cauza *Bladet Tromsø și Stendaas c. Norvegia*, Hotărârea din 20 mai 1999.

⁷ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Dichand și alții c. Austria*, Hotărârea din 26 februarie 2002.

verificării faptelor, presa nu trebuie să poarte responsabilitate, chiar dacă faptele respective au fost dovedite a fi false. În această ordine de idei, calificarea discursului ca referindu-se la fapte sau la judecăți de valoare, precum și atitudinea subiectivă a jurnalistului în momentul comiterii faptei sunt foarte importante în analiza scopului legitim și a posibilei încălcări.

În Statele Unite ale Americii, limitele libertății de exprimare sunt mult mai dificil de analizat sau impus, întrucât libertății de exprimare i se acordă o garanție și un drept negativ, respectiv ca statul să nu intervină în exercitarea libertății de exprimare. În acest sens, Curtea Supremă în 1989 a apreciat că arderea steagurilor este un drept constituțional protejat al libertății de exprimare⁸.

3. Limitele criticii admisibile cu privire la particulari. La nivel național, observăm o încălcare flagrantă de către reprezentanții mass-media a dreptului persoanei la viață privată, la protecția reputației și onoarei, abuzând de „libertatea de exprimare”. **Focalizarea materialelor publicistice asupra unor aspecte ale vieții „pur private” a particularilor, precum viețile lor sentimentale, fotografiile din spațiul lor familial, intim, chiar dacă au funcții publice, sau în pofida notorietății lor, nu pot fi considerate a contribui la vreo dezbatere de interes general pentru societate, aducând atingere drepturilor altei persoane⁹.**

Prin „particulari”, înțelegem atât persoane fizice cât și persoane juridice. Opinia Curții Constituționale, exprimată prin Decizia nr. 188/2005, conform căreia libertatea de exprimare nu se aplică și persoanelor juridice este criticabilă, atâta vreme cât textul constituțional nu face niciun fel de distincție în acest sens, iar Curtea Europeană a Drepturilor Omului recunoaște acest drept și persoanelor juridice¹⁰.

Termenii injurioși utilizați de un ziarist la adresa unei terțe persoane în cadrul articolelor, materialelor publicate, reprezintă o absență a violării art. 10 din Convenție. În mod constant¹¹, instanțele europene au apreciat că termenii injurioși precum „spărgătoare de familie”, „mamă care și-a neglijat copilul”, utilizați de ziariști, constituie judecăți de valoare exprimate de natură ofensatoare. Afirmatii de genul „metode tipice mafioate”, „a distrus reputația și viitorul unei persoane”, pe care le citim și le auzim destul de des în toate mijloacele de informare în masă, conțin de fapt judecăți de valoare ce reprezintă aprecierea subiectivă a dimensiunilor morale ale comportamentului unui terț.

Totodată, în mod frecvent regăsim în paginile ziarelor articole în cadrul cărora afirmațiile calomnioase la adresa unei persoane nu conțin. Cerințele libertății

⁸ T.E. Patterson, *The American Democracy*, 7th Edition, Mc GrawHill International Edition, pp. 111-117.

⁹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Company y Diez de Revenga et Lopez galiacho Perona c. Spania*, Decizia din 12 decembrie 2000.

¹⁰ S. Răduțu, *Libertatea de exprimare și limitele ei - Comentarii ale art. 30 din Constituția României*, în *Curierul Judiciar* nr. 5/2007, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 83.

¹¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Tammer c. Estonia*, Hotărârea din 6 februarie 2001.

presei și ale libertății persoanei pot veni uneori în conflict, generând adevărate procese mediatică, denumite de literatura franceză „fenomene mediatico-juridice”, cu consecințe negative asupra respectării dreptului la libertatea de exprimare.

De asemenea, în practica noastră de specialitate, Curtea Constituțională prin Decizia nr. 62/2007, publicată în M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007, aplică un raționament criticabil, prin tratarea demnității umane în mod exclusiv ca o valoare supremă, conturată de art. 1 alin. (3) din Constituție, conferindu-i prioritate acesteia față de libertatea de exprimare, ca drept fundamental, precum și confundarea de către Curtea Constituțională a demnității umane cu dreptul la respectarea vieții de familie, incluzând dreptul la onoare, reputație și demnitate¹².

„Judecarea” sau emiterea unor valori de judecată a unor procese aflate pe rolul instanțelor de judecată sau în fața organelor de cercetare penală, în mass-media, fără a fi dată o soluție definitivă și irevocabilă, reprezintă de asemenea o încălcare a principiului prezumției de nevinovăție și cu constatarea încălcării dreptului la viață privată, prevăzut de dispozițiile art. 8 din Convenție.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a sancționat activitatea jurnalistică în cazul *Toma c. România*, prin Hotărârea din 24 februarie 2009, constatând încălcarea prevederilor art. 8 din Convenție, prin difuzarea în mass-media a imaginilor cu o persoană față de care ofițerii de poliție judiciară efectuează cercetări penale, înregistrate în sediul poliției, apreciind în mod judicios faptul că difuzarea acestora în mass-media nu avea nicio valoare informativă și nu viza respectarea intereselor justiției, neurmărind un scop legitim.

Cu toate că, în ceea ce privește administrarea justiției, Curtea Europeană a precizat că presa trebuie să informeze opinia publică în legătură cu funcționarea justiției, instituție esențială într-o societate democratică, fiind de interes general, totuși prezentarea datelor unui proces, astfel încât publicul să dea înaintea pronunțării instanței competente propriul său verdict, riscă să conducă la pierderea respectului și încrederii în instanțele de judecată și punerea unei presiuni enorme asupra hotărârilor ce se vor pronunța.

Astfel de încălcări ale art. 10 din Convenția europeană regăsim în mass-media din țara noastră, în fiecare zi, arătând doar cu titlu exemplificativ, fără a fi limitativ enumerate, cazurile FMI și Valiza, în cadrul cărora ziaristul se erijează în judecător al cauzei, subminând activitatea organelor judiciare de unice organe calificate a stabili vinovăția sau nevinovăția unei persoane în raport cu o acuzație penală.

Pe cale de consecință, măsura echilibrului între exercițiul dreptului la liberă exprimare și protecția intereselor sociale și individuale ce aparțin altora se impune atât asupra activității mass-media, cât și asupra declarațiilor publice ale reprezentanților autorităților statului, în scopul garantării autorității și imparțialității puterii judecătorești, astfel cum este și Recomandarea nr. 13/10 iulie 2003 a Comitetului de Miniștri al

¹² Pentru mai multe detalii a se vedea D.C. Dănișor, *Comentariu Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007, Curtea Constituțională*; C-L Popescu, *Reîncriminarea pe cale jurisdicțională constituțională a insultei și calomniei*, în *Noua Revistă a Drepturilor Omului* nr. 1/2007, p. 6; E.S. Tănăsescu în *Curierul Judiciar* nr. 4/2007, pp. 7 și urm., D.C. Dănișor, *Comentariu Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007, Curtea Constituțională*.

Consiliului Europei privind difuzarea informațiilor referitoare la procedurile penale prin mass-media, conform căreia opiniile și informațiile ce privesc aceste proceduri penale în curs nu trebuie să fie difuzate sau comunicate prin mass-media, decât dacă nu aduc atingere prezumției de nevinovăție a suspectului sau a acuzatului, iar autoritățile judiciare trebuie să se abțină de la a da publicității informații care pot dăuna în mod substanțial echitabilitatea procedurilor¹³ (principiile nr. 2 și nr. 10).

Stabilirea limitelor libertății de exprimare în raport cu autoritatea și imparțialitatea justiției are ca piatră de temelie hotărârea CEDO din cauza *Prager și Oberschlick c. Austria*, în considerentele căreia Curtea Europeană a reamintit faptul că **presa are obligația de a comunica informații și idei inclusiv asupra temelor care privesc funcționarea justiției, instituție esențială a oricărei societăți democratice, numai în măsura în care vizează achitarea acesteia de responsabilitățile conform scopului pentru care au fost investiți în funcție**¹⁴.

De asemenea, reglementările dreptului european referitoare la drepturile omului indică echilibrul ce trebuie realizat între libertatea de exprimare și dreptul la a nu fi răspândite idei rasiste în disprețul drepturilor celuilalt. Recomandarea nr. 20 din 1997 a Comitetului de Miniștri, cu privire la „discursul urii”, acoperă toate formele de exprimare care propagă, incită, promovează sau justifică ura rasială, xenofobia, antisemitismul și alte forme de ură bazate pe intoleranță, care se exprimă sub forma naționalismului agresiv și a etnocentrismului, a discriminării și ostilității față de minorități și imigranți, aspecte discutabile și de actualitate în aceste timpuri în care se regăsesc discursuri mai mult sau mai puțin mascate în presa, televiziunile și celelalte mijloace de comunicare în masă străine la adresa și despre romi/români.

4. Articole, dezbateri și fotografii referitoare la persoane cu statut special. Limitele criticii admisibile sunt mai largi la adresa anumitor persoane cu statut special, precum politicieni, magistrați, funcționari publici, asupra unor acțiuni ale guvernului, decât în privința unui particular, deoarece aceștia se expun în mod inevitabil și conștient unui control atent al faptelor și gesturilor lor, atât din partea jurnaliștilor, cât și din partea masei de cetățeni, fiind sub controlul opiniei publice, fără ca cel dintâi să fie lipsit de dreptul la protejarea reputației și demnității sale, în cadrul vieții private și în afara acesteia¹⁵, dar cerințele acestei protecții nu trebuie să împiedice discuțiile deschise asupra chestiunilor politice¹⁶.

¹³ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în cauza *Butkevicius c. Lituania*, Hotărârea din 26 martie 2002, a constatat violarea art. 6 paragraf 2 din Convenția europeană, prin declarațiile publice efectuate de procurorul general și de președintele Parlamentului cu privire la vinovăția reclamantului față de infracțiunea de corupție, fără a fi pronunțată o hotărâre definitivă, cu nerespectarea prezumției de nevinovăție. Cauze similare la Curtea Europeană a Drepturilor Omului: cauza *Vitan c. România*, Hotărârea din 25 martie 2008; *Samoilă și Cionca c. România*, Hotărârea din 4 martie 2008.

¹⁴ În același sens, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Mazăre c. România*, Hotărârea din 17 decembrie 2004.

¹⁵ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Dalban c. România*, Hotărârea din 28 septembrie 1999, Cauza *Lingens c. Austria*, Hotărârea din 8 iulie 1986.

¹⁶ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Lingens c. Austria*, Hotărârea din 8 iulie 1996; Cauza *Oberschlick c. Austria*, Hotărârea din 23 mai 1991; Cauza *Krone Verlag GmbH & Co KG c. Austria*, Hotărârea din 26 februarie 2002.

În cauza *Krone Verlag CmbH & Co KG c. Austria*, prin Hotărârea din 26 februarie 2002, Curtea Europeană a Drepturilor Omului reține faptul că întrucât persoana criticată în cadrul articolelor referitoare la situația financiară a domnului Posch, profesor și membru al Parlamentului Austriei și al Parlamentului European, este politician, iar cele publicate se refereau la faptul că nu toată averea sa a fost dobândită în mod licit, acest aspect este indiscutabil de interes public. În acest sens, Curtea constată faptul că măsurile dispuse de instanțele naționale, respectiv interzicerea publicării fotografiei celui vizat, asociată cu declarațiile ce-l descriu ca o persoană care beneficiază de avantaje materiale ilegale, constituie o violare a art. 10 din Convenție. Nu există un motiv care să justifice interzicerea fotografiei acestei persoane, atâta timp cât aceasta nu viza vreun aspect al vieții private.

De asemenea, în cauza *Dichand și alții c. Austria*, în cadrul căreia Hans Dichand, editor-șef și publicist al ziarului *Neue Kronen-Zeitung*, publică sub pseudonim un articol în care îl acuză pe avocatul unui alt grup de presă Michael Graff, care este și lider de partid politic, deputat și președinte al Comitetului legislativ al Parlamentului, că nu respectă conceptele morale din statele democratice, întrucât a luat parte la adoptarea de legi prevăzând avantaje pentru clientul său¹⁷, Curtea constată că afirmațiile făcute în cadrul articolului nu sunt simple afirmații false privind situația de fapt, ci declarații de valoare, asupra unor chestiuni de interes public general. Activitatea de afaceri a unui om politic poate fi subiect al discuției publice. Critica puternică și limbajul polemic sunt protejate de art. 10 din Convenție, ca și informațiile sau ideile care rănesc, șochează sau neliniștesc.

Deci, un om politic este îndreptățit la protecția reputației, chiar și atunci când nu acționează ca o persoană privată, dar cerințele acestei protecții nu trebuie să împiedice discuțiile deschise asupra chestiunilor politice¹⁸.

Cauza *Castells c. Spania*¹⁹, reprezintă un pilon pentru practica europeană, Curtea Europeană a Drepturilor Omului apreciind că reținerea la atacurile sau chiar criticile nejustificate ce vin de la mediile de informare sau de la adversarii politici este justificată tocmai având în vedere poziția dominantă pe care o ocupă în stat. Un guvern poate interzice critica la adresa sa doar în situații extraordinare, pentru protejarea ordinii publice ori când acuzațiile sunt lipsite de suport sau făcute cu rea-credință. Acuzația trebuie clar definită în drept, iar guvernul trebuie să producă probe „precise” ale modalității în care ordinea publică sau siguranța națională a fost amenințată, precum și ale oportunității restrângerii.

Curtea Supremă a Statelor Unite acordă un grad și mai mare criticii admisibile la adresa măsurilor privind domeniul public sau comentariile pe marginea activităților

¹⁷ C.-L. Popescu, *Libertatea de exprimare prin presă. Articole și fotografii referitoare la liderii politici și la partide politice*, în RDC, serie nouă, anul XII, nr. 5/2002, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 62.

¹⁸ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cauza *Lingens c. Austria*, Hotărârea din 8 iulie 1986.

¹⁹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cazul *Castells c. Spania*, Hotărârea din 23 aprilie 1992. Curtea a considerat că sunt încălcate dispozițiile art. 10 din Convenție dacă se iau măsuri de condamnare împotriva unei persoane pentru injurii aduse guvernului. Curtea Europeană arată deasemenea că guvernul nu poate folosi decât cu multe rezerve mijloacele penale contra criticilor, chiar și nejustificate.

guvernamentale, oricât de dur formulate, găsindu-se în limitele rezonabilului, compatibile cu dreptul fundamental la libertatea cuvântului și la exprimare, atâta vreme cât mijloacele sunt pasnice. Comunicarea nu trebuie să îndeplinească condițiile obișnuite ale acceptabilului²⁰.

În ceea ce privește afirmațiile împotriva guvernelor în care nu toate faptele au fost verificate, bazându-se pe zvonuri sau opinii, acestea sunt tolerate, atâta vreme cât natura suportului factual al afirmațiilor este clar menționată²¹. Protecția oferită jurnaliștilor încetează în momentul în care informațiile nu sunt expuse cu bună-credință, cu nerespectarea eticii jurnalistice, nu sunt precise sau complete, sau sunt difuzate în scopul de a dezinforma.

În același timp, utilizarea presei scrise și a radio-televiziunii a modificat în mod notabil stilul campaniilor politice făcute de oameni și de forțele politice. Accesul la putere este legat inevitabil de accesul la presă și de modul utilizării acesteia²².

Totodată, chiar și în democrațiile puternice, guvernele au încercat să-și mențină dreptul de supraveghere în domeniul audiovizualului, astfel cum s-a întâmplat recent în cazul legislației presei din Ungaria. Prin Rezoluția Parlamentului European din 10 martie 2011 referitoare la legislația privind mass-media din Ungaria, acesta invită autoritățile ungare să angreneze toate părțile interesate în revizuirea legislației privind mass-media și a Constituției. Comisia și-a exprimat îngrijorarea și a solicitat informații guvernului ungar cu privire la conformitatea legislației ungare din domeniul mass-media cu acquis-ul comunitar în general, în special în ceea ce privește obligația de a asigura o relatare echilibrată, aplicabilă tuturor furnizorilor de servicii mass-media audiovizuale, precum și la numirea unei singure persoane în funcția de autoritate națională pentru mass-media și telecomunicații și la respectarea principiilor pe care se bazează reglementările privind serviciile publice de radiodifuziune, precizând că noua legislație subminează pluralismul mass-media, anulează independența politică și financiară a mass-media publice, criticând totodată și faptul că Autoritatea pentru Mass-media și Consiliul pentru Mass-media sunt omogene din punct de vedere politic și exercită un control politic și guvernamental generalizat și centralizat asupra întregii mass-media.

Ingerința autorității publice în libertatea de exprimare trebuie strict limitată și aplicată nearbitrar, după criterii obiective, fiind greșit a se da prioritate la modul general unuia dintre drepturi în detrimentul celuilalt.

Conform jurisprudenței CEDO, pentru aprecierea rezonabilității unei intruziuni asupra libertății de exprimare, privind art. 10, se urmărește îndeplinirea a trei condiții:

²⁰ Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii, Cazul *Organization for a Better Austin c. Keefe*, 402 US 415, 419/1971.

²¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Cazul *Thorgeirson c. Iceland*: un ziarist a fost scutit de proba verității având în vedere că susținerile privind creșterea brutalității poliției și solicitarea unei mai bune supravegheri a poliției se bazau parțial pe opinia publică, zvonuri și relatări.

²² R. Cayrol, 1990, p. 573 citat de D.C. Dănișor în *Drept constituțional și instituții politice. vol. I. Teoria generală, Tratat*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 285.

a) intruziunea să fie prevăzută de lege; b) interferența să urmărească protejarea uneia dintre valorile precizate în paragraful 2 al art. 10 din Convenție; c) restrângerea să fie necesară într-o societate democratică. În cazul în care CEDO stabilește că toate trei ingerințele sunt satisfăcute, amestecul statului va fi considerat legitim.

Restricția aplicată libertății de exprimare trebuie să fie proporțională cu scopul legitim urmărit, iar justificarea restricției trebuie să fie pertinentă și suficientă. În ceea ce privește prevederea măsurii în legea internă, Curtea are în vedere nu numai existența unei baze în dreptul intern a măsurii în litigiu, ci și calitatea legii interne, care trebuie să fie accesibilă și previzibilă. Pe de altă parte, în stabilirea necesității ingerinței într-o societate democratică și a măsurilor ce trebuie adoptate, autoritățile naționale dispun de o anumită marjă de apreciere, marjă care este supusă controlului european exercitat de Curte în stabilirea compatibilității restricției cu libertatea de exprimare.

O interpretare prea largă a libertății de exprimare ar putea încuraja încălcarea altor drepturi. O protecție prea draconică a unui drept ar fi nu numai periculoasă, ci și contraproductivă, pentru că ar putea descuraja exercitarea libertății media²³. Îi incumbă Curții să stabilească în mod clar și în stil pedagogic, la adresa statelor, ca și a indivizilor, regulile generale ale echilibrului între libertatea de exprimare și limitările legitime, într-o manieră uniformă și protectoare pentru toți²⁴.

²³I. Moroianu Zlătescu, *op. cit.*, p. 50.

²⁴G. Cohen-Jonathan, *Discrimination raciale et liberté d'expression. A propos de l'arrêt de la Cour EDH du 23 septembre 1994 „Jersild c. Danemarca”*, în *Revue universelle des droits de l'homme*, 15 martie 1995, vol. 7, nr. 1-3, p. 8.

Metodologia cercetării juridice și importanța acesteia în formarea unei viitoare cariere în domeniul dreptului

Lector univ. dr. Cristina-Eugenia BURTEA-CIOROIANU

Lector univ. dr. Simina BADEA



Methodology of the legal research and its importance for the development of a future career in the field of law

Abstract: Under the circumstances of the present scientific evolution a series of prolific changes are generated in the research field insofar as, in the methodological field, we witness a true contamination and combination between the traditional and modern methods of law research. The knowledge of law has various forms nowadays and in this context, the crucial activity of the contemporary lawyers has as main object to describe, examine, interpret, comment the laws, the other normative acts, the legal norms in general. Therefore, the research of the set of principles, stages, methods, techniques and instruments of scientific research and knowledge of the legal phenomenon becomes more and more necessary. The legal scientific research is based upon the use of a methodology, of certain methods and procedures through the agency of which the study of law is carried on in all its complexity by the students within the faculties of law, the future lawyers.

Keywords: legal research, field of law, methodology, procedures, techniques.

➡ 1.1. Conceptul de metodologie juridică

Cunoașterea dreptului îmbracă astăzi diverse forme și în acest context activitatea cea mai importantă a juriștilor contemporani are ca obiect descrierea, analiza, interpretarea, comentariul legilor, a altor acte normative, a normelor juridice în genere: „interpretarea științifică și, prin urmare, umanitară a dreptului constituind finalitatea educațiunii juridice”¹. Așadar, devine cu atât mai necesară cercetarea ansamblului de principii, etape, metode, tehnici și instrumente de investigare și cunoaștere științifică a fenomenului juridic. Cercetarea științifică juridică se bazează pe folosirea unei

¹ N. Titulescu, *Discursuri*, Ed. Științifică, București, 1967, pp. 54-60.

metodologii, a unor metode și procedee cu ajutorul cărora are loc studierea dreptului în toată complexitatea sa de către studenții aflați la facultățile de drept, viitorii juristi.

În sens larg, conceptul de *metodologie* desemnează un sistem de principii, norme de organizare a cercetării prin intermediul cărora sunt elaborate metode, procedee și tehnici de cercetare. Din punct de vedere etimologic, *metodologia* este un cuvânt complex, derivat din grecescul *methodos* (*odos*-cale, drum; *metha*-spre), într-un cuvânt „metodă” și *logos* care înseamnă „știință”, iar în traducere liberă „știința metodei”. Sensul pe care-l atribuim însă metodologiei juridice este acela de a cuprinde ansamblul demersurilor teoretice, practice, metodico-tehnice și de cunoaștere pe care le întreprinde un viitor jurist în vederea cercetării științifice a unor fapte, fenomene juridice sau procese sociale. Metodologia reprezintă sistemul celor mai generale principii de investigație, deduse din sistemul celor mai generale legi obiective, în timp ce metoda privește fie un anumit principiu metodologic (metoda particulară), fie un procedeu tehnic oarecare (metoda individuală). O metodă, *stricto sensu*, trebuie să fie determinată de însuși obiectul cercetării științifice, trebuie să corespundă legilor acestuia. Între diversele forme metodologice – generală, particulară, singulară – există o anumită relaționare, în cadrul căreia se pot distinge aspecte caracteristice legăturii dintre general și particular, dintre parte și întreg etc. Așadar, „metodologia privește principiile care orientează cunoașterea științifică, operațiile, procedeele, tehnicile acestei cunoașteri”².

O bună cunoaștere și interpretare a dreptului (a fenomenului juridic) impune o anume metodologie, în baza căreia să se realizeze o înțelegere științifică a mecanismului acțiunii sociale a legii, a funcțiilor dreptului, a esenței, conținutului și formei sale, precum și a legăturilor sale indisolubile cu societatea. Există în literatura juridică din România, mai veche sau mai nouă, numeroase preocupări privind definirea și încadrarea în spațiul uneori strâmt al cuvântului a metodologiei juridice. Astfel, putem evidenția afirmația prof. univ. dr. Ion Craiovan din lucrarea sa *Doctrina juridică*, unde subliniază ideea unui „câmp al metodologiei științifice aflat în plină efervescență și inovare ca urmare a revoluției științifice contemporane”³, căci așa cum continuă acesta „În știința dreptului, cu toate că arsenalul metodologic s-a îmbunătățit și diversificat, s-a afirmat că dezvoltarea metodologiei de cercetare își așteaptă încă elaborarea, că acest lucru se impune din rațiuni de selecție, cercetare, apreciere a aplicării diverselor metode pe teren juridic”⁴. O încercare de creionare a conceptului de metodologie juridică o întâlnim și la prof. Nicolae Popa, care se raportează la aceasta ca la „un sistem al acelor factori de relativă invarianță într-un număr suficient de mare de metode, factori ce au ca obiect raporturile, legăturile, relațiile ce se stabilesc între diferite metode în procesul cunoașterii fenomenului juridic”⁵. Principiile, normele sau criteriile metodologice formează conținutul metodologiei juridice iar raporturile ce se stabilesc între diferitele metode în cadrul actului de cercetare științifică alcătuiesc

² R.I. Motica, Gh. Mihai, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 24.

³ I. Craiovan, *Doctrina juridică*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 17.

⁴ *Ibidem*, p. 17 și 18.

⁵ N. Popa, *Prelegeri de sociologie juridică*, Tipografia Universității București, București, 1983, p. 15.

obiectul și esența acesteia: „Prin consecință, metodologia juridică se referă la principiile cunoașterii științifice a fenomenului social al dreptului, la operațiile, procedeele, tehnicile acestei cunoașteri”⁶.

Viziunea cunoscutului jurist Mircea I. Manolescu asupra metodologiei juridice este a celui care a înțeles că „(...) în știința juridică trebuie să facem un loc important unei noțiuni mai puțin teoretice, care însă, este indispensabilă și din lămurirea căreia vom ajunge, cred, la înnoirea pe care o nădăjduim pentru întreaga concepție despre drept și artele juridice. Este vorba despre metodologia dreptului sau, mai exact, metodologia juridică. Prin metodologia juridică înțeleg acea disciplină care se preocupă de problemele aflării adevărului în știința dreptului”⁷.

Apariția metodologiei juridice pe la mijlocul secolului al XX-lea este legată de metodologia generală, ca știință despre metode, având statutul de metodologie a unei științe, cea juridică. În timp, această disciplină, căci o putem numi așa, ea având o anumită autonomie și un anumit grad de particularizare, s-a ramificat căpătând noi variante și fațete cum ar fi cea de metodologie a cercetării științifice sau de metodologie a elaborării actelor juridice, sau a învățării și aprofundării juridice etc. În cadrul studierii științelor umaniste un loc important a ajuns să-l ocupe această abordare metodologică cu scopul de a forma tinerii, de a-i orienta și ghida în hățișul informațional. Considerarea metodologiei juridice ca disciplină autonomă apare cu atât mai importantă și mai necesară, cu cât o regăsim permanent în planul reflecției generale asupra dreptului și în abordările particulare ale mai multor juriști și profesori de drept, căci „(...) știința juridică nu poate face abstracție de celelalte științe despre om și societate (...)”⁸.

➡ 1.2. Metodele cercetării științifice juridice

Principiile de drept nu pot fi aplicate *tale quale* la realitățile sociale, ci cu ajutorul anumitor metode de elaborare tehnico-practică a dreptului, căci: „În știință trebuie să distingem mai întâi elementul culminant de teorie, și de la acesta către tehnică și practică, elementele mai puțin teoretice, care trec prin ceea ce s-ar putea numi – în general – preocuparea de metodă”⁹. O condiție *sine qua non* de conturare a metodelor cercetării științifice ale domeniului juridic o constituie cunoașterea și înțelegerea unor noțiuni precum *logica juridică*, *logica judiciară*, *tehnica juridică* și *artele juridice*.

Logica juridică este aplicată unei sfere largi de probleme, cum sunt: definiții legale, metode de formare și clasificare a conceptelor juridice, sistematizarea normelor juridice, soluționarea concursului sau conflictelor de norme, regulile raționamentului juridic, interpretarea normelor juridice, fiind o adevărată sursă a dreptului. Aici avem în vedere faptul că *logica juridică* se bazează pe idei sau pe „o mitologie juridică”, pe

⁶ R.I. Motica, Gh. Mihai, *op. cit.*, p. 24.

⁷ M.I. Manolescu, *Știința dreptului și artele juridice*, Ed. Continent XXI, București, 1993, p. 28.

⁸ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 12.

⁹ M.I. Manolescu, *op. cit.*, p. 27.

date sau pe „o sociologie juridică” și pe construcții sau pe „o știință a legilor” (*nomologie*).

Logica judiciară diferentiată de cea juridică prin raportarea la litigiu se axează pe o utilizare a regulilor în activitatea practică de realizare a dreptului și mai puțin pe o aplicare a logicii în procesul specific de cunoaștere juridică, având în vedere mai mult modul de interpretare și de aplicare a normei juridice.

Tehnica juridică poate fi întâlnită atât în procesul elaborării dreptului, în spațiul redactării și formulării normelor juridice, cât și al interpretării și aplicării dreptului. Tehnica juridică asigură, într-un cuvânt, realizarea, aplicarea și practicabilitatea dreptului. De altfel, în perimetrul cercetării științifice a dreptului există preocupări permanente în sensul perfecționării tehnicii juridice.

Artele juridice sunt cele cu ajutorul cărora, în cadrul practicii judiciare se rezolvă cazurile individuale concrete tratate în justiție. Așadar, *artele juridice* sunt aspectul practic al științei dreptului și se supun procedurii formulării, al sistematizării, dogmatizării și descrierii. Arta formulării legii este specifică legiuitorului, judecătorului și revine arta interpretării acesteia, iar jurisconsultului arta ipotezei judiciare.

Preocupările pentru perfecționarea metodei au dus la constituirea metodologiei - a teoriei, a științei despre metodă. *Grosso modo*, metoda poate fi definită drept un ansamblu de principii și norme care sunt utilizate pentru cunoașterea unor elemente ale unui fenomen sau a fenomenului în întregul său. Principalele metode ale cercetării științifice adecvate investigării fenomenului juridic sunt:

• Metoda logică

Metoda logică este una dintre metodele sau procedeele tehnice de bază în aplicarea legilor, deoarece orice explicare a sensului normei juridice, fie ea istorică sau sistematică, se sprijină pe utilizarea raționamentelor și judecății logice. Utilizarea metodei logice în studierea problemelor dreptului este deosebit de utilă dacă ne gândim la faptul că instaurarea puterii de stat, constituirea sistemului de organe ale statului, corelația dintre ele sunt orientate în conformitate cu un model relational, iar activitatea de elaborare a dreptului, cât și cea de aplicare a lui trebuie să aibă un caracter logic. Logica este aplicată unei sfere largi de probleme juridice, cum sunt: definiții legale, metode de formare și clasificare a conceptelor juridice, sistematizarea normelor juridice, soluționarea conflictelor de norme, regulile raționamentului juridic, interpretarea normelor juridice. Toate științele juridice se folosesc de categoriile, legile și raționamentele logicii, căci „(...) procedeele științelor variază, însă nu și formele și esența raționamentului, de aceea nu se poate vorbi decât cu o *reservatio mentalis* despre o deducție juridică”¹⁰.

Folosirea logicii în cercetarea juridică nu trebuie să ducă la neglijarea conținutului normelor juridice, a fundamentului lor normal sau să exagereze aspectul ei speculativ în detrimentul cerințelor vieții sociale și a practicii judiciare. În general, se are în vedere utilizarea regulilor în activitatea practică de realizare a dreptului (*logica judiciară*)

¹⁰ A. Joja, *Studii de logică*, Ed. Academiei, București, 1960, p. 154.

și mai puțin un domeniu distinct de aplicare a logicii în procesul specific de cunoaștere juridică.

• Metoda comparativă

Comparația se definește ca fiind operațiunea prin care cercetătorul fenomenului juridic urmărește să constate, să fixeze, elemente identice sau divergente la două fenomene juridice cercetate. Cercetătorii actuali ai fenomenului juridic consideră că în sprijinul metodei comparative se situează frecvent analiza predictivă cu privire la evoluția și evaluarea fenomenelor și realităților juridice vis-à-vis de estimarea unor posibile necesități legislative. Compararea sistemelor de drept din diferite state, a caracteristicilor ramurilor de drept, instituțiilor și normelor acestora se dovedește utilă și eficientă în analiza fenomenului juridic, printr-o încercare de compatibilizare instituțională și procedurală, precum și printr-o deschidere a sistemelor de drept existente în plan național către cele europene și nu numai. Această procedură a determinat recunoașterea, în cele mai multe sisteme de învățământ juridic, a unei noi ramuri științifice, aceea a dreptului comparat, îndeosebi ca urmare a intensificării relațiilor economice, culturale, instituționale dintre state.

În concluzie, comparația facilitează construcția tipologiilor juridice și clasificărilor, iar în procesul de legiferare, prin această metodă, se asigură furnizarea de informații (pentru legiuitor), în legătură cu reglementările cuprinse în alte sisteme de drept sau în documente juridice internaționale.

• Metoda istorică

Metoda istorică de cercetare științifică a dreptului constă în analiza condițiilor economice, sociale, politice și de altă natură, completată cu cercetarea diferitelor categorii, tipuri de stat și drept, a structurii și funcțiilor acestora în evoluția lor de la o orânduire la alta și în cadrul aceleiași orânduirii în diferite etape. Cu ajutorul acestei metode se poate stabili sensul deplin al normelor juridice prin recurgerea la cercetarea condițiilor istorice, social-politice, juridice și, în general, a totalității împrejurărilor care au stat la baza elaborării legii sau care au determinat adoptarea unui act normativ (*occasio legis*). Așa cum afirma prof. Ion Craiovan: „Aplicarea metodei istorice reclamă studiul izvoarelor documentare, a materialelor pregătitoare ale adoptării actului normativ, a expunerii de motive și a discuțiilor ce s-au purtat cu ocazia dezbaterii proiectului de lege, a lucrărilor științifice, presei etc., referitoare la actul normativ în cauză ș.a.”¹¹. Astfel, plecând de la datele pe care le oferă istoria, în cercetarea instituțiilor juridice știința dreptului, constatând vechimea lor, le urmărește evoluția, configurația, funcțiile etc.

• Metoda sociologică

Metoda sociologică constituie o direcție de cercetare de o reală importanță pentru cunoașterea realității juridice. Această metodă aplicată în drept oferă o perspectivă

¹¹ I. Craiovan, *Itinerar metodic în studiul dreptului*, Ed. Ministerului de Interne, București, 1993, p. 114.

nouă în studiul realității juridice, ca realitate socială, verificând modul în care societatea influențează dreptul și acceptă la rândul ei influență din partea acestuia. De altfel, este firesc să considerăm că fiecare fenomen juridic are rezonanță socială și că existența dreptului este corelată existenței sociale.

Sociologia juridică cercetează modul în care societatea influențează dreptul și suportă, la rândul ei, influență din partea acestuia, evidențiind totodată faptul că există fenomene juridice primare, care se identifică cu dreptul (legile, activitatea administrativă, activitatea de aplicare a dreptului) și fenomene juridice secundare, în care ponderea elementului juridic este mai redusă (responsabilitatea socială, statutul și rolul individului).

Metodele de cercetare utilizate în studiul fenomenelor sociale și juridice se axează pe observația, analiza documentelor sociale și juridice, respectiv a documentelor oficiale, neoficiale, publice, private, statistice, biografice, jurnalistice, memorialistice, pe ancheta sociologică, pe chestionarul sociologic și pe interviu.

În concluzie, întrucât dreptul este o realitate socială, iar regulile de drept prezintă consecințe importante pentru destinul individului juristii nu se pot izola printr-o tehnică exagerată, ei fiind nevoiți să ia în calcul aspectele sociologice ale dreptului.

• Metode cantitative

Cercetarea științifică juridică apelează, în ultima perioadă, tot mai mult la metodele cantitative, care au aplicabilitate largă și imediată în teoria și practica dreptului. Metodele cantitative au un rol deosebit de important în elaborarea și sistematizarea legislației, în evidența legislativă și evidența deciziilor organelor de aplicare a dreptului, în sistematizarea informației juridice, în evidența evoluției fenomenului juridic, în evidențe și studii criminologice, în evidența faptuitorilor, după diferite criterii, în informatizarea cercetării juridice și a practicii jurisdicționale, în prevenirea și combaterea fenomenului infracțional etc. Cele mai frecvente metode cantitative folosite în activitatea organelor legislative și executive sunt: statistica juridică și informatica juridică. Complexitatea deosebită a fenomenelor determină știința dreptului să facă apel la informatică. Calculatorul este considerat ca fiind instrumentul de lucru cel mai modern și eficient în sistemul judiciar, iar prin volumul de informații stocate o adevărată enciclopedie a practicii judiciare.

Într-o epocă a informatizării mai multor domenii ale vieții economice și sociale, știința dreptului nu poate să excludă, din arsenalul metodelor de cercetare, informatica. Informatica juridică îmbunătățește procesul decizional prin rapiditatea efectuării diferitelor operațiuni. În general, metodele cantitative aplicate în sistemul de drept au meritul incontestabil de a contribui efectiv la perfecționarea reglementărilor juridice, la sporirea eficienței lor sociale, precum și la îmbunătățirea activității practice de realizare a dreptului. Metodele moderne ale statisticii și informaticii sunt folosite în mod curent și de diferite organisme europene și internaționale, atât pentru soluționarea unor probleme practice cotidiene, cât și pentru elaborarea unor programe de cooperare și dezvoltare comunitară în diferite domenii.

• Metode prospective

Prognoza socială și juridică are un caracter complex, care necesită un ansamblu diversificat și ordonat, de metode, tehnici și procedee noi. Un domeniu prioritar al cercetării prospective îl constituie cercetarea activității legislative, investigația previzională fiind o condiție prealabilă a adoptării actelor normative, a interpretării și aplicării lor, un instrument important de cunoaștere a cerințelor legice și a tendințelor dezvoltării sociale. Alături de cercetarea prospectivă, un rol deosebit de important în adoptarea deciziilor legislative îl joacă și prognoza juridică care implică alături de rezultatele cercetării științifice și elementul de decizie.

Metodele prospective aplicabile diferitelor domenii concrete ale fenomenului juridic sunt deosebit de variate¹², dintre care amintim: *metoda extrapolării* (folosită în procesul de elaborare și aplicare a dreptului); *metoda morfologică* (utilizată în domeniul în care acționează factorul decizional legislativ); *metoda modelării* (cu rol în optimizarea prognozelor de decizii). Prin introducerea acestor metode în domeniul științei dreptului, se urmărește atât creșterea rolului funcției de previziune în viitor, cât și creșterea rolului funcției explicative.

Întrucât metodele diferă ca grad de abstractizare, ca arie de aplicare, ca grad al preciziei pe care o pot oferi cercetării științifice, în general, și celei juridice, în particular, se justifică astfel dezvoltarea unei metodologii juridice, ca un ansamblu de norme de selectare, de cooperare și apreciere a avantajelor și, eventual, dezavantajului aplicării diverselor metode. Este de remarcat și faptul că în analiza sistemului metodelor de cercetare a fenomenului juridic nu poate fi absolutizată valoarea uneia în raport cu alta. În consecință, se impune o bună relaționare și combinare a metodelor de cercetare întrucât fiecare are importanța și rolul său în întregul sistemului juridic.

➔ 1.3. Importanța și actualitatea metodologiei juridice

Introducerea cursului de metodologie juridică la studenții de anul I ai facultăților de drept devine necesară în contextul unui învățământ mult prea teoretizat și plin de lacunele punerii în practică a noțiunilor juridice, încă greoaie pentru un abia intrat în lumea fascinantă și complexă a dreptului. Astfel, acest curs vine în întâmpinarea celor care vor să decodifice tainele dreptului și să fie familiarizați cu anumite rigori științifice, deoarece o carieră juridică implică o pregătire temeinică și o aprofundare a unor principii și mecanisme absolut necesare într-o asemenea meserie.

Cursul contribuie inevitabil la formarea deprinderilor de investigare științifică a fenomenelor juridice și la adoptarea modelului de învățare gândind. Studenții vor putea opera cu principalele metode și tehnici de cercetare juridică, vor construi ipoteze și modele ipotetice, pe care le vor pune în practică. În esență, acest curs are drept scop formarea abilităților de folosire a limbajului juridic corect, de interpretare a unui text juridic, de redactare a unui referat științific sau a unei lucrări științifice de an, de căutare a bibliografiei pentru studiu, de întocmire a unor acte administrative sau a unui *Curriculum Vitae*.

¹² S. Popescu, D. Iliescu, *Probleme actuale ale metodologiei juridice*, București, 1979, pp. 154-169.

Metodologia juridică vine să acopere această latură practică, atât de necesară pentru studenți, mai ales la începutul studiilor universitare, când se confruntă cu o serie de dificultăți legate de formarea lor ca viitori juriști. Importanța și necesitatea studierii metodologiei juridice este evidentă, aceasta fiind utilizată în principalele activități juridice, cum ar fi elaborarea actelor normative, a legilor, precum și în interpretarea juridică și în activitatea jurisdicțională în general.

Bibliografie

- Bung, J., *New Approaches to Legal Methodology*, în *Ancilla Juris* (www.anci.ch), 2007, 1-14;
- Craiovan, I., *Doctrina juridică*, Ed. All Beck, București, 1999;
- Craiovan, I., *Itinera rmetodic în studiul dreptului*, Ed. Ministerului de Interne, București, 1993;
- Craiovan, I., *Metodologie juridică*, Ed. Universul juridic, București, 2005;
- Dănișor, D.C., Dogaru, I., Dănișor, Gh., *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006;
- Deaconu, Ș., *Metodologie juridică*, Ed. Hamangiu, București, 2009;
- Joja, A., *Studii de logică*, Ed. Academiei, București, 1960;
- Manolescu, M.I., *Știința dreptului și artele juridice*, Ed. Continent XXI, București, 1993;
- Motica, R.I., Mihai, Gh., *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001;
- Popa, N., *Prelegeri de sociologie juridică*, Tipografia Universității București, București, 1983;
- Popescu, S., Iliescu, D., *Probleme actuale ale metodologiei juridice*, București, 1979;
- Rădulescu, M.Ș., *Metodologia cercetării științifice. Elaborarea lucrărilor de licență, masterat, doctorat*, Ed. Didactică și Pedagogică R.A., București, 2006;
- Titulescu, N., *Discursuri*, Ed. Științifică, București, 1967.

Coproprietatea forțată asupra despărțiturilor comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți reglementată în dispozițiile noului Cod civil

Asist. univ. dr. Raluca Lucia CISMARU



The forced co-ownership over the common divisions within the buildings with several housing offices belonging to certain different owners and regulated under the provisions of the new Civil Code

Abstract: In urban localities, due to the fact that the lands intended to constructions are not sufficient, the multi-storey buildings used to be a rule. In such type of buildings, the use of housing offices belonging to certain various natural persons or legal entities or being in the co-ownership or condominium depends on the existence of certain common parts representing the subject matter of the forced co-ownership.

At present, the forced co-ownership over the common parts in the multi-housing office buildings belonging to certain various owners is regulated by the general provisions mentioned in articles 648-659 of the New Civil Code¹. The provisions of the New Civil Code, representing the general framework of the regulation of this case of co-ownership, shall be supplemented by the provisions of the special laws comprising the regulations of this type of co-ownership, respectively the provisions of articles 34 – 37 of Law no. 144 of 11 October 1996, republished², as subsequently amended and supplemented, on the dwelling, to which the Government Decision no. 1275/2000 shall be added, on the approval of the Methodological Norms for

¹ Law no. 287/2009 was published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 511 of 24 July 2009, was amended by Law no. 71/2011 and republished in the Official Journal of Romania, Part I, no. 505 of 15 July 2011.

Law no. 71/2011 for the enforcement of Law no. 287/2009 on the Civil Code, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 409 of 10 June 2011, was amended by the Government Emergency Ordinance no. 79/2011 for the regulation of certain measures needed for the entry into force of Law no. 287/2009 on the Civil Code, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 696 of 30 September 2011.

² The republished text of the law was published in the Official Journal no. 393 of 31 December 1997.

the enforcement of the provisions of the Law on dwelling no. 114/1996, as republished³, the provisions of the Law no. 230 of 6 July 2007⁴ on the set up, organization and operation of the owners' associations as well as the provisions of the Methodological Norms for the enforcement of Law no. 230 of 6 July 2007 on the set up, organization and operation of the owners' associations, approved by the Government Decision no. 1588 of 19 December 2007⁵.

Keywords: co-ownership, common parts, the New Civil Code, Government Decision, housing offices.

§ 1. Considerații generale

Coproprietatea forțată se întâlnește, de regulă asupra unor bunuri care prin natura sau destinația lor nu pot forma obiectul unui drept de proprietate aparținând în mod exclusiv unei singure persoane, ci numai obiectul unei coproprietăți care nu poate înceta prin partaj, așa cum prevăd dispozițiile art. 671 din noul Cod civil.

Coproprietatea forțată asupra părților comune din clădirile cu mai multe apartamente se întâlnește numai în situația în care locuințele sau spațiile cu altă destinație aparțin unor proprietari diferiți⁶. În sens contrar, dacă întreaga construcție aparține unui singur proprietar, nu poate fi vorba de o coproprietate forțată asupra părților comune⁷.

În ceea ce privește caracterele coproprietății asupra despărțiturilor comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți, acest tip de coproprietate prezintă:

- un caracter forțat deoarece există și se menține indiferent de voința coproprietarilor, reiese din condițiile speciale necesare pentru utilizarea bunului principal, respectiv, din faptul că folosirea spațiului locativ nu este posibilă decât prin accesul asigurat de utilizarea părților comune;
- un caracter perpetuu datorită scopului bunurilor care îi alcătuiesc obiectul, care este unul permanent, și;
- un caracter accesoriu deoarece bunurile care alcătuiesc obiectul său constituie accesoriul unor bunuri principale ce se află în proprietate exclusivă⁸. De aceea,

³ The Government Decision no. 1275/2000, published in the Official Journal of Romania, Part I, no.690 of 22 December 2000, abrogated the Government Decision no.446/1997 on the approval of the Methodological Norms for the enforcement of the provisions of Law on dwelling no. 114/1996.

⁴ Published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 490 of 23 July 2007.

⁵ Published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 43 of 18 January 2008.

⁶ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Drepturile reale*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. *Rosetti*, București, 2005, p. 215.

⁷ L. Pop, L.M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 209.

⁸ D. Lupulescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, pp. 117 și 118.

coproprietatea forțată și perpetuă urmează soarta juridică a dreptului de proprietate asupra bunului principal, potrivit principiului, *accessorium sequitur principale*. Acest caracter ne duce la concluzia că dreptul de coproprietate nu poate fi înstrăinat ori grevat în mod separat. Înstrăinarea ori grevarea este posibilă numai împreună și concomitent cu înstrăinarea sau grevarea dreptului de proprietate asupra bunului principal⁹.

Astfel, suntem în prezența a două drepturi de proprietate: dreptul de proprietate asupra bunului principal și dreptul de proprietate pe cote-părți forțată și perpetuă asupra bunurilor sau bunului accesoriu destinat și, de regulă, absolut necesar pentru utilizarea normală a bunului principal.

În consecință, conținutul noțiunii de *coproprietate asupra părților comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți* se poate prezenta sub două forme:

- dreptul de proprietate aparținând unui singur titular (*proprietate individuală*), este vorba despre dreptul de proprietate exclusivă pe care îl are fiecare proprietar al apartamentului din cadrul clădirii cu mai multe apartamente, indiferent de destinația fiecăruia (spațiu destinat locuinței, sau cu o altă destinație);

- dreptul de proprietate aparținând în comun mai multor titulari (*proprietate comună*), acest drept privește spațiile comune destinate utilizării în comun a tuturor coproprietarilor¹⁰, considerate accesorii, indispensabile existenței proprietății.

Coproprietatea forțată asupra clădirilor cu mai multe apartamente poate lua naștere dintr-un acord de voință între coproprietari, dar, ea poate lua naștere și prin dispoziții succesoriale. Spre exemplu, la decesul său, o persoană, lasă moștenire un imobil cu trei etaje celor trei copii ai săi, în acest caz ne aflăm în situația unei coproprietăți obișnuite, însă dacă persoana decedată, lasă în proprietate celor trei copii câte un apartament determinat fiecăruia dintre ei, suntem în prezența unei coproprietăți forțate asupra părților comune din clădirea lăsată moștenire¹¹.

Din punct de vedere juridic nașterea acestei coproprietăți forțate presupune o succesiune de acte juridice care stau la baza construirii sau achiziționării și amenajării condominiului, precum și a înstrăinării unităților locative către proprietari diferiți.

Codul civil anterior nu a reglementat această formă a coproprietății¹², însă, în prezent, legiuitorul a înțeles să-i acorde o importanță deosebită incluzând în dispozițiile noului Cod civil coproprietatea forțată asupra părților comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți, înscriind-o în cartea a III-a „Despre bunuri”, titlul II „Proprietatea privată”, capitolul IV „Proprietatea comună”,

⁹ D. Lupulescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, pp. 118.

¹⁰ Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil. Premiere annee*, 12e Edition, Ed. Armand Colin, Paris, 2001, pp. 648 și 649.

¹¹ Y. Buffelan-Lanore, *op. cit.*, pp. 648 și 649.

¹² Art. 664 din C. civ. francez privitor la îndatoririle principale ale proprietarilor unei clădiri cu mai multe etaje a fost înlăturat de legiuitorul român de la 1864, considerându-se a fi fără aplicare practică.

secțiunea a 3-a „*Coproprietatea forțată*”, art. 648-659 din noul Cod civil¹³. Dispozițiile din noul Cod civil, constituind cadrul general al reglementării acestui caz de coproprietate, se vor completa cu dispozițiile legilor speciale ce cuprind reglementări ale acestui tip de coproprietate, respectiv dispozițiile art. 34 – 37 din Legea locuinței nr. 114 din 11 octombrie 1996, republicată¹⁴, cu modificările și completările ulterioare, la care se adaugă H.G. nr. 1.275/2000 privind aprobarea Normelor metodologice pentru punerea în aplicare a prevederilor Legii locuinței nr. 114/1996, republicată¹⁵, dispozițiile Legii nr. 230 din 6 iulie 2007¹⁶ privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari, precum și dispozițiile din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 230 din 6 iulie 2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari, aprobate prin H.G. nr. 1.588/2007¹⁷.

§ 2. Noțiunea de *proprietate individuală* din cadrul coproprietății asupra părților comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți

Proprietatea individuală, așa cum este definită prin dispozițiile art. 3 lit. b) din Legea nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari, reprezintă *apartamentul sau spațiul cu altă destinație decât aceea de locuință, parte dintr-o clădire, destinată locuirii sau altor activități, care împreună cu cota-parte indiviză din proprietatea comună constituie o unitate de proprietate imobiliară. Cu excepția unor situații pentru care există alte prevederi exprese în prezenta lege sau în acordul de asociere, dreptul de proprietate asupra unei proprietăți individuale dintr-un condominiu trebuie considerat în același mod ca și dreptul de proprietate asupra altor bunuri imobile.*

Din această reglementare, reiese că proprietatea individuală trebuie considerată în același mod ca și dreptul de proprietate asupra altor bunuri imobile, astfel proprietarul unui apartament se bucură de exercitarea unui drept de proprietate exclusivă, poate fi titularul unei cote-părți sau proprietar în devălmășie, se bucură de exercitarea tuturor atributelor dreptului de proprietate, însă cu anumite restrângeri ale exercițiului dreptului de proprietate privată asupra bunului principal. Aceste restrângeri decurg din principiul general înscris în dispozițiile art. 556 din noul Cod civil, potrivit căruia exercitarea

¹³ Legea nr. 287/2009 a fost publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009, a fost modificată prin Legea nr. 71/2011 și republicată în M.Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011, a fost modificată prin O.U.G. nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 696 din 30 septembrie 2011.

¹⁴ Textul republicat al legii a fost publicat în M. Of. nr. 393 din 31 decembrie 1997.

¹⁵ H.G. nr. 1.275/2000, publicată în M.Of. nr.690 din 22 decembrie 2000, a abrogat H.G. nr. 446/1997 privind aprobarea Normelor metodologice pentru punerea în aplicare a prevederilor Legii locuinței nr. 114/1996.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 490 din 23 iulie 2007.

¹⁷ Publicată în M. Of. nr. 43 din 18 ianuarie 2008.

dreptului de proprietate trebuie să se facă în limitele materiale ale obiectului său, determinate de limite corporale ale bunului ce formează obiectul dreptului de proprietate, cu îngrădirile stabilite de lege. Astfel, limitarea privește atât corporabilitatea bunului, cât și voința legiuitorului. Un exemplu de astfel de restrângere a dreptului de proprietate îl poate constitui dreptul proprietarului de a folosi subsolul proprietății imobiliare, însă, potrivit dispozițiilor art. 44 din Constituția României, acesta poate fi folosit și de o autoritate publică pentru executarea unor lucrări de interes general.

Alin. (2) al art. 556 NCC precizează posibilitatea limitării exercițiului atributelor dreptului de proprietate prin efectul legii, aceste limitări juridice au în vedere chiar conținutul juridic al dreptului de proprietate.

Alin. (3) al aceluiași articol menționează că limitările se pot face și prin convenție, dacă legea nu o interzice. Cu alte cuvinte, limitările pot fi rezultatul voinței legiuitorului, a instanței de judecată sau chiar al voinței proprietarului¹⁸.

Având în vedere precizările de mai sus, se impune o lămurire, în sensul că limitările exercitării dreptului de proprietate privată, indiferent de sorginea lor, nu înseamnă lipsirea titularului de dreptul său. Excepțiile de la garantarea dreptului de proprietate sunt doar cele prevăzute de Constituție, și anume, exproprierea pentru cauză de utilitate publică și confiscarea¹⁹.

§ 3. Noțiunile de *proprietate comună și părți comune* din cadrul coproprietății asupra părților comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți

Noțiunea de proprietate comună în cadrul acestui tip de coproprietate forțată este definită de Legea nr. 230/2007 [în art. 3 lit. c)] și reprezintă *toate părțile dintr-un condominiu care nu sunt apartamente sau spații cu altă destinație decât aceea de locuință*.

Art. 40 alin. (1) din Legea nr. 50/1991²⁰, cu modificările și completările ulterioare, privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, prevede că în cazul când într-o clădire se realizează mai multe apartamente și suprafețe locative cu altă destinație, proprietarii acestora dobândesc o cotă-parte de proprietate asupra tuturor părților de construcție și instalații, precum și asupra tuturor dotărilor care, prin natura lor, nu se pot folosi decât în comun, indiferent de tronsonul, scara sau etajul la care este situată proprietatea lor. Cotele-părți se determină proporțional cu suprafața construită a locuințelor, a caselor de vacanță ori, după caz, a suprafețelor cu altă destinație din clădire.

¹⁸ Prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, a fost modificat alin. (3) al art. 556 în sensul precizărilor făcute, adică adăugăm la limitarea exercițiului dreptului de proprietate prin convenție „prin voința proprietarului” așa cum am interpretat înainte de a fi modificat.

¹⁹ M. Uliescu și colaboratorii, *Noul Cod civil, Comentarii*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 95 și 96.

²⁰ Republicată în M. Of. nr. 933 din 13 octombrie 2004.

Bunul principal și cota-parte aferentă din părțile comune nu pot fi separate, ele alcătuind un tot unitar, distinct de construcție în ansamblul ei. Astfel, nu există un drept de proprietate asupra construcției în ansamblul ei, ci mai multe drepturi de proprietate asupra unităților locative privite ca bunuri principale, la care se adaugă un drept de proprietate comună pe cote-părți asupra părților comune. Coproprietatea forțată asupra părților comune din asemenea clădiri există numai în situația în care locuințele sau spațiile cu altă destinație aparțin unor proprietari diferiți. Dacă întreaga construcție aparține unui singur proprietar, nu poate fi vorba despre o coproprietate forțată asupra părților comune²¹.

Asupra bunurilor principale titularii pot avea un drept de proprietate exclusivă, pot fi proprietari pe cote-părți (proprietate comună temporară) sau proprietari în devălmășie. Caracterul perpetuu al acestei destinații este cel care împiedică încetarea respectivei coproprietăți. Pe de altă parte, caracterul accesoriu al bunurilor care formează obiectul acestei forme a proprietății comune pe cote-părți împiedică chiar și înstrăinarea separată a cotei-părți ce aparține titularului, înstrăinare ce se realizează în mod necesar, fără a fi nevoie să se facă o mențiune expresă în actul juridic translativ de proprietate, odată cu înstrăinarea bunului principal care constituie proprietatea exclusivă a înstrăinătorului²². De asemenea și dispozițiile art. 651 din noul Cod civil dispun „*cota-parte din dreptul de proprietate asupra părților comune are caracter accesoriu în raport cu dreptul de proprietate asupra spațiului din clădire care constituie bunul principal; înstrăinarea sau ipotecarea cotei-părți nu se va putea face decât odată cu dreptul asupra spațiului care constituie bunul principal*”. Astfel, întrucât părțile comune sunt bunuri accesorii în raport cu apartamentele și spațiile locative cu altă destinație decât aceea de locuință, reiese că transmiterea dreptului de proprietate asupra bunului principal, constituirea unor dezmembrăminte sau a unor drepturi reale de garanție sunt efecte juridice care se întind și asupra părților comune²³.

În noul Cod civil, în art. 648 alin. (1) se precizează că «*dacă într-o clădire sau într-un ansamblu rezidențial există spații cu destinație de locuință sau cu altă destinație având proprietari diferiți, părțile din clădire care, fiind destinate întrebuințării spațiilor respective, nu pot fi folosite decât în comun sunt obiectul unui drept de coproprietate forțată*».

În reglementarea specială este utilizată noțiunea de *condominiu*, ce reunește atât locuințele cât și spațiile cu altă destinație dintr-o clădire, precum și părțile comune. Așa cum precizează dispozițiile art. 3 lit. a) din Legea nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari, un condominiu (clădire – bloc de locuințe) este *proprietate imobiliară formată din proprietăți individuale definite apartamente sau spații cu altă destinație decât aceea de locuințe și proprietatea comună indiviză*, dar în situații speciale, în care se poate delimita proprietatea comună,

²¹ L. Pop, L.M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 209.

²² E. Chelaru, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Editura All Beck, București, 2000, p. 120.

²³ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. II, Editura Humanitas, București, 2006, p. 142.

condominiul poate fi și *un tronson cu una sau mai multe scări, din cadrul clădirii de locuit.*

În legătură cu noțiunea de *părți comune* din cadrul coproprietății forțate asupra despărțiturilor comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți, edificatoare pentru definirea acestei noțiuni, este decizia fostului Tribunal Suprem, care are aplicabilitate practică și în prezent ajutând la lămurirea numeroaselor situații juridice ce se vor ivi după intrarea în vigoare a noului Cod civil. Această decizie arăta că: „apartamentele unui imobil pot forma obiectul proprietății exclusive, iar bunurile accesorii acestuia ca: terenul, fațada, pivnițele, intrările, scările, fundațiile, curțile etc., prin natura lor fiind destinate a fi în folosința comună a tuturor proprietarilor de apartamente, rămân în coproprietate forțată”²⁴.

Din conținutul acestei decizii reiese că într-un imobil cu mai multe etaje și apartamente, există părți comune, destinate folosinței în comun pentru toți coproprietarii. Acestea se află în coproprietate forțată, aparținând astfel tuturor proprietarilor ce dețin în proprietate exclusivă apartamentele ce fac parte din clădirea respectivă. *Părțile comune*, așa cum am precizat anterior, sunt bunuri accesorii în raport cu spațiile locative, care constituie bunurile principale în sensul art. 546 alin.(1) din noul Cod civil ale cărui prevederi dispun că *bunul care a fost destinat în mod stabil și exclusiv, întrebuințării economice a altui bun este accesoriu atât timp cât satisface această utilizare.*

Și noul Cod civil prevede că părțile comune sunt bunurile accesorii destinate folosirii în comun de către toți proprietarii din acel condominiu și le enumeră în dispozițiile art. 649 alin. (1) și (2), acestea sunt:

a) *terenul* pe care se află clădirea, compus atât din suprafața construită, cât și din cea neconstruită necesară, potrivit naturii sau destinației construcției, pentru a asigura exploatarea normală a acesteia. Pentru eventuala suprafață excedentară proprietarii sunt titularii unei coproprietăți obișnuite;

b) *fundația, curtea interioară, structura, structura de rezistență, pereții perimetrali și despărțitori dintre proprietăți și/sau spațiile comune, acoperișul, terasele, scările și casa scărilor, holurile, pivnițele și subsolurile necompartimentate, rezervoarele de apă, centralele termice proprii și ascensoarele;*

c) *instalațiile de apă și canalizare, electrice, de telecomunicații, de încălzire și de gaze de la bransament/racord până la punctul de distribuție către părțile aflate în proprietate exclusivă, canalele pluviale, paratrăsnetele, antenele colective,* precum și alte asemenea părți;

d) *coșurile de fum și de aerisire,* precum și *spațiile pentru spălătorii și uscătorii* ce sunt considerate părți comune exclusiv pentru coproprietarii care utilizează aceste utilități în conformitate cu proiectul clădirii;

d) alte bunuri care, potrivit legii sau voinței părților, sunt în folosință comună.

Părțile comune dintr-un condominiu nu se confundă cu părțile comune care sunt afectate utilizării a două sau mai multe clădiri diferite (de exemplu, o centrală termică

²⁴ Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 568/1982, în Revista română de drept nr. 3/1983, p. 64.

destinată utilizării mai multor clădiri)²⁵. În această situație, s-a apreciat în jurisprudența fostului Tribunal Suprem²⁶, aplicabilă și situațiilor juridice ivite după intrarea în vigoare a noului Cod Civil, că este vorba despre o coproprietate forțată consacrată în practica judiciară prin asemănare cu alte situații de coproprietate forțată, cum ar fi zidul, șanțul și gardul comun, respectiv coproprietatea asupra despărțiturilor comune prevăzută de noul Cod civil în art. 660-666.

Părțile comune ale întregului condominiu nu se confundă nici cu părțile comune care despart două dintre unitățile locative ale condominiului (de exemplu, un perete despărțitor între două apartamente aparținând unor proprietari diferiți, în măsura în care peretele nu face parte din structura de rezistență a clădirii). În primul caz, titularii coproprietății sunt numai proprietarii vecini. În al doilea caz, titularii coproprietății sunt toți proprietarii de apartamente.

În legătură cu acest aspect Legea nr. 230/2007, în art. 11 și 12, dispune că proprietarul poate aduce îmbunătățiri sau modificări proprietății sale individuale, cu respectarea prevederilor legale referitoare la autorizarea de către autoritatea publică locală a modificărilor constructive, fără a pune în pericol integritatea structurală a clădirii sau a altor proprietăți individuale.

Proprietarul nu poate schimba aspectul sau destinația proprietății comune fără a obține mai întâi acceptul din partea asociației de proprietari.

Zidurile dintre apartamentele sau spațiile alăturate, care nu fac parte din structura de rezistență a clădirii și din proprietatea comună, pot fi reamplasate prin acordul dintre proprietarii apartamentelor sau spațiilor respective, pe baza autorizației de modificare a construcției, eliberată de autoritatea publică locală și cu înștiințarea asociației. Zidurile dintre apartamente sau spații și proprietatea comună care nu fac parte din structura de rezistență a clădirii pot fi reamplasate numai prin modificarea acordului de asociere, în baza hotărârii majorității proprietarilor și a autorizației de modificare a construcției, eliberată de autoritatea publică locală.

Privitor la cota-parte din dreptul de proprietate asupra părților comune ce revine fiecărui proprietar al unui bun principal este aceea înscrisă în titlul de proprietate, iar dacă în titlul de proprietate nu este precizată cota-parte, ele se stabilesc prin raportarea suprafeței utile a fiecărui spațiu locativ, ca bun principal, la totalul suprafeței utile a spațiilor locative din clădire [art. 652 NCC, art. 3 lit. e) din Legea nr. 230/2007]. Stabilirea exactă a cotei-părți este importantă pentru stabilirea participării la cheltuielile comune, însă nu are relevanță pentru folosința bunurilor comune. Astfel, fiecare copărtăș poate folosi nestingherit aceste bunuri, indiferent de cota sa parte, având obligația de a nu aduce atingere drepturilor celorlalți²⁷.

²⁵ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol.II, Ed. Humanitas, București, 2006, p. 141.

²⁶ Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 450/1974, publicată în Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anii 1974, pp. 58-60 ;

²⁷ I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Ed.All Beck, București, 2003, p. 157.

O situație specială este aceea a pereților care despart un apartament de părțile comune ale clădirii. Practic, titularii coproprietății sunt toți proprietarii de apartamente, dar cota-parte a proprietarului apartamentului respectiv este de $\frac{1}{2}$, la care se adaugă cota-parte ce îi revine din cealaltă cotă de $\frac{1}{2}$ care aparține tuturor proprietarilor din clădire²⁸.

§ 4. Exercițarea dreptului de proprietate privată asupra bunului principal

Deși spațiile locative aparținând unor proprietari diferiți constituie bunurile principale în raport cu părțile comune din condominiu, proprietarii bunurilor principale vor utiliza aceste din urmă bunuri astfel încât să nu tulbure în vreun fel raporturile de vecinătate, deoarece de buna utilizare a acestor bunuri principale depinde buna utilizare a bunurilor comune. Din acest motiv, legiuitorul a înțeles să aducă unele limitări speciale ce privesc exercitarea dreptului de proprietate asupra bunurilor principale.

Aceste limitări decurg din principiul general potrivit căruia *exercitarea dreptului de proprietate trebuie să se facă astfel încât să nu fie stânjenită exercitarea altor drepturi de proprietate sau a altor drepturi subiective civile*. În acest sens, art. 653 din noul Cod civil prevede că „fiecare coproprietar poate folosi, în condițiile acordului de asociere, atât spațiul care constituie bunul principal, cât și părțile comune, fără a aduce atingere drepturilor celorlalți proprietari și fără a schimba destinația clădirii”. De asemenea dispozițiile art. 14 teza a II-a din Legea nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari prevăd că „niciun proprietar nu poate încălca, afecta sau prejudicia dreptul de proprietate comună sau individuală a celorlalți proprietari din condominiu”. Dacă acest principiu se încalcă atunci cei interesați pot solicita instanței judecătorești să hotărască asupra măsurilor pentru folosirea normală a condominiului, precum și plata daunelor conform art. 18 din Legea nr. 230/2007 care prevede: *în cazurile în care în clădirile de locuințe unul dintre proprietari sau chiriași împiedică, cu bună-știință și sub orice formă, folosirea normală a clădirii de locuit, creând prejudicii celorlalți proprietari ori chiriași, după caz, proprietarii sau reprezentantul legal al acestora pot solicita instanței să hotărască măsurile pentru folosirea normală a clădirii, precum și plata daunelor*.

Mai mult, legiuitorul a instituit obligații în sarcina proprietarului fiecărui spațiu locativ. Astfel în art. 655 din noul Cod civil „*proprietarul este obligat să asigure întreținerea spațiului care constituie bunul principal, astfel încât clădirea să se păstreze în stare bună*”. O obligație asemănătoare este prevăzută și în dispozițiile art. 35 alin. (1) din Legea nr. 114/1996 conform căruia: „În clădirile de locuit cu mai multe locuințe, proprietarul răspunde de asigurarea condițiilor de funcționare normală a locuinței aflate în proprietate exclusivă și a spațiilor aflate în proprietate indiviză”. În aplicarea acestui text, art. 12 din Norma metodologică de aplicare a Legii nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari, proprietarul, membru al asociației de proprietari are obligația „să mențină în bune condiții

²⁸ V. Stoica, *op.cit.*, p. 142.

proprietatea individuală, apartamentul sau spațiul cu altă destinație decât aceea de locuință, pe propria cheltuială”. Nerespectarea acestei obligații constituie o contravenție și este sancționată cu amendă potrivit dispozițiilor art. 56 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 230/2007.

În concluzie, restrângerile stabilite de legiuitor, atât prin dispozițiile noului Cod civil, cât și prin legile speciale, aduse dreptului de proprietate asupra bunului principal din cadrul acestui tip de coproprietate se referă atât la atributul folosinței, cât și la cel al dispoziției.

a) Limitarea exercitării dreptului de folosință (ius utendi) asupra bunului principal

Noul Cod civil dispune în art. 653 că fiecare coproprietar poate folosi, în condițiile acordului de asociere, atât spațiul care constituie bunul principal, cât și părțile comune, fără a aduce atingere drepturilor celorlalți proprietari și fără a schimba destinația clădirii. În lipsa acordului de asociere se va aplica regula generală prevăzută în dispozițiile art. 647 alin. (1) din noul Cod civil.

Una dintre restrângerile atributului folosinței este prevăzută și în art. 656 NCC, în care se precizează: „coproprietarii sunt obligați să permită accesul în spațiile care constituie bunuri principale pentru efectuarea lucrărilor necesare conservării clădirii și întreținerii părților comune. În această situație, pentru prejudiciile cauzate, ei vor fi despăgubiți de către asociația de proprietari sau, după caz, de către proprietarul în interesul căruia au fost efectuate lucrările”. Astfel, exercitarea normală a dreptului de coproprietate asupra părților comune impune o restrângere asupra bunului principal.

Prevederile acestui articol se completează cu o altă restricție prevăzută de art. 15 din Legea nr. 230/2007 care dispune: ... *cu preaviz de 5 zile, proprietarul este obligat să accepte accesul în apartamentul sau în spațiul său al unui delegat al asociației atunci când este necesar să se inspecteze, să se repare, sau să se înlocuiască elemente din proprietatea comună la care se poate avea acces numai din respectivul apartament sau spațiu. Fac excepție cazurile de urgență, când accesul se poate face fără preaviz.*

Sunt frecvente situațiile în care proprietarul unui apartament dorește să schimbe destinația acestuia fie pentru a-l folosi ca sediu al unei societăți comerciale, fie pentru alte scopuri, indiferent dacă el însuși va continua să folosească apartamentul cu noua destinație sau îl va închiria unor terți. Asemenea situații au fost prevăzute de legiuitor și au fost incluse în dispoziții legale, astfel, art. 42 din Legea nr. 230/2007 stabilește că: „Schimbarea destinației locuințelor, precum și a spațiilor cu altă destinație decât aceea de locuință față de destinația inițială, conform proiectului inițial al clădirii cu locuințe, se poate face numai cu avizul comitetului executiv și acceptul proprietarilor direct afectați cu care se învecinează, pe plan orizontal și vertical spațiul supus schimbării”.

Nerespectarea condițiilor legale pentru schimbarea destinației locuinței constituie contravenție și se sancționează cu amendă, potrivit art. 56 lit. d) din Legea nr. 230/2007.

Astfel, legiuitorul a înțeles să-i protejeze pe ceilalți proprietari instituind două condiții în care se poate schimba destinația spațiului pentru locuit, astfel încât

schimbarea destinației să nu fie abuzivă și să nu împiedice folosința normală a celorlalte apartamente, potrivit cu destinația lor de locuință²⁹.

b) Limitarea exercitării dreptului de dispoziție (ius abutendi) asupra bunului principal

O restrângere a exercitării atributului dispoziției materiale asupra bunului principal este înscrisă în dispozițiile Legii nr. 230/2007 în art. 11 și 12. Astfel dacă proprietarul dorește să facă îmbunătățiri sau modificări proprietății sale individuale poate face acest lucru cu respectarea prevederilor legale referitoare la autorizarea de către autoritatea publică locală a modificărilor constructive și fără a pune în pericol integritatea structurală a clădirii sau a altor proprietăți individuale.

În privința aspectului sau destinației proprietății comune, acestea nu pot fi schimbate fără a obține mai întâi acceptul din partea asociației de proprietari. De asemenea, zidurile dintre apartamentele sau spațiile alăturate, care nu fac parte din structura de rezistență a clădirii și din proprietatea comună, pot fi reamplasate prin acordul dintre proprietarii apartamentelor sau spațiilor respective, pe baza autorizației de modificare a construcției, eliberată de autoritatea publică locală și cu înștiințarea asociației. Zidurile dintre apartamente sau spații și proprietatea comună care nu fac parte din structura de rezistență a clădirii pot fi reamplasate numai prin modificarea acordului de asociere, în baza hotărârii majorității proprietarilor și a autorizației de modificare a construcției, eliberată de autoritatea publică locală.

Exercitarea atributului dispoziției juridice asupra bunului principal este restrânsă în condițiile precizate în art. 20 din Legea nr. 230/2007. Astfel, proprietarul oricărui spațiu locativ din condominiu nu poate înstrăina dreptul său de proprietate decât dacă face dovada plății cotelor de contribuție la cheltuielile asociației de proprietari. Notarii publici vor refuza autentificarea fără înscrisul doveditor al plății acestor datorii, eliberat de asociația de proprietari în original sub semnătura președintelui și a administratorului asociației de proprietari, cu precizarea numelui și prenumelui acestora, și cu ștampila asociației de proprietari. Dobânditorul poate prelua datoriile pe care le are transmitătorul către asociația de proprietari, prin introducerea în contractul de înstrăinare a unei clauze privitoare la preluarea acestor datorii, astfel că nu mai este necesară plata prealabilă a acestor datorii [alin. (3)]. Prin aceste prevederi se reglementează un caz special de cesiune de datorie. Prin această operațiune juridică, datoria se transmite de la debitorul inițial către un alt debitor, fiind opozabilă creditorului fără acordul și chiar fără notificarea acestuia³⁰.

²⁹ V. Stoica, *op. cit.*, p. 143

³⁰ V. Stoica, *op. cit.*, p. 144.

§ 5. Exercițarea dreptului de coproprietate forțată asupra părților comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți

Exercițarea atributelor coproprietății forțate asupra părților comune dintr-un condominiu este guvernată de două reguli³¹: proprietarii unităților locative răspund de asigurarea condițiilor de funcționare normală a părților comune, instituindu-se astfel în sarcina lor o adevărată obligație *propter rem*, coproprietarii nemaiaivând posibilitatea să aleagă între exercițarea pozitivă și exercițarea negativă a dreptului lor; exercițarea atributelor coproprietății forțate prin asociația de proprietari a unităților locative din condominiu, stabilindu-se astfel cadrul juridic special pentru funcționarea regulii majorității.

Legiuitorul a instituit în plus reguli pentru exercițarea coproprietății forțate asupra părților comune din clădirile în care au fost organizate mai multe condominii și asupra părților comune ce despart apartamentele vecine sau care despart un apartament de părțile comune aparținând tuturor proprietarilor din condominiu.

a) Exercițarea atributelor coproprietății forțate asupra condominiului

În cazul coproprietății asupra părților comune dintr-un condominiu posesia, ca element de drept, se exerciță prin intermediul asociației de proprietari, potrivit principiului majorității, indiferent dacă este vorba de fapte materiale ori de acte juridice de conservare sau de dispoziție. Astfel, nu numai acțiunile posesorii, ci și o eventuală acțiune în revendicare cu privire la părțile comune se exerciță de către asociația de proprietari care va susține, în nume propriu sau în numele proprietarilor asociați, interesele legate de clădire.

Cu privire la înființarea asociațiilor de proprietari, dispozițiile noului Cod civil în art. 659 prevăd că: „*în cazul clădirilor cu mai multe etaje ori apartamente sau în cazul ansamblurilor rezidențiale formate din locuințe individuale, amplasate izolat, înșiruit sau cuplat, în care există proprietăți comune și proprietăți individuale se constituie asociația de proprietari, care organizează și funcționează în condițiile legii*”. Din interpretarea acestor dispoziții reiese obligativitatea constituirii asociațiilor de proprietari în cazurile expuse. Acestea se vor înființa, organiza și vor funcționa în condițiile impuse prin Legea specială nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari și prin Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari.

Aceste dispoziții se completează cu dispozițiile din normele speciale, respectiv art. 5 din Legea nr. 230/2007 care prevăd că asociația de proprietari se înființează prin acordul scris a cel puțin jumătate plus unu din numărul proprietarilor apartamentelor și spațiilor cu altă destinație decât aceea de locuință, din cadrul unei clădiri (cu cel puțin 3 proprietari – completează art. 4 din Normele metodologice de

³¹ V. Stoica, *op. cit.*, p. 145.

aplicare a Legii nr. 230/2007) [alin. (1)]. În clădirile de locuințe cu mai multe tronsoane sau scări se pot constitui asociații de proprietari pe fiecare tronson ori scară în parte numai în condițiile în care nu există o proprietate comună aferentă tronsoanelor sau scărilor care nu poate fi delimitată [alin. (2)]. Iar în dispozițiile Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 230/2007 în art. 2 alin. (1) se prevede că în scopul reprezentării și susținerii intereselor comune ale proprietarilor, legate de folosirea bunurilor aflate în proprietate comună indiviză din clădirea ce alcătuieste un condominiu, proprietarii apartamentelor și ai spațiilor cu altă destinație decât aceea de locuință se pot constitui în asociații de proprietari, urmând ca în art. 3 să dispună că proprietarii din asociațiile de locatari din clădirile ale căror apartamente au fost dobândite în proprietate în condițiile legii și care nu s-au organizat în asociații de proprietari vor lua măsurile prevăzute de normele metodologice pentru constituirea în asociații de proprietari, potrivit prevederilor Legii nr. 230/2007. Din dispozițiile normelor speciale reiese că înființarea asociațiilor de proprietari în cazul clădirilor cu mai multe apartamente dintr-un condominiu este lăsată la latitudinea proprietarilor apartamentelor din condominiu care își vor da acordul cu privire la înființarea unei asociații de proprietari ce îi va reprezenta și susține interesele comune ale proprietarilor în legătură cu folosința bunurilor aflate în proprietate comună indiviză din clădirea ce alcătuieste un condominiu.

Folosința părților comune se exercită fie de toți coproprietarii, cu obligația ca aceștia să asigure în mod direct accesul la spațiile locative, ca bunuri principale, fie prin intermediul asociației de proprietari sub aspectul culegerii fructelor civile sau al cedării folosinței cu titlu gratuit. Astfel, conform art. 23 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 230/2007, *spațiile din proprietatea comună pot fi utilizate, de către terți, persoane fizice sau juridice de drept public sau privat, numai cu acordul majorității proprietarilor membri ai asociației și al proprietarilor direct afectați de vecinătate, în baza unui contract de închiriere, de folosință sau de concesiune, conform art. 39 din Legea nr. 230/2007.* Astfel, proprietatea comună poate fi utilizată și de către terți, persoane fizice sau juridice, de drept public ori de drept privat, numai cu acordul majorității proprietarilor membri ai asociației și al proprietarilor direct afectați de vecinătate, în baza unui contract de închiriere, de folosință sau de concesiune.

Conform art. 13 din Legea nr. 230/2007, veniturile obținute din exploatarea proprietății comune aparțin asociației de proprietari. Aceste venituri alimentează fondurile speciale ale asociației de proprietari pentru reparații și investiții cu privire la proprietatea comună și nu se plătesc proprietarilor. Lista acestor venituri, precum și cheltuielile aferente lor sunt prezentate semestrial într-un raport afișat la avizierul asociației de proprietari.

O dispoziție asemănătoare este inclusă și în art. 24 alin. (6) din Normele metodologice. Astfel, veniturile obținute de asociația de proprietari din activități economice sau din alte activități desfășurate se constituie ca fond special și se vor utiliza în exclusivitate pentru îmbunătățirea confortului și eficienței condominiului, pentru întreținerea și repararea proprietății comune, potrivit art. 45 alin. (3) din Legea nr. 230/2007 (chiar și prin obținerea de credite bancare sau alte forme de creditare, în numele proprietarilor și cu semnătura individuală). În aceste venituri se

inclus și cele obținute din închirierea unor spații aflate în proprietate comună indiviză, a spațiilor pentru instalarea de reclame și pentru serviciul de televiziune prin cablu, firme luminoase, precum și alte venituri obținute din orice sursă, în condițiile legii. Aceste venituri se constituie ca surse proprii ale asociației de proprietari, nu se plătesc proprietarilor, nu pot fi folosite la constituirea sau la completarea fondului de rulment și nu pot fi folosite la plata facturilor emise de furnizorii de servicii publice de utilități. Acest fond va fi depus în contul asociației de proprietari și nu va putea fi folosit decât cu acordul adunării generale a asociației de proprietari, în conformitate cu bugetul de venituri și cheltuieli.

Conform regulii generale prevăzute de art. 674 din noul Cod civil „*fiecare coproprietar poate exercita folosința bunului comun, cu condiția să respecte destinația acestuia și să permită exercitarea folosinței de către ceilalți coproprietari*”, astfel, folosința, ca atribut al coproprietății forțate, se exercită de către toți coproprietarii sub aspectul utilizării părților comune, ca bunuri accesorii, care asigură în mod direct accesul la spațiile locative, ca bunuri principale.

Fiecare coproprietar poate dispune cu privire la cota sa parte din dreptul de proprietate asupra bunului comun numai odată cu exercitarea dreptului de dispoziție asupra bunului principal.

Cu privire la modul de folosire al părților comune, art. 650 din noul Cod civil prevede posibilitatea unui partaj de folosință asupra părților comune ce pot fi atribuite coproprietarilor în folosință exclusivă numai dacă prin această acțiune nu sunt lezate drepturile celorlalți coproprietari și dacă decizia de atribuire în folosință exclusivă a părților comune către proprietari este adoptată cu o majoritate de 2/3 din numărul coproprietarilor și a cotelor-părți. În clădirile unde sunt constituite asociații de proprietari, decizia se adoptă de către adunarea generală cu aceeași majoritate³².

Dispoziția juridică asupra părților comune nu se poate exercita decât odată cu dispoziția juridică asupra bunului principal. Înstrăinarea, dezmembrarea sau grevarea cu drepturi reale de garanție a dreptului de proprietate asupra bunului principal are efect și asupra cotei-părți din obiectul proprietății forțate aferente dreptului de proprietate respectiv³³. În acest sens, în art. 651 din noul Cod civil se prevede că „*înstrăinarea sau ipotecarea cotei-părți nu se va putea face decât odată cu dreptul asupra spațiului care constituie bunul principal*”.

În ceea ce privește dispoziția materială asupra bunurilor comune, aceasta se va putea exercita în baza hotărârii adunării generale a proprietarilor și cu acordul proprietarilor direct afectați, precum și, când este cazul, pe baza unui proiect tehnic întocmit de instituții de specialitate, verificat de un expert autorizat, și a autorizației de construire eliberate potrivit Legii nr. 50/1991³⁴, cu modificările și completările ulterioare.

³² V. Stoica, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2009, p. 297.

³³ V. Stoica, *op.cit.*, p. 151.

³⁴ Republicată în M.Of. nr. 933 din 13 octombrie 2004.

b) Cheltuieli comune

Conform regulii generale înscrise în dispozițiile art. 647 din noul Cod civil, titularii dreptului de coproprietate comună pe cote-părți forțată au obligația să suporte cheltuielile pentru întreținerea și conservarea bunului comun, proporțional cu cota-parte din drept a fiecărui coproprietar. Dacă bunul comun are caracter accesoriu, în absența unei convenții contrare, cota-parte din drept a fiecărui coproprietar se stabilește în funcție de întinderea bunului principal.

Conform art. 654 din noul Cod civil se prevede că: *(1) În lipsa unor prevederi legale sau înțelegeri contrare, fiecare coproprietar suportă cheltuielile legate de întreținerea, repararea și exploatarea părților comune, în proporție cu cota sa parte.*

(2) Cu toate acestea, cheltuielile legate de părțile comune folosite exclusiv de către unii dintre coproprietari cad în sarcina acestora din urmă.

În dispozițiile speciale ale art. 3 lit. i) din Legea nr. 230/2007 sunt *cheltuieli comune ale asociației de proprietari* – cheltuielile sau obligațiile financiare ale asociației care sunt legate de exploatarea, reparația ori întreținerea proprietății comune, precum și cheltuielile cu serviciile de care beneficiază proprietarii și care nu sunt facturate individual către proprietățile individuale. Așadar, în sfera acestei noțiuni intră nu numai sumele pentru plata utilităților, ci și sumele destinate constituirii diferitelor fonduri ale asociației.

Un aspect important în legătură cu sumele datorate cu titlu de contribuție la cheltuielile comune ale condominiului este acela că în cazul neplătii cheltuielilor comune pe o perioadă mai mare de 90 de zile de la data scadentei, asociația de proprietari are un privilegiu imobiliar cu rang prioritar asupra apartamentelor și altor spații proprietăți individuale ale proprietarilor din condominiu, precum și un privilegiu asupra tuturor bunurilor mobile ale acestora, pentru sumele datorate cu titlu de cotă de contribuție la cheltuielile asociației de proprietari, după cheltuielile de judecată datorate tuturor creditorilor în interesul cărora au fost făcute [art. 14 alin. (1) din Legea nr. 230/2007 și art. 26 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 230/2007).

§ 6. Încetarea coproprietății asupra părților comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți

Potrivit dispozițiilor generale ale art. 632 alin. (3) din noul Cod civil, unul dintre aspectele ce caracterizează coproprietatea forțată este faptul că aceasta nu poate înceta prin partaj judiciar. Din modul de redactare a textului într-o interpretare *per a contrario* ar rezulta că partajul convențional nu este exclus, iar în condiții specifice, poate înceta prin dobândirea de către un coproprietar a cotelor-părți din drept.

În acest sens, se pot menționa și dispozițiile art. 671 alin. (1) din noul Cod civil ce prevăd o interdicție conform căreia partajul este inadmisibil în cazurile prevăzute de secțiunile a 3-a (coproprietatea forțată) și a 4-a (proprietatea comună în devălmășie). Iar în dispozițiile alin. (2) ale aceluiași articol noul Cod civil instituie o excepție „*cu toate acestea, partajul poate fi cerut în cazul părților comune din clădirile cu mai multe etaje sau apartamente atunci când aceste părți încetează a mai fi destinate*

folosinței comune”, iar în alin. (3) al aceluiași articol din noul Cod civil se prevede „în cazul proprietății periodice și în celelalte cazuri de coproprietate forțată, partajul este posibil numai prin învoială”.

Noul cod civil în dispozițiile art. 658 intitulat *încetarea destinației folosinței comune*, prevede posibilitatea încetării destinației de folosință comună pentru părțile comune din clădirile cu mai multe etaje sau apartamente. Această încetare poate fi hotărâtă motivat cu o majoritate de două treimi din numărul coproprietarilor, caz în care devin aplicabile dispozițiile privitoare la coproprietatea obișnuită și temporară.

Coproprietatea forțată asupra părților comune dintr-un condominiu nu poate înceta, de regulă prin partaj. Totuși, practica judiciară anterioară apariției noului Cod civil a decis, prin excepție de la regulă, că starea de indiviziune forțată asupra părților comune dintr-un imobil poate să înceteze dacă toți coproprietarii își dau acordul în acest sens și partajul ar fi posibil în raport de natura bunului comun. Refuzul unuia dintre coproprietari de a consimți la încetarea acestei stări nu poate fi considerat o exercitare abuzivă a dreptului³⁵.

În împrejurări speciale, s-a admis încetarea stării de coproprietate forțată chiar fără acordul tuturor coproprietarilor, pe calea partajului judiciar, precizându-se că „prin excepție starea de coproprietate forțată poate să înceteze și atunci când nu se mai impune cu necesitate a fi menținută”. Astfel, de exemplu, în principiu, în practica veche a instanțelor judecătorești, podul unei clădiri este în folosință comună și nu se împarte între coproprietari. Dacă totuși, ținând seama de natura și destinația funcțională a podului, această posibilitate există în fapt, instanța este îndreptățită să dispună o atare împărțire, bineînțeles, fără a leza interesele vreunui coproprietar³⁶. În același sens s-a decis că „În cazul proprietății pe apartamente, nu se poate concepe încetarea stării de indiviziune asupra terenului care, prin natura sa, este afectat folosinței în comun. Dacă însă terenul depășește suprafața normală a unei curți, porțiunea de teren respectivă nu constituie coproprietate forțată și poate fi împărțită în raport cu necesitățile de funcționalitate a acesteia”³⁷.

Astfel, deși părțile comune au fost destinate utilizării bunurilor principale, astfel încât coproprietatea asupra lor are, în principiu, caracter forțat, totuși, bunul accesoriu nu este indispensabil pentru utilizarea bunurilor principale. Temeiul caracterului forțat, adică raportul de accesorialitate, dispare în măsura în care instanța de judecată apreciază că bunul principal poate fi utilizat în condiții normale chiar fără o anumită parte comună sau fără o anumită porțiune din aceasta. În acest sens, în art. 649 alin. (1)

³⁵ Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 1.095/1981, în Repertoriu de practică judiciară în materie civilă pe anii 1980-1985, p. 68.

³⁶ Tribunalul Suprem în componerea prevăzută de art. 39 alin. (2) și (3) din Legea pentru organizarea judecătorească nr. 58/1968, decizia nr. 31/1977, citată de Valeriu Stoica în *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 298.

³⁷ Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 376/1969, publicată în *Culegerea de decizii pe anul 1969*, p. 76, în același sens, a se vedea Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 1877/1974, publicată în *Culegerea de decizii pe anul 1974*, pp. 60-63 (În această ultimă decizie este examinată și posibilitatea partajării unei curți pe care au fost clădite două construcții distincte, pe același teren, concluzia acestei analize este în favoarea admiterii acestei posibilități).

lit. a) fraza finală din noul Cod civil se precizează în legătură cu terenul aferent clădirii că, „pentru eventuala suprafață excedentară proprietarii sunt titularii unei coproprietăți obișnuite”. Ca urmare, instanța de judecată poate decide partajul. Cu atât mai mult partajul este posibil prin acordul părților.

Dacă nu poate înceta prin partaj proprietatea forțată asupra părților comune din clădirile cu mai multe spații locative aparținând unor proprietari diferiți poate înceta prin alte căi. De exemplu, coproprietatea forțată încetează când toate unitățile locative din condominiu sunt dobândite în proprietate de aceeași persoană. Înstrăinarea sau ipotecarea se poate realiza dacă există o majoritate de două treimi din numărul coproprietarilor [art. 658 alin. (2) teza a II-a]. În acest caz, precum și în cazul prevăzut la art. 658 alin. (1) coproprietarii care nu au votat ori s-au opus înstrăinării sau ipotecării au dreptul la o despăgubire justă stabilită pe cale convențională, iar dacă există neînțelegeri, cel nemulțumit se poate adresa instanței judecătorești în vederea soluționării acestei neînțelegeri.

Dacă se hotărăște încetarea destinației de folosință comună a părților comune din condominiu, în condițiile arătate mai sus, constatarea acestui fapt se va face prin hotărâre a adunării generale a asociației de proprietari, adoptată cu o majoritate de două treimi din numărul coproprietarilor, astfel cum prevăd dispozițiile art. 658 alin. (4) din noul Cod civil.

Imobilul, respectiv, partea din imobil care rezultă din încetarea destinației folosinței comune se înscrie în mod corespunzător în cartea funciară, conform procedurilor din această materie înscrise în noul Cod civil în cartea a III-a, titlul VII, pe baza documentației cadastrale întocmite în acest scop [art. 658 alin. (5) din noul Cod civil].

Coproprietatea forțată asupra spațiilor comune din clădirile cu mai multe apartamente mai poate înceta și prin exproprierea pentru utilitate publică a întregii clădiri și prin pierrea integrală a bunului aflat în coproprietate, astfel dispărând obiectul coproprietății dispăre și coproprietatea, dacă pier bunurile principale, se stinge și dreptul de proprietate asupra bunurilor accesorii³⁸. O situație asemănătoare a fost prevăzută de noul Cod civil în art. 657 alin. (1): *În cazul în care clădirea a fost distrusă în întregime ori într-o proporție mai mare de jumătate din valoarea ei, orice proprietar poate, în lipsa unei înțelegeri contrare, să solicite vânzarea la licitație publică a terenului și a materialelor de construcție ce au rezultat.*

(2) În caz de distrugere a unei părți mai mici decât cea prevăzută la alin(1), coproprietarii vor contribui la refacerea părților comune, proporțional cu cotele-părți. Dacă unul sau mai mulți coproprietari refuză sau nu pot să participe la refacere, ei sunt obligați să cedeze cotele lor părți din dreptul de proprietate. Este vorba nu numai de cota-parte din bunurile comune, ci și de dreptul asupra bunului principal. Din redactarea textului legal redat concluzionăm că se instituie un caz de vânzare forțată. Prețul vânzării se va stabili de părți ori, în caz de neînțelegere, de către instanța judecătorească.

³⁸ C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 187.

Un punct de vedere referitor la reglementarea principiului autorității lucrului judecat în noul Cod de procedură civilă

Drd. Cristina COJOCARU



An opinion regarding the regulation of the principle of res judicata in the new Code of civil procedure

Abstract: As compared to the present regulation, more exactly to the present Code of procedure, in the Code of civil procedure envisaged to enter into force in the year 2012, the force of res judicata is regulated in an explicit and distinct manner at article 424, by mentioning, among other provisions, that the court orders benefit from a force of res judicata even since their pronouncement. Thus, a provisional force of res judicata is regulated, but one which is incompatible with the idea of the compatibility of res judicata with the truth, with the idea that the court order is an expression of the truth or otherwise, it reflects the truth.

Keywords: provisional force of res judicata, the effects of res judicata, compatibility of res judicata – truth.

Principiul autorității lucrului judecat s-a impus în drept din două necesități și anume, o necesitate de ordin social, dată de nevoia asigurării stabilității raporturilor juridice și o altă necesitate de ordin juridic care are în vedere încrederea în activitatea justiției. Numai prin aplicarea riguroasă a acestui principiu, întreaga ordine socială și juridică este asigurată, cetățenii fiind convinși că drepturile lor sunt recunoscute și apărute¹.

Acest principiu a fost scos în evidență în literatura juridică a ultimelor secole, literatură ce a consacrat acest principiu mai puternic decât adevărul chiar, identificându-l în ultimă instanță chiar cu autoritatea justiției².

Din punctul de vedere al reglementării legale, vom constata că în dreptul românesc acest principiu nu a fost definit ca atare.

¹I. Deleanu, V. Mărgineanu, *Prezumțiile în drept*, Cluj-Napoca 1981, p. 146.

²D. Alexandresco, *Principiile Dreptului civil român*, vol. II, Tipografia Curții Regale, București, 1926, p. 527.

Așa se face că, deși foarte important, principiul nu a fost reglementat în Codul civil anterior și nici în Codul de procedură civilă, aceste acte normative consacrandu-i doar două texte și anume, în Codul civil anterior, art. 1201 unde se stabilea că „este lucru judecat atunci când a doua cerere în judecată are același obiect, este întemeiată pe aceeași cauză și este între aceleași părți, făcute de ele și în contra lor în aceeași calitate” și art. 166 din Codul de procedură civilă actual unde se stabilește că „excepția puterii lucrului judecat se poate ridica de părți sau de judecător chiar înaintea instanțelor de recurs”.

Așadar, prima dispoziție legală stabilește elementele lucrului judecat, iar cea de a doua dispoziție legală stabilește caracterul absolut, peremptoriu al excepției procesuale³.

Dacă aceasta este reglementarea actuală, în Codul de procedură civilă viitor, prin art. 424, principiul autorității lucrului judecat este reglementat complet, stabilindu-se în alin. (1) că „hotărârea judecătorească ce soluționează în totul sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată”, iar la alin. (4) al aceluiași articol se stabilește că atunci când „hotărârea este supusă apelului sau recursului, autoritatea de lucru judecat este provizorie.”

Acest text legal consacră așadar, *expressis verbis*, noțiunea de autoritate de lucru judecat provizorie, punct de vedere pe care îl punem sub semnul întrebării, noțiunea ca atare excluzându-se reciproc, iar principiul de covârșitoare importanță al autorității de lucru judecat fiind minimalizat astfel, până la desființare chiar.

Analizând fundamentarea principiului autorității lucrului judecat, este de observat, așa cum s-a arătat și în literatura de specialitate⁴, că principalul efect al hotărârii judecătorești este acela al autorității lucrului judecat. Pe de altă parte „puterea ca autoritate a lucrului judecat înseamnă forța cu care se impune lucrul judecat și care este aceea a unei prezumții absolute, în virtutea căreia se prezumă că ceea ce a decis instanța corespunde adevărului”⁵.

Acest principiu este o calitate atașată verificării jurisdicționale și, ca atare, se pune problema naturii juridice a puterii lucrului judecat; reprezintă el o prezumție absolută de adevăr?

În literatură s-a ridicat întrebarea dacă noțiunea de autoritate de lucru judecat poate fi privită ca o însușire a actului instanței sau ca o calitate a efectelor hotărârii. Acest efect al hotărârii judecătorești, așa cum s-a subliniat în literatură⁶, este valabil întocmai în cazul în care actul instanței produce consecințe prin modificarea sau transformarea situației litigioase deduse judecății, deci în cazul acțiunilor în realizare sau constituire, dar nu este tot atât de convingătoare în cazul acțiunilor în constatare a existenței sau inexistenței unui raport juridic dat, când judecătorul „rostește” dreptul,

³ E. Florian, *Puterea lucrului judecat în materie civilă*, Ed. ALL, București, 1997, p. 27.

⁴ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil, Teoria generală* Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 520; V.M. Ciobanu, *Drept procesual civil*, vol. I, Universitatea din București, Facultatea de Drept, 1986, p. 320.

⁵ T.R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968, p. 284.

⁶ E. Florian, *Puterea lucrului judecat în materie civilă*, București, 1997, p. 29.

îl „proclamă”, fără a-i deduce și consecințe practice.

Chiar dacă astfel de hotărâri își vădesc și ele utilitatea prin aceea că o situație juridică incertă este înlocuită printr-o situație juridică incontestabilă, această incontestabilitate este un efect al autorității lucrului judecat și nu al hotărârii instanței.

Autorul menționat arată, cu referire la acest aspect, că în realitate, autoritatea lucrului judecat este o calitate atașată verificării jurisdicționale, existența dreptului subiectiv sau a interesului legitim neputând fi reținută ca o cerință apriorică, aceasta urmând a fi verificată pe parcursul judecării și în cele din urmă tranșată prin hotărârea pronunțată, iar toată această activitate desfășurându-se din momentul sesizării de către părți, în fața instanței și cu concursul acesteia.

Fundamentarea principiului puterii lucrului judecat este indiscutabil legată de ideea de adevăr pe care o exprimă hotărârea judecătorească.

Astfel, „ceea ce legitimează autoritatea de lucru judecat nu este atât caracterul definitiv (irevocabil) al hotărârii, ci adevărul care trebuie să stea la baza ei, adevărul constituind temeiul, rațiunea și fundamentul social și moral al acestui efect al hotărârii judecătorești”⁷.

Ca atare, hotărârea judecătorească este prezumată ca exprimând adevăratele raporturi juridice dintre părți și se bucură de prezumția absolută de adevăr. Procesul o dată terminat nu mai poate fi reluat, pentru că aceasta ar putea duce la pronunțarea de hotărâri contradictorii, consecințele fiind dintre cele mai dăunătoare, atât pentru părți, cât și pentru circuitul civil în general.

Astfel, s-a arătat că „grație acestui principiu, poate să domnească pacea și ordinea între cetățeni. Legiuitorul a preferat cu drept cuvânt să consacre o justiție legală decât să fie în veci și în infinit drepturile cetățenilor în suspensie”⁸.

Este de subliniat întrepătrunderea dintre prezumția absolută că hotărârea reflectă realitatea cu privire la raportul juridic dintre părți și pe de altă parte, excepția procesuală care poate face ca o nouă judecată a aceleiași cauze să nu mai fie posibilă.

Dar principiile de bază ale procesului civil, rolul activ al judecătorului creează condițiile pentru ca hotărârea ce se pronunță să fie legală și temeinică. Acest principiu este consacrat atât în procesul civil, ca și în cel penal și ori de câte ori acesta nu este respectat, sancțiunea este nulitatea hotărârii. Fiind rezultatul unui proces care nu a respectat acest principiu de bază al procesului civil, hotărârea pronunțată nu va exprima adevărul și deci va fi anulată.

Hotărârea se pronunță însă în urma unui proces în care esențial este sistemul probator, interpretarea și valorificarea probelor fiind ample și precis reglementate, și care se constituie și devin garanții pentru pronunțarea unei hotărâri legale și temeinice.

Drepturile părților sunt garantate și printr-un sistem de sancțiuni procedurale, care și ele se constituie ca un fundament solid pe care se așează prezumția de adevăr conferită de lege hotărârii judecătorești definitive și irevocabile.

⁷ D. Rizeanu, *Considerații în legătură cu unele soluții în materie civilă ale Tribunalului Suprem*, în RRD nr. 4/1973, p. 74.

⁸ C. Hamangiu, N. Georgian, *Codul civil adnotat*, vol. IV, Ed. Socec, București, p. 323.

Un rol nu mai puțin important în garantarea prezumției de adevăr a hotărârii judecătorești îl constituie sistemul gradelor de jurisdicție și al controlului judiciar, inclusiv al existenței unor căi extraordinare de atac, care vizează legalitatea și temeinicia hotărârii judecătorești.

Chiar dacă, prin absurd, s-ar da prioritate ideii că hotărârea este întotdeauna supusă erorii, că aceasta nu poartă atributele de adevăr și dreptate întotdeauna, aceasta s-ar întemeia doar pe o posibilitate, o probabilitate care nu ar fi nicidecum înlăturată prin reluarea la nesfârșit a judecării aceleiași cauze, și istoria dreptului – în special a celui românesc – este plină de astfel de exemple.

Impactul asupra stabilității raporturilor sociale și juridice în acest caz ar fi devastator, suprimându-se însăși ideea de stabilitate și implicit, de drept și adevăr.

În literatură⁹ s-a subliniat faptul că textele legale pun în legătură directă autoritatea de lucru judecat cu noțiunea de adevăr, dar judecătorul nu are decât o obligație de diligență și nu de rezultat în stabilirea adevărului.

Așa se face că principiul autorității lucrului judecat – în opinia menționată – se traduce prin asigurarea imutabilității conținutului verificării jurisdicționale față de toate procesele ulterioare. O dată epuizate căile de atac ordinare, efectul principal al autorității lucrului judecat este acela de imutabilitate, hotărârea este considerată ca expresie a adevărului obiectiv și într-un litigiu eventual viitor, constatările făcute deja prin hotărârea dată sunt obligatorii. Mai mult, partea care a avut câștig de cauză, poate cere punerea în executare a hotărârii, fără ca pe fond, să poată întâmpina vreo opoziție.

Într-un litigiu viitor, instanța va trebui să se conformeze prezumției de adevăr din hotărârea dată, cu alte cuvinte, hotărârea intrată în puterea lucrului judecat nu poate fi înfrântă, orice constatare a acesteia, într-un litigiu viitor fiind obligatorie pentru instanță.

După ce pe scurt, am încercat să facem o prezentare a principiului autorității lucrului judecat și mai ales a importanței covârșitoare a acestuia pentru procesul civil și nu numai, vom prezenta modul în care legiuitorul viitorului Cod de procedură civilă face reglementarea acestuia.

Astfel, a fost adoptat punctul de vedere exprimat de unii autori în literatura noastră conform căruia, autoritatea de lucru judecat este dobândită de hotărârea judecătorească din chiar momentul pronunțării sale, urmând ca acest caracter provizoriu al autorității lucrului judecat să se consolideze sau să fie desființat în funcție de hotărârea din recurs.

Ca motivare a acestui punct de vedere, s-a adus argumentul că și în cazul hotărârilor irevocabile, autoritatea lucrului judecat nu asigură intangibilitatea actului instanței, care poate fi desființat prin căile de atac extraordinare de retractare, contestația în anulare și revizuirea.

Acest argument aduce însă în discuție elemente care nu sunt de esența principiului autorității lucrului judecat. Este introdusă în discuție deci, ideea de irevocabilitate, importantă de altfel, dar nu unica, în analiza acestui principiu. Irevocabilitatea asigură

⁹ E. Forian, *op. cit.* p. 43

un maxim de stabilitate este adevărat, dar se află în legătură directă, unică cu noțiunea de autoritate de lucru judecat?

Și dacă autoritatea de lucru judecat poate fi considerată uneori „totală”, alteori numai parțială, provizorie, despre ce autoritate de lucru judecat mai vorbim? Chiar principiul, în acest caz este compromis, și nu mai putem vorbi de așa ceva nici în cazul hotărârilor irevocabile – pentru că oricum sunt susceptibile de desființare în căile de atac extraordinare – și cu atât mai puțin în cazul hotărârilor care nu au devenit irevocabile.

Procedând astfel, legiuitorul viitorului Cod de procedură civilă, a apropiat noțiunea de autoritate de lucru judecat de ideea de caracter executoriu al hotărârii, și nu de ideea de irevocabilitate a acesteia.

Teoretic se pot face tot felul de construcții și interdependențe, pentru că din punct de vedere practic, efectele autorității de lucru judecat ne duc tot spre ideea de nereluare a aceleiași judecăți și implicit spre ce este opus unei autorități de lucru judecat provizorii, a unui provizorat care prin el însuși este incompatibil cu ideea de stabilitate, de definitiv, de irevocabil.

Pe de altă parte, așa cum s-a arătat în literatură¹⁰, efectele lucrului judecat constau în: exclusivitate – un nou proces între aceleași părți, cu același obiect și aceeași cauză nemaifiind posibil, incontestabilitatea – hotărârea irevocabilă nu mai poate fi atacată în căile ordinare de atac, execuționalitatea – hotărârea poate fi pusă în executare silită și obligativitatea, în sensul că părțile trebuie să se supună efectelor lucrului judecat, iar partea în favoarea căreia este dată nu poate renunța la dreptul său.

Însa niciunul din aceste efecte nu poate fi, singur, în măsură să caracterizeze autoritatea de lucru judecat, ci toate împreună vor defini acest principiu, sub aspectul efectelor sale. Dacă avem în vedere că aceste efecte se completează cu acela de imutabilitate a actului jurisdicțional, ne întrebăm despre ce autoritate de lucru judecat mai putem vorbi în cazul hotărârilor judecătorești care sunt supuse căilor de atac și care nu pot avea efectele specifice menționate mai sus și care de asemenea nu îndeplinesc decât condiția că sunt emise de instanța de judecată.

Pentru a nu se reitiera o nouă cerere de chemare în judecată cu același obiect și cu aceleași părți, există alte principii în procesul civil care împiedică aceasta, dar în niciun caz, nu putem aplica, la această situație, un principiu al autorității lucrului judecat provizoriu, care urmează să fie consolidat sau dimpotrivă, înlăturat, în căile de atac.

Oricât de originali dorim să fim și chiar dacă vrem să aducem noutăți în reglementarea unor instituții juridice, aceste noutăți nu pot veni în contradicție cu principii pe care de altfel le dorim respectate pentru că sunt în concordanță cu un stat de drept și sunt verificate pe deplin în practică.

Iată de ce considerăm că modul de reglementare al principiului autorității de lucru judecat în noul Cod de procedură civilă, este cel puțin criticabil, dacă nu chiar greșit și de natură a aduce confuzie într-un domeniu de maximă importanță, cu privire la un principiu de bază în drept.

¹⁰ A se vedea de ex., G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, București, Ed. All, 1994, p. 236.

Reglementarea daunelor morale în sistemul legislativ românesc*

Drd. Florin CORNEANU
Drd. Alexandra FLORESCU



Regulation of non-pecuniary damages in the Romanian judicial system

Abstract: One of the most controversial issues of the doctrine and of the case law shall consist of the repair of the non-pecuniary damages¹, new solutions being permanently necessary for the protection of the individual's interests when a non-pecuniary damage was caused by having committed an offence.

Concretely, the amount of the civil damages to be granted for the non-pecuniary damages shall be assessed by the court. The law specialty literature and the judicial practice have revealed the aspects making it difficult to solve not so much the principle problem of the recovery of the non-pecuniary damages, but rather the problem related to the criteria and methods needed for establishing the amount of the respective damages. We consider that for lack of certain legal criteria, the court shall be liable for establishing the amount of such damages, by combining especially certain non-patrimonial measures and on the side, certain pecuniary measures, such as by the symbolic pecuniary recovery of the non-pecuniary damages.

Keywords: non-pecuniary damages, doctrine, case law, court, symbolic pecuniary recovery.

§ 1. Noțiunea de daună morală

Prejudiciul civil, în general, este rezultatul dăunător al încălcării ilicite a unui drept subiectiv sau a unui simplu interes. Dacă acest rezultat negativ poate fi evaluat în bani, el este un prejudiciu material patrimonial. Astfel, urmările faptei ilicite se răsfrâng asupra patrimoniului persoanei.

* Această lucrare a fost parțial finanțată din contractul POSDRU/CPP107/DMI 1.5/S/78421, Proiect strategic ID78421(2010), cofinanțat din Fondul social european- Investește în oameni, prin Programul operational sectorial Dezvoltarea Resurselor umane 2007-2013.

¹ Prof. Ion Neagu, PhD. Treaty of Criminal Procedure Law, Global-lex Publishing House, Bucharest 2007, pp. 284-287;

Dacă rezultatul încălcării unui drept subiectiv nu poate fi evaluat în bani, atunci el este un prejudiciu moral. Spre exemplu, suferința fizică sau psihică, cauzată prin atingerea adusă onoarei, cinstei, reputației unei persoane. În aceste cazuri urmările faptei ilicite vizează niște valori fără conținut economic, ele neputând fi apreciate în bani.

În încercarea de definire a noțiunii de *prejudiciu moral*, în literatura juridică s-a spus: „prejudiciul moral cuprinde atât vătămările aduse persoanei în onoarea, demnitatea, pozițiunea socială, creditul, libertatea sau reputația sa, cât și pe acelea care constituie o lezare a sentimentelor sale de afecțiune”. S-a mai spus că “daunele morale reprezintă în realitate suferințe sau neplăceri de ordin fizic sau psihic dar nici într-o măsură pierderi materiale”.

Într-o altă opinie s-a considerat că „prejudiciile morale sunt cele care rezultă din vătămarea unui interes personal nepatrimonial. Ele nu sunt susceptibile de evaluare bănească”.

Prejudiciile nepatrimoniale, denumite și daune morale, reprezintă acele consecințe ale acțiunii celui obligat la reparații, care nu pot fi evaluate în bani, cum ar fi: durerea provocată de moartea unei persoane ori de vătămările fizice sau psihice, de atingerile aduse onoarei, cinstei, demnității, prestigiului sau reputației unei persoane. Repararea prejudiciului sub orice formă constituie obligația persoanei care a comis fapta generatoare de prejudicii².

În literatura juridică străină s-a considerat că „prejudiciul moral este acela care nu se exprimă într-o pierdere de bani, deoarece aduce atingere unui drept extrapatrimonial”, că „dauna morală este atingerea adusă drepturilor extrapatrimoniale”; într-o altă definiție se spune că dauna morală este „prejudiciul care rezultă dintr-o atingere adusă intereselor personale și care se manifestă prin suferințele fizice sau morale pe care le resimte victima”, daunele morale reprezintă „daunele care nu antrenează, prin ele însele, o pierdere economică, o diminuare a patrimoniului”.

Noțiunea de *daune morale*, deși criticată în doctrină a fost consacrată de legiuitorul român *expressis verbis* în câteva acte normative, de exemplu prin Legea nr. 29/1990, abrogată prin Legea nr. 554/2004, modificată în anul 2007; în art. 11 alin. (2) se prevedea că „în cazul admiterii cererii în anulare a actului administrativ sau de recunoaștere a dreptului încălcat, instanța va hotărî și asupra daunelor morale și materiale cerute”; menționăm că actuala lege a contenciosului administrativ folosește, de asemenea, noțiunea de daune morale. La fel, Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, în art. 9 prevede că ori de câte ori faptele de concurență neloială cauzează daune materiale sau morale, cel prejudiciat este în drept să se adreseze instanței cu acțiune civilă³.

²V. Brutaru, *Daunele morale în procesul penal*, în Revista Studii de drept românesc nr.1/2009, p. 72.

³V. Brutaru, *Daunele morale în procesul penal*, în Revista Studii de drept românesc nr.1/2009, p. 73.

Dacă prejudiciul material, având în vedere caracterul său în același timp patrimonial și obiectiv, este, într-adevăr independent de starea de conștiință și luciditate a victimei, putând fi reparat exclusiv după pierderile materiale, actuale și viitoare, nu același lucru se poate spune despre prejudiciul moral. Prejudiciul moral, chiar dacă acceptăm că are uneori o natură dublă (obiectivă și subiectivă) componenta subiectivă este esențială pentru existența acestuia. Dacă aceasta lipsește, datorită stării de inconștientă a victimei, atunci nu există prejudiciu moral. Elementele subiective ale prejudiciului moral determină subordonarea existenței acestuia chiar conștiinței victimei. Astfel, în acord cu concepția subiectivă, realitatea prejudiciului moral nu poate fi concepută decât în cazul în care cel care e să-l sufere este capabil să-l perceapă și să-l simtă. Este motivul pentru care prejudiciul moral se identifică cu perceperea acestuia de către victimă. Prejudiciul moral presupune, așadar, obligatoriu, conștiința victimei pentru că existența sa presupune perceperea neajunsurilor pe care le provoacă. De aceea, starea de inconștientă a victimei îi exclude existența; inconștienta victimei exclude realitatea prejudiciului moral”.

§ 2. Aspecte ale raportului patrimonial-nepatrimonial în precizarea noțiunii de daune morale

Încălcarea unui drept patrimonial are drept rezultat, de regulă, un prejudiciu patrimonial. Există însă și cazuri în care această încălcare nu se rezumă exclusiv la un prejudiciu patrimonial. Astfel, distrugerea unui bun ce reprezintă o amintire de familie poate să se concretizeze nu numai într-un prejudiciu patrimonial, dar mai ales într-un prejudiciu moral, cauzat de suferința psihică pe care o resimte persoana care pierde acel bun.

Prin distrugerea unui bun prețuit de partea vătămată, care reprezenta o amintire de familie, se aduce atingere unei valori materiale, încălcându-se un drept patrimonial; prejudiciul imediat cauzat este tot patrimonial. Este incontestabil faptul că prin aceeași atingere se cauzează un prejudiciu moral, poate chiar mai important decât prejudiciul patrimonial.

Se pune întrebarea dacă prejudiciul moral este rezultatul încălcării dreptului patrimonial, adică al simplului fapt că s-a distrus un bun material ce constituie o amintire de familie. Cu siguranță că nu.

Prin distrugerea unui bun cu valoare sentimentală pentru partea vătămată se încalcă în realitate două drepturi subiective: un drept patrimonial și un drept extrapatrimonial. Valoarea lezată direct prin fapta ilicită este materială, dar drepturile subiective încălcate într-o asemenea situație sunt atât patrimoniale, cât și extrapatrimoniale. Dreptul extrapatrimonial încălcat constă în sentimentele puternice de afecțiune ale părții vătămate față de acel bun, în importanța și prețuirea pe care i-a dat-o el, în chiar dreptul de amintire. Suferințele psihice încercate de partea vătămată sunt consecința atingerilor aduse acestor sentimente de afecțiune, a dreptului de amintire, astfel sunt consecința atingerilor aduse unor drepturi extrapatrimoniale și nu a unor drepturi patrimoniale.

Prin simplul fapt că părții vătămate i s-a distrus un bun, nu se poate considera că i s-a cauzat și un prejudiciu moral, ci numai în situația în care el prețuiește foarte mult

acel bun, se poate spune că a suferit un prejudiciu moral. Astfel, prejudiciul moral poate rezulta numai din încălcarea unui drept extrapatrimonial.

În alte opinii din literatura juridică s-a afirmat că: „pentru ca un prejudiciu să fie cu adevărat nepatrimonial, este necesar să aibă un conținut neeconomic, atât valorile cărora li s-a adus atingere prin fapta culpabilă și ilicită, cât și rezultatul dăunător al acestor atingeri”⁴.

Practica a demonstrat însă, că și din încălcarea unui drept extrapatrimonial pot rezulta nu numai prejudicii morale, ci și prejudicii materiale.

Astfel, se întâmplă adesea ca suferințele fizice sau psihice cauzate părții vătămate, prin lezarea unor drepturi extrapatrimoniale, să necesite tratament medical, ceea ce înseamnă cheltuieli materiale. În acest caz, deși s-au încălcat numai drepturi extrapatrimoniale, s-au cauzat, totuși, atât prejudicii morale, cât și prejudicii materiale.

În dreptul nostru problema admisibilității despăgubirilor materiale pentru acoperirea unui prejudiciu moral a avut o anumită evoluție reprezentând una dintre problemele controversate în sistemul nostru de drept⁵.

§ 3. Prejudiciul moral ca element de declanșare a răspunderii civile. Evaluarea daunelor morale

Cauzarea unor prejudicii morale atrag răspunderea civilă, deoarece prejudiciile morale împreună cu prejudiciile materiale sunt cele două componente ale prejudiciului civil.

Conform art. 998 C. civ., „orice faptă a omului care cauzează altuia un prejudiciu, obligă pe acela din a cărui greșeală s-a ocazionat a-l repara”. Textul de lege nu face nicio distincție în legătură cu natura prejudiciului, astfel că putem spune că el se referă la orice fel de prejudiciu, atât material cât și moral. Faptul că producerea unui prejudiciu moral atrage răspunderea civilă delictuală nu a fost clar înțeles în practica noastră judiciară, aceste neînțelegeri provocând consecințe dăunătoare.

Astfel, o instanță a respins cererea părții civile de obligare a inculpatului la plata unor despăgubiri pentru daunele morale suferite, cu motivarea că o astfel de cerere nu are temei juridic. În recursul părții civile, Curtea Supremă de Justiție a apreciat că abrogarea dispozițiilor art. 92 alin. (2) din Codul penal anterior, precum și inexistența în legislația penală în vigoare a unui text de lege care să consacre expres posibilitatea reparării daunelor morale, nu duc la concluzia că o cerere de obligare a inculpatului la despăgubiri pentru daunele morale cauzate prin infracțiunea săvârșită este inadmisibilă, legislația penală și civilă în vigoare cuprinzând suficiente dispoziții care, interpretate, corect, pot constitui temeiul admiterii unei asemenea cereri. S-a reținut că, în conformitate cu prevederile art. 14 alin. (3) C. pr. pen., repararea pagubei se face în modalitățile prevăzute de lit. a) și b), adică „potrivit legii civile”, ceea ce înseamnă

⁴ Prof. univ. dr. I. Neagu, *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Global-lex, București 2007, p. 284 și 285.

⁵ Pentru generalități a se vedea: C. Stătescu, C. Bărsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008, pp. 153 și 154.

că legea penală trimite atât la dispozițiile civile de drept material, care reglementează răspunderea civilă delictuală (art. 998-1003 C. civ.), cât și la cele de drept procesual civil. Rezultă deci, că temeiul de drept al răspunderii civile a inculpatului pentru prejudiciile morale cauzate în urma săvârșirii infracțiunii îl constituie temeiul general al răspunderii civile delictuale, astfel cum este el reglementat în art. 998 și 999 C. civ.

Astfel, legea impune ca făptuitorul să repare integral toate prejudiciile ce au rezultat din comiterea faptei, indiferent de caracterul lor, deoarece art. 998 și 999 C. civ. nu fac distincție între caracterul material sau moral al prejudiciului.

În majoritatea acțiunilor în daune întemeiate pe răspunderea civilă delictuală pentru daune „morale” întâlnite în practică, reclamantul solicita obligarea la plata unor sume de bani a pârâtului, pentru a se impune astfel o „necesară sancționare” a pârâtului pentru faptele sau afirmațiile sale jignitoare și pentru a se institui un exemplu pentru alți potențiali pârâți care ar îndrăzni, în viitor, să îl jignească sau să-l defăimeze pe reclamant. Acoperirea în bani a unor prejudicii „morale” nu înseamnă decât o acțiune punitivă, care nu are nimic de-a face cu funcția reparatorie a răspunderii civile delictuale. Astfel de acțiuni, întemeiate invariabil pe art. 998 și 999 C. civ. și pe textele constituționale sau convenționale referitoare la dreptul la propria imagine, pervertesc sau schimbă sensul original al răspunderii reparatorii.

În ceea ce privește așa numitele ”delicte de presă”, adică faptele ilicite săvârșite de jurnaliști prin care se aduce atingere onoarei sau reputației unor persoane, de regulă, reclamantul solicită despăgubiri cu titlu de daune morale, precum și publicarea hotărârii de obligare la daune ori publicarea de scuze în mass-media, acuzând pârâtul de afirmații care-i lezează reclamantului demnitatea.

De exemplu, acuzațiile îndreptate împotriva unei persoane din sfera afacerilor, atingerile aduse onoarei, reputației și imaginii publice capătă o amploare deosebită, iar efectele negative vor fi resimțite cu o intensitate crescută, ceea ce imprimă unor astfel de acuzații un caracter mult mai grav⁶.

În literatura juridică franceză s-a afirmat că „patrimonializarea persoanei este cel mai mare pericol etic al dreptului contemporan”.

Considerăm că, în contextul în care se pune accentul pe ocrotirea drepturilor personalității ființei umane, repararea prejudiciilor morale produse prin atingerea acestora, trebuie să fie la fel de importantă.

Referitor la cazurile de calomnie prin presă, cu consecința producerii unor prejudicii morale importante persoanei vătămate, în practica noastră judiciară se consideră că tragerea la răspundere penală a inculpatului ziarist pentru publicațiile sale nu constituie o încălcare a libertății presei, deoarece această libertate trebuie înțeleasă ca o manifestare în voie, prin exprimarea oricărei opinii, prin relatarea anumitor fapte sau împrejurări, însă aceasta numai în cadrul drepturilor garantate de lege.

Într-adevăr, considerăm că opiniile se pot exprima liber dar fără încălcarea drepturilor legitime ale persoanei, cum sunt demnitatea, onoarea, viața particulară, dreptul la propria imagine [art. 30 alin. (6) din Constituție].

⁶ N. Mîndrilă, *Prejudiciul moral prin mass-media*, în *Dreptul nr. 2/2009*, Ed. C.H. Beck, pp. 61-64.

În opinia Curții Europene a Drepturilor Omului, privind libertatea de exprimare, ziaristul sau responsabilul ziarului este titularul unui drept subiectiv, dreptul la liberă exprimare a opiniei. Ca orice drept subiectiv, acesta trebuie să fie corect exercitat, să nu fie deviat de la scopul în vederea căruia a fost el acordat de societate, în caz contrar fiind atrasă răspunderea civilă a făptuitorului.

În ceea ce privește reparația civilă a prejudiciilor rezultate din excesele libertății de exprimare are un temei juridic legal: art. 998 C. civ., iar regulile jurisprudențiale dezvoltate în materie sunt suficient de coerente astfel încât să ofere un mijloc juridic efectiv de protecție⁷. Nu trebuie uitat că aceste reguli referitoare la răspunderea civilă delictuală nu sunt noi, nu trebuie create de către instanțe acum, după abrogarea textelor cu pricina, ci ele există de multă vreme, fiind regulile dezvoltate și aplicate de către instanțele penale chemate, până la abrogare, să soluționeze latura civilă a proceselor de insultă și calomnie.

În al doilea rând, prejudiciul moral este reparat prin acordarea de daune materiale. De altfel și în procesele penale acesta era scopul pentru care partea vătămată se constituia parte civilă. „Dacă ar fi să adoptăm punctul de vedere al Curții, potrivit căruia demnitatea umană nu poate fi evaluată în bani, ar trebui ca în aceste procese penale unde, în principiu, nu există decât prejudiciu moral, să fie interzisă constituirea de parte civilă, lucru inacceptabil. Sau ar trebui să considerăm că singura satisfacție pentru partea vătămată nu ar fi decât condamnarea penală a persoanei vinovate, lucru de asemenea greu de acceptat. În plus, procesul civil asigură și o echitate a procedurii pentru pârât, care nu-și mai vede limitate posibilitățile de apărare, așa cum am văzut că se întâmplă în cazul infracțiunilor de insultă și de calomnie”⁸.

Prejudiciile morale afective pot implica și anumite prejudicii patrimoniale. De exemplu, cazul unui avocat căruia punându-i-se la îndoială probitatea sau capacitatea sa profesională ca urmare a unor defăimări, ajunge la situația să fie ocolit și să-și vadă compromisă însăși cariera, deși defăimările nu privesc decât onoarea sa, adică un domeniu nepatrimonial.

Evaluarea daunelor morale neputând fi făcută în aceleași condiții ca ale celor patrimoniale, presupune stabilirea unor criterii specifice de evaluare. Un asemenea criteriu ar putea fi *importanța socială a valorii lezate* prin săvârșirea faptei ilicite. În acest caz, valoarea poate avea atât un conținut subiectiv (implicând o prețuire din partea persoanei lezate), dar și un aspect obiectiv, fiind expresia unei cerințe obiective a realității. Prejudiciul moral va fi cu atât mai mare cu cât valoarea lezată este mai importantă pentru partea vătămată. Personalitatea victimei poate fi un alt criteriu care completează criteriul importanței valorii lezate. Spre exemplu, victima care are un anumit statut social, o anumită notorietate va putea pretinde o sumă mai mare drept daune morale, fiind mai profund prejudiciată prin leziunea suferită.

⁷ D.C. Dănișor, S. Răduletu, *Curtea Constituțională, Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007*, în *Curierul judiciar* nr. 3/2007, Ed. C.H. Beck.

⁸ D.C. Dănișor, S. Răduletu, *Curtea Constituțională, Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007*, în *Curierul judiciar* nr. 3/2007, Ed. C.H. Beck.

În raport cu valoarea lezată se mai poate avea în vedere drept criteriu și gravitatea, precum și intensitatea durerilor fizice și psihice, provocate de agresor. Un alt criteriu ar putea fi repercusiunile asupra situației sociale a victimei, inclusiv în plan familial sau profesional, prin atingerile aduse onoarei și demnității victimei.

Nu trebuie scăpată din vedere nici culpa persoanei vătămate, care influențează în mod obligatoriu cuantumul despăgubirilor pentru prejudiciile morale. Unele instanțe resping *de plano* acordarea de daune morale dacă există și o culpă a victimei, deși o atare soluție s-ar justifica numai dacă agresorul și victima au o culpă egală (compensarea culpelor).

Un alt criteriu ar putea fi acela al echității și anume ca daunele morale să exprime cerințele de dreptate și echitate. Judecătorii Înaltei Curți de Casație și Justiție au apreciat (în cuprinsul Deciziei nr. 2.617 din 9 iulie 2009 pronunțată în recurs de Secția penală a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect acordarea de daune morale) că despăgubirile pentru daune morale se disting de cele pentru daune materiale prin faptul că acestea nu se probează, ci se stabilesc de instanța de judecată prin evaluare. În acest scop, pentru ca evaluarea să nu fie una subiectivă ori pentru a nu se ajunge la o îmbogățire fără just temei, în cazul infracțiunilor contra persoanei este necesar să fie luate în considerare suferințele fizice și morale susceptibil în mod rezonabil a fi fost cauzate prin fapta săvârșită de inculpat, precum și de toate consecințele acesteia, așa cum rezultă din actele medicale ori de alte probe administrate. Înalta Curte a mai apreciat că întinderea răspunderii civile delictuale nu este limitată de posibilitățile de plată ale inculpatului, principiul aplicabil fiind cel al reparării integrale a prejudiciului material și moral cauzat prin fapta săvârșită⁹.

§ 6. Controverse privind repararea prejudiciilor morale prin despăgubiri bănești în caz de deces

În jurisprudență s-a ridicat problema dacă repararea daunelor morale poate fi acordată numai persoanei direct vătămate sau poate fi acordată și persoanelor apropiate victimei decedate.

Practica s-a dovedit a nu fi unitară în acest sens.

Potrivit unei decizii a Curții de Apel Timișoara daunele morale pot fi acordate numai persoanei vătămate care a fost supusă suferințelor fizice și traumelor psihice, nu și celor care au suferit afectiv din cauza accidentului¹⁰.

Tribunalul Județean Covasna, prin dec. pen. 44/1995 a apreciat că „daunele morale sunt admisibile în toate cazurile când partea civilă a fost expusă unor suferințe ca urmare a pierderii unei rude (în speță a fiului) victimă a accidentului de circulație. Astfel, sunt îndreptățite la despăgubiri atât persoanele direct vătămate, cât și părinții acestora, deoarece în ambele ipoteze există o suferință sufletească reală, ca temei al daunelor morale. De asemenea, s-a apreciat că „Termenii art. 998-999 C. civ. fiind

⁹ Deciziei nr. 2.617 din 9 iulie 2009, pronunțată în recurs de Secția penală a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

¹⁰ Curtea de Apel Timișoara, prin Dec. pen nr. 274/1994.

generali, rezultă că toți cei care sunt lezați printr-un fapt prejudiciabil pot exercita acțiune de daune-interese. Astfel tatăl și soțul, atinși nu numai prin pierderea materială a unei fiice și a soției, dar și prin prejudiciul moral sub raportul afecțiunii, sunt în drept a exercita această acțiune”¹¹.

În favoarea acestei soluții sunt și recomandările Consiliului Europei cu privire la repararea daunelor morale. Cu ocazia Colocviului de la Londra din 21-25 iulie 1969, s-a recomandat țărilor membre că „în caz de deces repararea daunelor morale trebuie acordată rudelor apropiate ale victimei, dacă repararea este justificată în mod deosebit”.

În art. 19 al Rezoluției 75-7 a Comitetului Miniștrilor Europei cu privire la repararea prejudiciilor în caz de leziuni corporale și de deces, adoptată la 14 martie 1975, se precizează că „Sistemele juridice care, actualmente nu acordă un drept la reparare pentru suferințe psihice îndurate de o terță persoană în urma decesului victimei ar trebui să acorde o astfel de reparare unor persoane ca tată, mamă, soț sau soție, logodnic și copiii ai victimei, cu respectarea condiției ca aceste persoane să fi avut legături strânse de afecțiune cu victima în momentul decesului. În sistemele juridice care acordă actualmente anumitor persoane astfel de drept la reparare, acesta nu trebuie să fie lărgit nici în ce-i privește pe cei care au dreptul, nici în ce privește dimensiunea indemnizației”.

Și în practica română, persoanele care au beneficiat de acordarea unei indemnizații pentru repararea prejudiciului lor afectiv, au fost soția supraviețuitoare, fratele, sora, tatăl, mama și copiii victimei.

S-a pus problema dacă au dreptul la aceste indemnizații persoanele de vârstă fragedă. Soluțiile nu sunt unitare. Unele instanțe au acordat aceste indemnizații, altele nu, reținându-se că „Referitor la cererea părții civile – o minoră în vârstă de doi ani – de obligare a inculpatului la 300 lei daune morale, instanța apreciază că aceasta este nejustificată și urmează să o respingă. Astfel, daunele morale au menirea de a acoperi prejudiciile nepatrimoniale cauzate unei persoane, constând în suferințe psihice produse în urma săvârșirii unei infracțiuni. Or, față de vârsta fragedă a fiicei victimei, considerăm că în cauză nu se poate vorbi despre aceste suferințe psihice și aceasta cu atât mai mult cu cât minora se afla în întreținerea bunicii materne și înainte de producerea accidentului”.

§ 7. Aspecte privind repararea daunelor morale în jurisprudența instanțelor ordinare și jurisprudența CEDO

Practica judiciară actuală a instanțelor române în domeniul reparării daunelor morale, raportată la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. Revenirea la practica admiterii reparării bănești a prejudiciilor nepatrimoniale, ratificarea Convenției europene a drepturilor omului în anul 1994 și încorporarea sa în dreptul intern au ocazionat în practică soluții diverse, justificate de multitudinea situațiilor de fapt cu care instanțele judecătorești au fost sesizate¹².

¹¹ Tribunalul Județean Covasna, prin Dec. pen. nr. 44/1995.

¹² Judecător C. Mitru Tribunalul Dolj, *Aspecte privind repararea daunelor morale în jurisprudența instanțelor naționale și jurisprudența CEDO*, în Revista de Științe juridice nr. 1/2006, pp. 132 și 136.

În anumite hotărâri adoptate de către instanțele ordinare se face referire la jurisprudența constantă a Comisiei și a Curții Europene, în cauze precum *Observer și Guardian vs. Marea Britanie* și *Schwabe vs. Austria*, și unde se constată o diversitate a practicii instanțelor față de tema abordată, importantă fiind aprecierea judecătorului asupra situației de fapt și probatoriului administrat în cauză, în raport de care se explică rațiunea instituirii daunelor morale.

Tribunalul Militar Cluj refuză daunele morale solicitate pentru partea vătămată considerând că starea psihică a victimei nu permite acordarea vreunei indemnizații cu titlu de daune morale, întrucât acesta nu și-ar mai atinge scopul de a alina suferințele sau de a compensa prejudiciul moral.

O părere total contrară este aceea că victima ar avea dreptul la repararea prejudiciului său corporal, prejudiciu deosebit de grav.

Comentând o hotărâre judecătorească, prin care se acordase o indemnizație cu titlu de reparare a prejudiciului moral rudelor apropiate ale victimei, M. Boar susține că instanța „...a refuzat indemnizarea unei astfel de victime, transformând, în mod tacit, prejudiciul corporal în prejudiciu afectiv, transferând despăgubirea de la victimă la terți, ignorând astfel constatarea, ce rezultă în mod obiectiv, a existenței unui prejudiciu deosebit de grav, suferit de o persoană care continuă să fie o ființă umană, un subiect de drept ce trebuie să beneficieze, în această calitate, de drepturile recunoscute și ocrotirea acordată de lege tuturor celorlalte subiecte de drept”.

Totuși, autorul susține puțin mai jos că „în cazul unei victime aflate în stare de inconștiență totală și permanentă însă, nu numai ideea de reparație dar nici chiar aceea de compensație nu oferă suportul adecvat acordării de despăgubiri...”.

Spre exemplu într-o altă speță¹³ inculpatul a fost obligat la plata unor despăgubiri materiale și morale, în urma săvârșirii infracțiunii de vătămare corporală gravă. Părțile au făcut apel, inculpatul invocând legitima apărare, iar victima înlăturarea circumstanței atenuante legale a provocării. Despăgubirile au fost majorate, iar apelul inculpatului respins. Împotriva deciziei au declarat recurs inculpatul și partea civilă M.V., reiterând aceleași aspecte ca și în apel: inculpatul solicitând aplicarea art. 44 C. pen., iar partea civilă înlăturarea art. 73 lit. b) C. pen.

Instanța a considerat că atacul părții vătămate îndeplinește condițiile pentru a da naștere unei apărări legitime, acestea fiind unul material, direct, imediat și injust, îndreptat împotriva inculpatului, punându-i în pericol grav integritatea. Dintre condițiile enumerate, pericolul grav suportă discuție, dar acesta este justificat de amenințarea cu moartea, scoaterea unui obiect lucitor cu care s-a îndreptat către inculpat cu intenția de a-l lovi. Apărarea s-a realizat printr-o faptă prevăzută de legea penală, a fost precedată de atac s-a îndreptat împotriva agresorului, a fost necesară pentru înlăturarea atacului și a fost proporțională cu gravitatea acestuia.

Atâta timp cât partea vătămată a urmărit inculpatul, acesta s-a retras, l-a insultat și amenințat, era înarmat cu un obiect lucitor, a ridicat brațul înarmat cu intenția de a-l lovi, riposta inculpatului de a-l respinge constituie un reflex natural de apărare a integrității fizice și, prin urmare, un act necesar comis în legitimă apărare. Recursul inculpatului fiind fondat, Curtea îl va admite și va dispune sub acest aspect, în baza art. 11 pct. 2 lit. a)

¹³ Secția penală a Curții de apel Alba Iulia, Decizie nr. 906/2004 din 19 noiembrie 2004.

raportat la art. 10 lit. e) C. pr. pen. și art. 44 C. pen., achitarea inculpatului B.S. de sub învinuirea săvârșirii infracțiunii prevăzute de art. 182 alin. (1) C. pen.

În dreptul francez soluțiile sunt diferite: unele instanțe consideră că „...victima unor vătămări de maximă gravitate ale stării de conștiință trebuie respectată în demnitatea sa de ființă umană și protejată în ansamblul drepturilor sale ca persoană; ea rămâne subiect de drept chiar dacă, potrivit datelor actuale ale științei medicale, este considerată ca privată de conștiință” și că „protecția drepturilor sale impune ca acestea să fie apreciate nu din perspectiva sentimentelor pe care ea este presupusă a le avea, ci prin referire la sentimente în mod obișnuit resimțite în cazul unor vătămări similare de către persoane în stare de a-și exprima voința, căci astfel ea va fi lipsită de o parte a drepturilor sale, fără să existe totuși certitudinea absolută a absenței totale a suferinței sau a oricărui sentiment ce se raportează la durere...”.

În majoritatea acțiunilor în daune „morale” pe care le-am putut vedea în practică se susține de către reclamânți că deciziile Curții Europene a Drepturilor Omului de la Strassbourg ar statua faptul că «se justifică sancționarea persoanei care prin afirmațiile sale a depășit limitele criticii admisibile». În afară de faptul că nu am sesizat o jurisprudență unitară a CEDO în acest sens, se cuvine a constata că CEDO tratează diferit, față de persoanele particulare obișnuite, două tipuri de litiganți: (i) oamenii politici sau personalitățile publice, ca reclamânți, și (ii) criticii acestora, în special ziaristii, ca pârâți.

După cum bine a statuat doctrina, expresia politică beneficiază, alături de exprimarea prin presă, de un regim special. Conform aceluiași opinii, Curtea considera că libertatea discursului politic și a dezbaterilor politice este extrem de importantă pentru prezența unor standarde democratice și a civilizației europene, bazată pe pluralism politic. Instanța europeană tinde să admită faptul că, chiar dacă o dezbatere politică poate să decadă ușor în atacuri la persoană și insulte, acest fapt este considerat un rău necesar pentru protejarea obiectivelor unei societăți democratice¹⁴.

Cu privire la dreptul terțelor persoane la reparare morală (victimele-ricșeu), unele instanțe au hotărât că nu se pot acorda daune morale decât persoanei vătămate, care a fost supusă suferințelor fizice și traumelor psihice, iar nu și celor care au suferit afectiv din cauza accidentului; alte instanțe au decis, dimpotrivă, că pot fi acordate daune morale și persoanelor apropiate victimei decedate, pentru că daunele morale sunt admisibile în toate cazurile când partea civilă a fost expusă unor suferințe ca urmare a pierderii unei rude, deoarece există o suferință sufletească reală, ca temei al daunelor morale, soluție pe care o considerăm a fi cea mai justă. Se poate observa faptul că în dreptul anglo-saxon – care și-a pus amprenta în mod fericit în ultima vreme și asupra jurisprudenței CEDO și, treptat, și asupra jurisprudenței noastre – daunele morale sunt acordate realmente cu titlu de sancțiune. Ele sunt chiar „punitive damages”, adică despăgubiri menite realmente să-l penalizeze pe pârâtul vinovat de atingerile grave aduse imaginii reclamantului și, în același timp, să se constituie într-un avertisment sever pentru cei care ar intenționa, în viitor, să aducă atingeri dreptului la imagine al reclamantului. Dar la acest sistem propriu dreptului anglo-saxon s-a ajuns fie prin legi speciale, fie prin precedente judiciare, justificate de numărul imens de cauze de acest gen.

¹⁴ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii pe articole*, vol.I, Ed. C.H. Beck, București, 2005, pp. 749 și 750.

Prezumția de nevinovăție - mijloc de garantare a siguranței persoanei cu ocazia aplicării legii penale

Asist. univ. dr. Anca Costina GHERGHE



Presumption of innocence-a mean to guarantee the individual's safety when enforcing the criminal law

Abstract: The protection of the right to safety is very important for any individual being himself/herself in the situation to endure the state constraint exercised within the criminal proceedings by the state authorities, especially considering that in this field the constraint involves many times the deprivation of liberty of the individuals, this fact representing the most severe limitation of their liberty. From the procedural point of view, the right to the individual's safety must be guaranteed first of all by the adequate enforcement of the criminal law. The principle of the presumption of innocence represents a fundamental right laying at the basis of all modern criminal laws and whose content leads to very serious consequences in the matter of warranting the individual's safety and of his/her right to be judged within an equitable jurisdiction procedure. These consequences refer to the party to which the task of evidence is incumbent upon, to the fact that the defendant must be deemed as innocent until a final conviction court order is pronounced and to the requirements that the preventive measures have to meet in order not to breach the presumption of innocence.

Keywords: presumption of innocence, criminal law, right to safety, in dubio pro reo.

§ 1. Noțiune și reglementare

Este firesc ca în momentul în care săvârșește un act antisocial, individul să suporte sancțiunea impusă de norma pe care o nesocotește prin comportamentul său. Însă la fel de firesc este ca, individul ajuns în situația aceasta, să beneficieze de toate garanțiile unei proceduri legitime și să îi fie respectate drepturile, în special dreptul la siguranță și dreptul la un proces echitabil, pentru că acestea sunt pasibile de încălcare cu precădere în cadrul procedurilor aplicării constrângerii statale. Una dintre modalitățile de protecție a individului împotriva puterii de constrângere a statului este garantarea principiului prezumției de nevinovăție.

În termeni generali, principiul prezumției de nevinovăție, așa cum reiese din art. 5² al Codului de procedură penală al României, este regula potrivit căreia orice persoană este considerată nevinovată până când intervine o hotărâre judecătorească definitivă prin care să se stabilească vinovăția acesteia. Această prevedere legală se completează cu cea conținută de art. 66 al aceluiași act normativ, potrivit căruia: (1) „Învinuitul sau inculpatul beneficiază de prezumția de nevinovăție și nu este obligat să-și dovedească nevinovăția. (2) În cazul când există probe de vinovăție, învinuitul sau inculpatul are dreptul să probeze lipsa lor de temeinicie”. Prezumția de nevinovăție nu este, însă, prevăzută numai la nivel legal în dreptul românesc, ci ea este un principiu cu valoare constituțională, astfel că art. 23 din Constituția României dispune în alin. (11) că „Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată”.

La nivel internațional, principiul respectării prezumției de nevinovăție este consacrat de Declarația Universală a Drepturilor Omului de la 1948 [art. 11 alin. (1): „Orice persoană acuzată de comiterea unui act cu caracter penal are dreptul să fie presupusă nevinovată până când vinovăția sa va fi stabilită în mod legal în cursul unui proces public în care i-au fost asigurate toate garanțiile necesare apărării sale”], apoi de Convenția europeană a drepturilor omului [art. 6 alin. (2): „Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită”], de Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice [art. 14 alin. (2): „Orice persoană acuzată de comiterea unei infracțiuni penale este prezumată a fi nevinovată cât timp culpabilitatea sa nu a fost stabilită în mod legal”], dar și de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene [art. 48 alin. (1): „Orice persoană acuzată este prezumată nevinovată până ce vinovăția va fi stabilită în conformitate cu legea”].

O abordare diferită a principiului prezumției de nevinovăție o regăsim în dreptul francez. Astfel, dacă dispoziția din Codul francez de procedură penală este asemănătoare cu cele amintite anterior („orice persoană suspectată sau urmărită este prezumată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale. Atingerile aduse prezumției de nevinovăție sunt stabilite, reparate și pedepsite potrivit legii”¹). Prevederea din Declarația drepturilor omului și cetățeanului are o vocație diferită. Art. 9 al Declarației prevede că „Orice om este considerat nevinovat, până în momentul în care a fost declarat vinovat; dacă se consideră indispensabilă arestarea sa, orice act de constrângere în afara celor necesare pentru reținerea lui trebuie să fie aspru pedepsit de lege”. După cum se poate observa, în timp ce toate celelalte documente oficiale internaționale, garantează persoanelor acuzate dreptul de a le fi respectată prezumția de nevinovăție, Declarația din dreptul francez face referire la „orice om”, ceea ce îi dă o vocație de universalitate și o interpretare mult mai largă².

¹ Punctul III al articolului preliminar al Codului francez de procedură penală.

² S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 6^e édition, Ed. Litec, Paris, 2010.

§ 2. Semnificația principiului

Principiului prezumției de nevinovăție reprezintă un drept fundamental care stă la baza tuturor legislațiilor penale moderne³ și al cărei conținut atrage consecințe foarte importante în materia garantării siguranței persoanei și a dreptului acesteia de a fi judecată în cadrul unei proceduri jurisdicționale echitabile. Aceste consecințe se referă la partea căreia incumbă sarcina probei, la faptul că acuzatul trebuie considerat nevinovat până când intervine o hotărâre definitivă de condamnare și la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească măsurile preventive pentru a nu încălca prezumția de nevinovăție.

A. Sarcina probei

Faptul că niciodată instanța de judecată nu trebuie să pornească de la premisa că o persoană căreia i se aduc acuzații legale este vinovată înainte ca vinovăția să fi fost stabilită printr-o condamnare definitivă⁴, ci că, din contră, este nevinovată, aceasta atrage, în primul rând, consecința că acea persoană nu trebuie să aducă dovezi pentru a-și proba nevinovăția, din moment ce nu este considerată vinovată. Prin urmare, primul element definitoriu al conținutului prezumției de nevinovăție se referă la sarcina probei și constă în faptul că cel acuzat nu trebuie să își dovedească nevinovăția, ci revine acuzării sarcina probei⁵.

În cazul în care există și probe din partea acuzării și probe în apărare, astfel că nu rezultă cu certitudine că persoana este vinovată, instanța nu poate pronunța condamnarea inculpatului⁶. Este regula *in dubio pro reo*, care se traduce în sensul că orice dubiu profită celui acuzat⁷. Dubiul poate să existe asupra faptelor, dar și asupra normelor juridice, adică o normă să fie prea vagă, astfel încât să profite acuzării, iar nu apărării⁸. De exemplu, situația în care se angajează răspunderea penală în cazul unui accident de circulație pentru că „făptuitorul nu a redus viteza până la limita evitării oricărui pericol”⁹. În mod evident, în acest caz îndoiala nu profită celui acuzat.

Cu toate acestea, Curtea Europeană nu interzice existența în sistemele de drept ale statelor membre a prezumțiilor de drept sau de fapt împotriva acuzatului, însă impune ca statele să respecte în stabilirea acelor prezumții anumite „limite rezonabile, luând în considerare gravitatea faptelor vizate și garantarea dreptului la apărare”¹⁰.

³ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 3^e édition, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 421.

⁴ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Vol. I Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 541.

⁵ S. Rădulețu, *Libertăți fundamentale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2008, p. 181.

⁶ *Ibidem*.

⁷ F. Sudre, *op. cit.* (2008), p. 424.

⁸ D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice, vol. I. Teoria generală*, Ed. C.H.Beck, București, 2007, p. 584.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Hotărârea Curții nr. 10519/83 pronunțată în cauza *Salabiaku c. Franței* din 7 octombrie 1988, §27.

Acest lucru a fost stabilit de Curte prin Hotărârea din 7 octombrie 1988 în cauza *Salabiaku contra Franței*. Astfel, în data de 28 iulie 1979, reclamantul Amosi Salabiaku, cetățean din Zair, rezident în Franța, trecuse prin vama din Aeroportul Roissy, prin zona verde (zona prin care trec persoanele care nu au nimic de declarat), o valiză în care vameșii au descoperit, în urma unui control, 10 kg. de canabis. Reclamantul a susținut că, așteptând un colet din Zair, l-a confundat cu acea valiză și, că, în consecință nu avea cunoștință despre substanțele interzise descoperite în valiză. Acuzat fiind, atât el cât și fratele său, de infracțiunea de import ilegal de stupefiante (prevăzută de Codul de sănătate publică) și infracțiunea de contrabandă cu mărfuri interzise (prevăzută de Codul vamal și de Codul penal), la judecata în primă instanță au fost găsiți vinovați, urmând ca în apel să fie menținută numai cea de-a doua acuzație, aceea de contrabandă cu mărfuri interzise. Declarând recurs, reclamantul a invocat încălcarea dreptului la un proces echitabil și a prezumției de nevinovăție de către instanța de apel, pentru că aceasta a aplicat împotriva sa o prezumție de vinovăție, „aproape irefragabilă”, care a profitat acuzării. Recursul a fost respins de către Curtea de Casație motivând că instanța de apel a procedat corect, deoarece Codul vamal francez prevede în art. 392 par. 1 că „deținătorul de mărfuri interzise se face vinovat de fraudă”, în speță de contrabandă. Cu alte cuvinte, nu este vorba despre o simplă infracțiune de contrabandă, dovedită de acuzare¹¹, ci legea instituie o prezumție a săvârșirii contrabandei prin simplul fapt al posesiei unor mărfuri interzise. Curtea Europeană a considerat că instanțele nu au încălcat art. 6 alin. (2), care prevede prezumția de nevinovăție, prin aplicarea art. 392 din Codul vamal.

O altă situație în care Comisia, de data aceasta, a stabilit că nu a fost încălcată prezumția de nevinovăție a fost într-o cauză din 5 septembrie 1989, când fosta Comisie a considerat că „obligația legală impusă proprietarului unui vehicul sau oricărei persoane desemnate de acesta ca șofer de a-și asuma responsabilitatea utilizării sale sau de a comunica autorităților identitatea adevăratului conducător al celui vehicul”¹² nu reprezintă o încălcare a art. 6 alin. (2) al Convenției. De asemenea fosta Comisie a decis în cauza *Duhs contra Suediei* din 7 decembrie 1990 că „impunerea unei amenzi unui particular pentru staționare, pentru faptul că este proprietarul vehiculului astfel staționat”¹³ nu reprezintă o încălcare a art. 6 alin. (2). Tot o lipsă a încălcării art. 6 alin. (2) a constatat Curtea și cu privire la faptul de a aduce la lumină cazierul judiciar trecut al inculpatului, înainte de pronunțarea de către instanță a hotărârii¹⁴.

Apoi, tot pentru garantarea respectării prezumției de nevinovăție, acuzarea trebuie să indice persoanei acuzate în mod clar motivele pentru care este acuzat, faptele care i se impută, pentru ca acesta să aibă șansa să aducă probe prin care să își pregătească apărarea¹⁵ și să dovedească lipsa de temeinicie a probelor acuzării. Astfel a decis

¹¹ H. O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 302.

¹² C. Birsan, *op. cit.* (2005), p. 542.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Harris, O'Boyle, Warbrick, *op. cit.* (2009), p. 302.

¹⁵ Hotărârea Curtii nr. 10590/83 pronunțată în cauza *Barbera, Messegué și Jabardo c. Spaniei* din 6 decembrie 1988, § 77.

Curtea și în cauza *Jabardo contra Spaniei* din 6 decembrie 1988, când instanța europeană a statuat că revine acuzării obligația să indice celui interesat faptele de care este acuzat, fapt ce este de natură să îi permită pregătirea apărării și să aducă suficiente probe pentru a fundamenta o „declarație de culpabilitate”.

Tot la regula *in dubio pro reo* se referă și dreptul la tăcere, adică dreptul unei persoane de a nu se autoincrimina. Acest drept nu se regăsește expres în textul convenției, dar Curtea s-a pronunțat în sensul respectării sale în câteva decizii. Acest drept la tăcere se referă în esență la faptul că „tăcerea poate ridica un dubiu asupra nevinovăției acuzatului”¹⁶, însă aceasta nu dovedește faptul că el este vinovat. Fiind vorba de un dubiu, acesta ar trebui interpretat în favoarea celui acuzat, prin urmare nu este firesc ca cel acuzat să fie sancționat pentru că „refuză să coopereze la propria incriminare”¹⁷.

Problema este că jurisprudența Curții Europene nu a fost constantă cu privire la acest aspect. Astfel, în hotărârea Curții în cauza *Funke contra Franței* din 25 februarie 1993 Curtea a stabilit că a fost încălcată Convenția, deoarece autoritățile vamale au provocat condamnarea reclamantului pentru a obține anumite informații a căror existență o presupuneau, fără a avea, însă, vreo certitudine în acest sens (§44), aceasta pentru că reclamantul refuzase să dea informații cu privire la anumite conturi bancare pe care le avea în străinătate. Din acest motiv fusese condamnat la plata unei amenzi și a unei sume inițial de 20 de franci pe zi, apoi, suma fiind mărită la 50 de franci de instanța de apel, pentru fiecare zi de întârziere în furnizarea informațiilor solicitate. Ori Curtea a statuat că particularitățile dreptului vamal nu puteau justifica o asemenea încălcare a dreptului oricărui acuzat de a tăcea și de a nu participa la propria incriminare (§44). Tot în sensul respectării dreptului la tăcere s-a pronunțat Curtea și în cauza *Sauders contra Regatului Unit* din 17 decembrie 1996¹⁸.

Însă o viziune total contradictorie a avut Curtea în hotărârea dată în cauza *Murray contra Regatului Unit* din 8 februarie 1996, ocazie cu care Curtea a apreciat tăcerea acuzatului ca o dovadă a vinovăției sale, negând, astfel, regula *in dubio pro reo*¹⁹. În această cauză reclamantul, fiind arestat pentru suspiciune de participare la acțiuni teroriste, a refuzat să vorbească la interogatorii, deși i se pusese în vedere de către poliție că orice omisiune sau tăcere a sa poate fi interpretată de către instanță ca o dovadă a vinovăției sale, ceea ce s-a și întâmplat²⁰. Iar instanța europeană a considerat că acest comportament al instanței britanice nu a încălcat art. 6 alin. (2) din Convenție.

O problemă ridicată de această chestiune a dreptului la tăcere este aceea a probelor obținute în mod ilegal, ca urmare a amenințării acuzatului cu aplicarea unei sancțiuni în cazul în care nu declară în vederea propriei incriminări și a faptului dacă aceste probe încalcă sau nu art. 6 alin. (2). Așa cum se exprimă și anumite opinii din doctrină²¹,

¹⁶ R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 349.

¹⁷ *Idem*, p. 350.

¹⁸ *Idem*, p. 348.

¹⁹ *Idem*, p. 349.

²⁰ *Idem*, p. 348.

²¹ *Idem*, p. 351.

consider că utilizarea acestor probe încalcă în mod categoric principiul prezumției de nevinovăție, deoarece este vorba despre folosirea unor dovezi obținute în mod ilegal, prin încălcarea normelor obligatorii de însăși organele care ar trebui să asigure respectarea acestor norme. Ar însemna că organele statului pot să încalce anumite prevederi convenționale, deși ele sunt obligatorii pentru toate statele. O opinie interesantă se regăsește în jurisprudența instanțelor britanice, care a stabilit că „atunci când o probă este obținută în mod direct, ca urmare a unei declarații luate în condiții ilegale, utilizarea acestei probe este ilicită; în schimb dacă proba este obținută plecând de la o informație ce decurge din declarația luată cu încălcarea privilegiului (tăcerii), proba subsecventă este admisibilă. Spre exemplu, dacă din declarația suspectului se află unde este ascunsă arma unei crime, arma nu poate fi utilizată ca probă, însă dacă se află numai despre existența unei arme, aceasta poate fi probă dacă va fi găsită ulterior”²².

Tot practica judiciară britanică oferă alte două exemple ale încălcării în anumite situații a dreptului la tăcere. Astfel sunt: a) recunoașterea faptei de către inculpat ca urmare a faptului că organele poliției l-au mințit pe acesta că amprentele sale au fost găsite pe obiectele folosite la săvârșirea faptei, astfel că în acest sens jurisprudența a stabilit că obținerea declarațiilor prin mijloace frauduloase este o încălcare a dreptului la tăcere dacă sunt îndeplinite două condiții: minciuna poliției să fie importantă și inculpatul să se afle într-o stare de vulnerabilitate (de exemplu să fie arestat); b) declarațiile făcute unui ofițer sub acoperire, care sunt considerate a încălca dreptul la tăcere numai dacă sunt făcute la cererea autorităților, altfel s-ar crea piedici serioase în cercetările făcute de organele de poliție²³.

B. Lipsa unei condamnări definitive

O a doua consecință ce derivă din conținutul principiului prezumției de nevinovăție și cea care reprezintă însăși esența acestei prezumții, rezultând din modul enunțării ei în toate actele normative este faptul că persoana acuzată de săvârșirea unui act cu caracter penal trebuie să fie considerată nevinovată, indiferent câte dovezi ar exista împotriva sa, atâta timp cât nu a intervenit o hotărâre de condamnare definitivă, care să îi stabilească vinovăția.

Aceasta înseamnă că dreptul la prezumția de nevinovăție trebuie respectat în primul rând în faza de urmărire penală, deoarece Curtea a impus garantarea drepturilor necesare pentru judecarea în cadrul unei proceduri echitabile și în faza premergătoare judecării propriu-zise, adică în faza urmăririi penale²⁴.

Apoi, prezumția de nevinovăție se impune a fi respectată în cadrul procesului propriu-zis, inclusiv în materia administrării probelor²⁵. De exemplu, în cauza *Bernard contra Franței* din 23 aprilie 1998, experții psihiatri chemați în fața instanței au

²² *Ibidem*.

²³ *Idem*, p. 352 și 353.

²⁴ C. Bîrsan, *op. cit.* (2005), p. 543.

²⁵ F. Sudre, *op. cit.* (2008), p. 421.

declarat în depozitiile făcute faptul că acuzatul era vinovat, încălcând, astfel, prezumția de nevinovăție.

Respectarea prezumției de nevinovăție nu se impune, însă, numai în cadrul judecății în primă instanță, dar și în căile de atac, în apel și recurs²⁶. Prin urmare, prezumția trebuie respectată în toate fazele procesuale, atâta timp cât nu a intervenit o hotărâre definitivă prin care să se stabilească vinovăția inculpatului și să se pronunțe condamnarea acestuia. În acest sens, poate fi amintită o decizie a Tribunalului Dolj nr. 200/2001 prin care instanța de recurs a făcut o apreciere complet eronată a aplicării prezumției de nevinovăție, încălcând prin aceasta garantarea prezumției, prin afirmarea faptului că „până la trimiterea în judecată a inculpatului prin rechizitoriu, instanțele sunt obligate să asigure aplicarea principiului instituit de art. 66 din Codul de procedură penală”, adică al prezumției de nevinovăție, ori prezumția trebuie respectată până când intervine o hotărâre definitivă, nu până la trimiterea în judecată²⁷.

C. Caracterul excepțional al măsurilor preventive

Pentru a nu exista o încălcare a prezumției de nevinovăție, trebuie ca măsurile preventive să fie adoptate în mod strict excepțional, iar aplicarea procedurilor acestor măsuri să fie făcută de așa natură încât să nu creeze senzația opiniei publice că persoana supusă unei asemenea măsuri este vinovată²⁸.

Referindu-ne la arestarea preventivă, în primul rând dispunerea măsurii arestării nu poate fi luată numai luându-se în calcul pericolul social al faptei, ci, pe lângă pericolul social al faptei trebuie să se ia în considerare și pericolul pe care făptuitorul îl reprezintă pentru siguranța membrilor societății²⁹. De aceea dispozițiile art. 148 lit. f) din Codul român de procedură penală (care prevede că trebuie dispusă măsura arestării preventive dacă inculpatul a săvârșit o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii mai mare de 4 ani și există probe că lăsarea sa în libertate prezintă un pericol concret pentru ordinea publică) trebuie aplicate cumulativ, adică arestarea preventivă trebuie dispusă numai dacă, pe lângă săvârșirea infracțiunilor vizate, există și dovezi din care rezultă că lăsarea în libertate a inculpatului prezintă un pericol concret pentru ordinea publică. Altfel ar fi încălcată prezumția de nevinovăție.

Apoi, având în vedere că arestarea unei persoane deja creează în ochii opiniei publice convingerea că este vinovată, procedura arestării preventive trebuie să îmbrace o formă care să nu adâncească și mai mult această convingere, adică să nu transforme deja persoana arestată într-una vinovată. În procedura penală practică în România, în timpul urmăririi penale, dacă persoana este arestată, este închisă în arestul poliției și este adusă în fața instanței în vestimentația personală, separat de condamnați, dar după terminarea urmăririi penale și începerea procesului inculpatul este deținut în penitenciar, unde i se dă vestimentația locului de detenție, iar la instanță este adus

²⁶ D.C. Dănișor, *op. cit.* (2007), p. 584.

²⁷ S. Rădulețu, *op. cit.* (2008), pp. 182 și 183.

²⁸ *Idem*, p. 181.

²⁹ *Idem*, p. 181 și 182.

împreună cu cei condamnați, iar prin această procedură este încălcată prezumția de nevinovăție³⁰. Prin urmare, pentru a nu îi fi încălcat celui arestat dreptul la prezumția de nevinovăție, este necesar să se facă deosebirea între acesta și persoanele deja condamnate în ceea ce privește condițiile de detenție, în speță vestimentația. Curtea Constituțională a României a stabilit prin Decizia nr. 99 din 1994, reguli diferite pentru persoanele arestate de cele condamnate³¹. Astfel, Curtea a statuat că „ținuta vestimentară a celui arestat preventiv trebuie să evite orice fel de confuzie între acesta și persoana condamnată, altminteri prezumția de nevinovăție ce operează în favoarea primului este afectată de imaginea creată de vestimentația specifică celui condamnat”. Dacă vestimentația purtată de cel arestat este, totuși, cea a locului de detenție, aceasta trebuie să fie, potrivit Curtii, diferită de cea a condamnaților.

§ 3. Domeniul de aplicare a prezumției de nevinovăție

Domeniul de aplicare a prezumției de nevinovăție este determinat de sensul dat expresiei „persoană acuzată de o infracțiune”, utilizată de art. 6 alin. (2) din Convenție. Curtea a clarificat în jurisprudența sa această chestiune. În primul rând, în hotărârea dată în cauza *Deweer contra Belgiei* din 27 februarie 1980, Curtea a decis că trebuie adoptată o concepție „materială” în ceea ce privește noțiunea de „acuzatie”, ceea ce înseamnă că trebuie analizat întregul demers procedural care are loc în cazul unei persoane acuzate de un act ilegal, deci toate fazele acestei proceduri, nu numai judecata pe fond.³²

Apoi, art. 6 din Convenție utilizează de mai multe ori termenul „acuzat” în diferite forme: „acuzatie în materie penală” („*accusation en matière pénale*”, „*criminal charge*”), „acuzat de o infracțiune” („*accusé d'une infraction*”, „*charged with a criminal offence*”), „acuzat” („*accusé*”, „*charged with a criminal offence*”). Curtea a statuat în hotărârea dată în cauza *Lutz contra Germaniei* din 25 august 1987 că toate aceste expresii utilizate de art. 6 „vizează situații identice” (§52). Aceasta înseamnă că art. 6 nu face nicio diferență între fapte pedepsite de legea penală și fapte care nu prezintă pericol social și nu sunt pedepsite de legea penală, ci se aplică oricărei acuzații în materie penală³³. Ori această expresie este proprie Convenției și are un caracter autonom, iar calificările date de dreptul național au valoare relativă, astfel că nu condiționează analizarea sa. Așadar, nu are relevanță pentru Curte dacă legislațiile naționale califică o faptă ca fiind de natură disciplinară sau penală, căci această distincție nu are valoare în domeniul Convenției, tocmai datorită caracterului autonom al expresiei în cauză, astfel că o faptă care în dreptul intern este de natură contravențională poate, pe terenul Convenției, să constituie o „acuzatie de natură penală”³⁴.

³⁰ *Idem*, p. 184.

³¹ D.C. Dănișor, *op. cit.* (2007), p. 586.

³² C. Birsan, *op. cit.* (2005), p. 442.

³³ *Ibidem*.

³⁴ C. Birsan, *op. cit.* (2005), p. 443.

Termenul „acuzatie” înseamnă, în interpretarea Curtii, „notificarea oficială emanând de la autoritatea competentă, prin care se impută unei persoane că a săvârșit o infracțiune penală”³⁵.

Pentru a determina existența unei acuzații în materie penală, Curtea ia în considerare trei criterii: calificarea juridică a infracțiunii din dreptul național, natura însăși a infracțiunii, natura și gradul de severitate a pedepsei³⁶. În opinia Curtii, faptele care țin de dreptul penal sunt cele pentru care sunt prevăzute pedepse cu „efect disuasiv” și care constau în măsuri privative de libertate și amenzi, cu excepția celor care „nu cauzează un prejudiciu important”³⁷. În ceea ce privește pedeapsa, aceasta se încadrează în domeniul acuzației în materie penală în viziunea Curtii numai dacă măsura respectivă a fost luată ca urmare a condamnării pentru o infracțiune³⁸. Aceasta înseamnă că, deși măsura poate fi calificată în dreptul intern ca fiind una de natură administrativă, Curtea o include în câmpul de aplicare a art. 6 „dacă ea rezultă dintr-o condamnare pronunțată de un judecător penal”³⁹. De exemplu măsura retragerii punctelor ca sancțiune accesorie a condamnării la plata amenzii și a suspendării permisului de conducere pentru depășirea limitei legale de viteză este considerată de către Curte că are caracter penal și, deci, se înscrie în art. 6, deoarece rezultă din condamnarea dată de judecător⁴⁰, luându-se în considerare gravitatea acestei sancțiuni, caracterul său preventiv și sancționator⁴¹.

Pe de altă parte, nu este considerată de către Curte ca intrând în sfera expresiei „acuzatie în materie penală”, retragerea imediată a permisului de conducere impusă de Ministerul Public fără posibilitate de recurs în fața unui judecător, ca „măsură preventivă de securitate rutieră”⁴², deoarece nu este dispusă în urma unei condamnări de către instanță.

Un alt domeniu care se poate încadra în art. 6 al Convenției se referă la taxe și amenzi. Astfel, Curtea a stabilit că, în anumite condiții, procedurile jurisdicționale referitoare la taxe și amenzi fiscale pot constitui acuzații în materie penală, intrând în câmpul de aplicare al art. 6⁴³. Pentru aceasta sunt luate în considerare cumulativ următoarele criterii: fapta incriminată să fie prevăzută într-o lege generală în materie de impozite, majorările de impozit aplicate să nu aibă scopul de a repara un prejudiciu, ci pedepsirea persoanei vinovate, deci să aibă caracter sancționator, sancțiunile să fie prevăzute de o normă generală preventivă și represivă și majorările să abă o amploare considerabilă⁴⁴.

³⁵ Hotărârea Curtii nr. 82/1996/671/893 pronunțată în cauza *Serves contra Franței* din 20 octombrie 1997 §42.

³⁶ Hotărârea Curtii nr. 68/1997/852/1059 pronunțată în cauza *Melige contra Franței* din 23 septembrie 1998, § 35.

³⁷ C. Bârsan, *op. cit.* (2005), p. 446.

³⁸ Hotărârea Curtii nr. 68/1997/852/1059 pronunțată în cauza *Melige contra Franței* din 23 septembrie 1998, § 35.

³⁹ *Idem*, § 38.

⁴⁰ *Idem*, § 38.

⁴¹ C. Bârsan, *op. cit.* (2005), p. 451.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Idem*, p. 453.

⁴⁴ *Idem*, p. 453 și 454.

Concluzia care rezultă din aceste constatări este că art. 6 alin. (2) al Convenției europene a drepturilor omului, referitor la protecția dreptului la prezumția de nevinovăție nu se aplică numai procesului penal în sens strict, ci el se aplică oricărei situații care intră sub incidența expresiei de „acuzatie în materie penală” în sensul dat de Convenție acesteia, astfel că sunt incluse și anumite proceduri din domeniul fraudei fiscale sau din domeniul sancțiunilor de natură administrativă⁴⁵.

§ 4. Destinatarii obligației de a respecta prezumția de nevinovăție

Obligația de a respecta dreptul celui „acuzat” la prezumția de nevinovăție incumbă mai multor persoane sau autorități, cum sunt: judecătorul și instanța de judecată, oficiali ai statului, persoane private, anumite jurisdicții ale statului, altele decât cele enunțate.

A. Obligația judecătorului de a respecta prezumția de nevinovăție

Primul căruia îi incumbă această obligație este judecătorul⁴⁶ și se referă în primul rând la faptul că acesta nu trebuie, atunci când începe soluționarea unei cauze, să pornească de la premisa că persoana acuzată este vinovată pentru faptele care i se impută⁴⁷. Este vorba aici despre o atitudine mai degrabă de ordin psihologic, dar care are efecte asupra deciziilor luate de judecător în cadrul judecății. Prin urmare, prima modalitate prin care judecătorul investit cu soluționarea unei cauze poate să încalce dreptul celui acuzat la respectarea prezumției de nevinovăție este de a porni în judecarea cauzei de la premisa că acesta este vinovat.

În al doilea rând, judecătorul poate încălca dreptul la prezumția de nevinovăție printr-o decizie judecătorească care să reflecte ideea că persoana în cauză ar fi vinovată, fără ca vinovăția să fi fost stabilită⁴⁸.

1. Pronunțarea unei hotărâri de încetare a procesului ca urmare a caracterului nesemnificativ al faptei

Este relevantă în acest sens cauza *Adolf contra Austriei* din 26 martie 1982. Astfel, reclamantul, cetățean austriac, fusese acuzat că a aruncat cu un suport cu chei către o persoană, pe care nu a atins-o, însă suportul cu chei a rănit în cădere sa o altă persoană. După ce s-au desfășurat mai multe proceduri de natură penală împotriva reclamantului, tribunalul inițial a admis cererea, încadrând-o în art. 83 al Codului penal ca infracțiune de leziuni corporale. Ulterior, tribunalul a pus capăt procesului, constatând că sunt reunite condițiile prevăzute de art. 42 din Codul penal (§11) articol care prevedea că în cazul anumitor fapte pedepsite doar cu amendă și/sau cu închisoare mai mică de un an, dacă culpa este ușoară, fapta nu are consecințe sau

⁴⁵ *Idem*, p. 543.

⁴⁶ D.C. Dănișor, *op. cit.* (2007), p. 584.

⁴⁷ Hotărârea Curții nr. 10590/83 pronunțată în cauza *Barbera, Messegué și Jabardo c. Spaniei* din 6 decembrie 1988, § 77.

⁴⁸ F. Sudre, *op. cit.* (2008), p. 422.

consecințele sunt nesemnificative și nu este necesară aplicarea unei pedepse pentru a-l împiedica pe făptuitor să comită infracțiuni, tribunalul pune capăt întregii proceduri (§22). În recurs, reclamantul, domnul Adolf, a contestat faptul că tribunalul nu a luat în considerare apărarea sa, a refuzat audierea martorilor propuși de el și nu i-a dat șansa să conteste exactitatea expertizei medicale (§15). Recursul a fost respins de Curtea Supremă, deoarece aceasta a considerat, ca și tribunalul, că fapta domnului Adolf intra sub incidența art. 42 din Codul penal austriac, care se referă numai la o „stare de suspiciune” și care trebuie interpretat în sensul că „nu trebuie continuată elucidarea unei cauze...care se dovedește a fi nesemnificativă, iar asta în special în vederea unei economii de procedură”(§16). Curtea europeană a constatat mai întâi că reclamantul se afla în câmpul de aplicare a art. 6, deci era vorba despre o acuzație în materie penală (§31). Apoi, pronunțându-se asupra hotărârii date de Tribunal⁴⁹, Curtea a decis că această hotărâre poate crea impresia că reclamantul este vinovat, pentru că nu se limitează la descrierea unei stări de suspiciune, ci prezintă ca stabilite anumite fapte denunțate de autoarea plângerii. Prin urmare instanța prezentase faptele ca și constatări ale vinovăției, lăsând să se înțeleagă faptul că ar fi vinovat de o infracțiune penală, deși fapta respectivă nu merită a fi pedepsită (§39). Cu toate acestea, Curtea decide că hotărârea Tribunalului trebuie citită împreună cu cea a Curții Supreme, care, în opinia Curții ar achita de orice vinovăție pe reclamant, raționament care în opinia mea este criticabil, deoarece Curtea Supremă vorbește despre o cauză care este nesemnificativă, deci despre fapte care, deși nesemnificative, ele se consideră că există în sarcina reclamantului.

2. Obligarea unei persoane care nu a fost condamnată datorită intervenirii prescripției, la plata cheltuielilor de judecată, pe baza probabilității că dacă nu intervenea prescripția persoana ar fi fost condamnată⁵⁰. În acest sens, s-a pronunțat Curtea în cauza *Minelli contra Elveției* din 25 martie 1983. În speță reclamantul, cetățean elvețian, jurnalist de profesie, publicase într-un cotidian un articol în care acuza de excocherie o societate împreună cu administratorul său cerând efectuarea unei percheziții și arestarea acestuia. Societatea respectivă și administratorul au făcut plângere împotriva reclamantului la Tribunalul districtual. După patru ani de la această dată a intervenit prescripția „absolută”, astfel că plângerea a fost respinsă, însă instanța superioară a obligat reclamantul la plata unei părți din cheltuielile de judecată și a unor indemnități autorilor plângerii. În urma acestei decizii reclamantul a susținut în fața Curții Europene încălcarea prezumției de nevinovăție, prevăzută de art. 6 alin. (2), deoarece, deși intervenise prescripția în cazul procedurii penale, acesta fusese, totuși, obligat la plata cheltuielilor de judecată și indemnităților respective. Curtea a constatat

⁴⁹ Care suna în felul următor: „...ancheta și expertiza au dezvăluit că în cursul disputei pârâtul s-a înfuriat și a aruncat cu un suport cu chei în direcția doamnei Anneliese Schuh, care a reușit să evite cheile, dar care au atins-o pe Irma Proxauf...rana constatată este nesemnificativă, deoarece incapacitatea de muncă nu depășește trei zile; vina pârâtului poate fi calificată ca fiind ușoară, iar personalitatea sa permitea se presupune că acesta se va comporta bine pe viitor...” (§12).

⁵⁰ R. Chiriță, *op. cit.* (2008), p. 356.

că a existat o violare a art. 6 alin. (2), deoarece decizia instanței naționale s-a bazat pe faptul că dacă nu ar fi intervenit prescripția, ar fi fost foarte probabil ca reclamantul să fi fost condamnat, motiv pentru care a dispus plata acelor cheltuieli și indemnități. Ori aceasta înseamnă, în opinia Curții, faptul că instanța națională îl considera pe reclamant vinovat, deși vinovăția nu fusese stabilită.

3. Obligarea la plata cheltuielilor de judecată a unei persoane achitate⁵¹. În cauza *Sekanina contra Austriei* din 25 august 1993, reclamantul fusese acuzat de asasinat, ținut în detenție, după care achitat de instanță și obligat la plata cheltuielilor de judecată, refuzându-i-se, totodată, cererea de despăgubire. Ori aceasta încalcă, în mod evident art. 6 alin. (2), referitor la prezumția de nevinovăție.

4. Respingerea de către instanță a cererii de despăgubire a unei persoane achitate pe motiv că la data arestării sale existau probe evidente de vinovăție⁵². Astfel, în cauza *Vostic contra Austriei* din 17 octombrie 2002, reclamanta fusese arestată preventiv pentru suspiciune de a fi săvârșit o crimă. Curtea Regională a considerat, însă, că dovezile nu sunt suficiente pentru a o condamna pe acuzată. În urma achitării reclamanta a cerut acordarea de despăgubiri pentru arestarea preventivă la care fusese supusă. Curtea i-a respins cererea, motivând că, deși fusese decisă achitarea reclamantei, suspiciunea asupra sa nu fusese risipită în totalitate, datorită probelor existente în momentul arestării. În urma acestei respingeri, reclamanta a susținut în fața Curții Europene încălcarea prezumției de nevinovăție, prevăzută de art. 6 alin. (2). Curtea a constatat că a existat o încălcare a acestui articol, deoarece, prin decizia sa, instanța națională stabilea existența unor îndoieli asupra reclamantei, deși aceasta fusese achitată.

5. Obligarea unei persoane la plata cheltuielilor de judecată, deși procedura nu a fost finalizată pentru că pedeapsa care s-ar fi putut aplica ar fi fost nesemnificativă⁵³. În acest sens s-a pronunțat Curtea în cauza *Lutz contra Germaniei* din 25 august 1987.

În al treilea rând, judecătorul poate încălca prezumția de nevinovăție atunci când instanța revocă suspendarea pedepsei pentru o infracțiune anterioară dacă ea consideră „cu certitudine” că solicitantul se face vinovat și de o altă infracțiune pentru care nu a fost judecat⁵⁴.

În al patrulea rând, instanța ar putea încălca prezumția de nevinovăție prin impunerea unor amenzi fiscale moștenitorilor persoanei decedate, acuzate de fraudă fiscală, deoarece, potrivit Curții răspunderea fiscală nu supraviețuiește autorului faptei.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Idem*, p. 357.

⁵³ *Idem*, p. 356.

⁵⁴ H. O'Boyle, Warbrick, *op. cit.* (2009), p. 300.

B. Obligația oficialilor statului de a respecta prezumția de nevinovăție

Prezumția de nevinovăție este încălcată atunci când un oficial al statului face declarații din care rezultă că persoana acuzată este considerată vinovată, fără ca, în prealabil, să fi fost stabilită vinovăția⁵⁵.

Astfel de declarații pot fi făcute, de exemplu, de către un ministru, cum s-a întâmplat în cauza *Krause contra Elveției*. Deși în această decizie Comisia a decis că nu a existat o încălcare a prezumției de nevinovăție, pentru că ministrul justiției făcuse afirmații referitoare la suspiciune, iar nu la vinovăția reclamantei (ministrul justiției afirmase într-o filmare televizată că reclamanta „comisese infracțiuni de drept comun pentru care trebuia să își asume responsabilitatea”), Comisia a statuat totuși că „poate exista o violare a art. 6 alin. (2) de către oficiali ai statului dacă aceștia declară că cineva este responsabil de acte infracționale fără ca acest lucru să fi fost decis de un tribunal. Aceasta nu înseamnă că autoritățile nu trebuie să informeze opinia publică despre investigațiile penale. Ele nu violează art. 6 alin. (2) dacă afirmă că există o suspiciune, că au fost arestate persoane, că acestea au făcut mărturisiri etc. Este, însă, exclusă o declarație oficială asupra vinovăției unei persoane”⁵⁶.

De asemenea, poate încălca dreptul la prezumția de nevinovăție prin declarațiile făcute, procurorul. În acest sens s-a pronunțat fosta Comisie într-o decizie din 17 decembrie 1981, statuând că „acordând un interviu televizat, autoritățile judiciare pot să declare că o procedură penală a fost deschisă împotriva unei persoane determinate, dar datorită riscului unor posibile exagerări și neînțelegeri în rândurile publicului, ele trebuie să nu spună nimic de natură a da de gândit că acea persoană este vinovată”⁵⁷.

Un alt oficial al statului care poate încălca prezumția de nevinovăție prin comunicarea de informații către public poate fi un reprezentant al poliției⁵⁸. În acest sens Curtea s-a pronunțat în cauza *Alenet de Ribemont contra Franței* din 10 februarie 1995. Reclamantul, Patrick Alenet de Ribemont fusese arestat în urma unei crime ce avusese loc în fața imobilului unde locuia. Victima, deputatul Jean de Broglie, venise la consilierul său financiar Pierre de Varga, ce locuia în același imobil (§8). Reclamantul și consilierul deputatului plănuiau să devină coproprietarii unui restaurant cu ajutorul unui împrumut contractat de victimă. Într-o conferință televizată șeful poliției judiciare a afirmat că reclamantul era unul dintre instigatorii la crimă, ceea ce crea clar în ochii opiniei publice convingerea că acesta era vinovat. De asemenea, ministrul de interne a făcut afirmații cu privire la faptul că toate persoanele implicate în crimă fuseseră arestate (printre care și reclamantul). Cu privire la acestea Curtea a constatat că a fost încălcat art. 6 alin. (2) deoarece reprezentanți importanți ai poliției franceze s-au exprimat referitor la reclamant, fără rezerve, ca fiind unul dintre instigatori și, deci, complice la asasinat. Este, deci, în mod evident vorba despre o declarație de

⁵⁵ *Idem*, p. 422.

⁵⁶ *Idem*, p. 305.

⁵⁷ C. Bârsan, *op. cit.* (2005), p. 544.

⁵⁸ Hotărârea Curții nr. 15175/89, pronunțată în cauza *Alenet de Ribemont c. Franței* din 10 februarie 1995.

vinovăție. Ori acest lucru incită publicul să creadă în această vinovăție și prejudiciază aprecierea care urma a fi făcută de către instanță.

De asemenea, cu altă ocazie prezumția de nevinovăție a fost încălcată de un reprezentant al Parlamentului⁵⁹. Astfel, în cauza *Butkevicius contra Lituaniei* din 26 martie 2002 Curtea a constatat încălcarea art. 6 alin. (2). Reclamantul fiind ministrul apărării, comunicarea informațiilor referitoare la caz a fost făcută de către procurorul general și de către președintele Parlamentului Lituaniei. Problema a reprezentat-o declarația acestuia din urmă, care, fiind întrebat dacă avea dubii în privința faptului că reclamantul luase mită, acesta a afirmat că nu avea niciun dubiu în acest sens (§27), numindu-l chiar „corupt” pe reclamant (§30). Curtea a constatat că, având în vedere funcția reclamantului, era firesc ca autoritățile să ofere informații despre caz, însă, în același timp a afirmat că acestea nu puteau folosi „un vocabular la libera lor alegere”(§50). De asemenea instanța europeană a calificat declarațiile președintelui Parlamentului ca fiind „preocupante”(§53), considerând că „era vorba despre declarații ale unui funcționar referitoare la vinovăția reclamantului care au avut ca efect incitarea publicului la a crede în vinovăția acestuia”, compromițând, astfel, judecata ce urma să aibă loc (§53).

C. Obligația particularilor de a respecta prezumția de nevinovăție

Prezumția de nevinovăție nu poate fi încălcată prin comunicarea de informații referitoare la anumite cauze doar de către reprezentanți oficiali ai statului sau de către instanța de judecată. Acest lucru poate fi realizat și de particulari. Cel mai probabil art. 6 alin. (2) poate fi încălcat de către cei care exercită ca și profesie comunicarea informațiilor către public, respectiv jurnaliștii. Pe lângă faptul că denaturează în cele mai multe cazuri realitatea pe care o prezintă mult nuanțat și de foarte multe ori în chip total eronat opiniei publice, un rol important în această stare de fapt avându-l, politizarea mass-media, presa poate să prezinte în ochii cititorilor, ascultătorilor sau telespectatorilor fapte referitoare la anumite persoane împotriva cărora au fost pornite proceduri de natură penală într-o lumină care să creeze impresia că acestea sunt vinovate de acuzele ce li se aduc. Acest lucru încalcă în mod evident, în opinia Curții⁶⁰, dreptul acestora la respectarea prezumției de nevinovăție. Curtea a decis existența unei astfel de încălcări în Hotărârea pronunțată în cauza *Worm contra Austriei* din 29 august 1997. În această cauză, reclamantul, Alfred Worm jurnalist la revista cu tentă politică *Profil* scria de câțiva ani despre un fost vice-cancelar și ministru de finanțe, condamnat pentru mărturie falsă și fraudă fiscală. Reclamantul scrisese un articol cu privire la procesul care avusese ca rezultat condamnarea pentru fraudă fiscală, înainte de pronunțarea condamnării. Fiind acuzat de „influențare abuzivă asupra unei proceduri penale”, faptă prevăzută de art. 23 al Legii cu privire la media, reclamantul a fost achitat în primă instanță. Ministerul Public a declarat apel, iar

⁵⁹ Hotărârea Curții nr. 48297/99 pronunțată în cauza *Butkevicius c. Lituaniei* din 26 martie 2002.

⁶⁰ Hotărârea Curții nr. 83/1996/702/894 pronunțată în cauza *Worm c. Austriei* din 29 august 1997.

instanța de apel l-a condamnat pe reclamant pentru fapta prevăzută de art. 23 al actului normativ amintit, considerând că acesta a scris articolul în scopul de a influența decizia în procesul respectiv, anticipând condamnarea pârâtului. Invocând în fața Curții Europene încălcarea art. 10 din Convenție (care se referă la libertatea de exprimare) prin faptul condamnării sale, Curtea a constatat că această condamnare a avut drept scop „garantarea autorității și imparțialității puterii judiciare”, deci a avut un scop legitim și că în hotărârea sa, Curtea de Apel a analizat corect articolul ce făcea obiectul litigiului, al cărui conținut a justificat concluziile acesteia. Ori, dacă ne obișnuim cu spectacolele pseudoproceselor din presă, pot rezulta pe termen lung consecințe negative în ceea ce privește recunoașterea tribunalelor ca organe calificate de a judeca asupra vinovăției sau nevinovăției în materia unei acuzații penale. De aceea faptul că dreptul intern, așa cum reiese din interpretarea Curții de Apel din Viena, nu cere să se dovedească aceea că influența exercitată asupra procedurii în cauză a avut un efect concret, asta nu micșorează justificarea ingerinței (în dreptul la liberă exprimare) în scopul de a garanta autoritatea puterii judecătorești”. Curtea a decis, astfel, că nu a fost încălcat dreptul la exprimare al reclamantului.

Dreptul la prezumția de nevinovăție poate fi încălcat de către presă nu numai prin intermediul difuzării informațiilor cu privire la stadiul anchetei penale desfășurate împotriva celui acuzat sau cu privire la alte aspecte ale cauzei, dar și prin difuzarea de imagini cu persoana respectivă în anumite ipostaze. Astfel, dacă încătușarea în fața instanței nu este considerată de către Curte o încălcare a prezumției de nevinovăție⁶¹, difuzarea unor imagini cu acuzatul încătușat poate să constituie o astfel de încălcare, deoarece este de natură să denatureze percepția publicului cu privire la vinovăția sau nevinovăția sa, fiind, în ultimă instanță și o atingere adusă dreptului la imagine al acuzatului, drept aflat în această situație în interdependență cu prezumția de nevinovăție⁶².

D. Obligația altor jurisdicții de a respecta prezumția de nevinovăție

Prezumția de nevinovăție trebuie respectată și în cadrul procedurii de acordare a despăgubirilor de către statul condamnat reclamantului, pentru procedurile penale aplicate față de acesta⁶³.

⁶¹ H. O'Boyle, Warbrick, *op. cit.* (2009), p. 303.

⁶² C. Lazerges, *La présomption d'innocence* în *Libertés et droits fondamentaux*, 7^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2001, p. 507.

⁶³ Frédéric Sudre, *op. cit.* (2008), p. 423.

Reforma administrativ- teritorială în România

Drd. Florentina-Janina MITOIU



Administrative and territorial reform in Romania

Abstract: The territory represents an important criterion for defining and functioning of a state. The state does not exist outside its territory and it does not function in a good order with an insufficiently developed territory. Although from the geographical and political and administrative point of view we benefit from our status of Member State of the European Union, from the point of view of the territory organization we find ourselves in a position of relative exclusion, as there are various problems. The relation in the territory between the cities and their regions of influence – the administrative and territorial stage shall oppose to the natural situation in which the cities and the regions surrounding them are economically and socially bound¹.

The administrative and territorial organization of the state interests to the same extent both the state power and the local collectivities, and due to this fact it has high importance from the political and social point of view. On one hand the state intends mainly that through the agency of the administrative and territorial structures that it creates, it might be able to lead and govern the society in an easier way². The fact that there cannot be only central bodies of administration in a state represents an axiomatic truth³. According to a famous formula⁴, it is possible to govern at distance, but it is possible to administer only nearby. On the other hand, the local collectivities, no matter the level to which they could be situated, aim at an autonomous and more pronounced administration of the issues regarding them both in relation to the state and to the administrative and territorial structures organized at a superior level⁵. This is also the reason for which in the course of time, the administrative organization of

¹ C. Bănică, *The administrative and territorial reform, regional development and safety*, an article published on the site www.contributors.ro, on 26 June 2011, accessed on 10 November 2011.

² M. Preda, A.-S. David, M. Filip, *Organizarea administrativă a teritoriului României*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2000, *op. cit.* p. 518.

³ C.-L. Popescu, *Autonomia locală și integrarea europeană*, All Beck Publishing House, Bucharest, 1999, *op.cit.* pag. 45;

⁴ J. Hardz, *Institutions et droit des collectivites locales*, 1^{-ère} edition, L'Hermes, 1993, pag.12, cited by C.-L. Popescu, in the paper "Autonomia locală și integrarea europeană", All Beck Publishing House, Bucharest, 1999, pag. 45;

⁵ I. Alexandru, *Administrația publică. Teorii. Realități. Perspective*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2002, *op. cit.* p. 635;

the territory of the state met various formulas. Among these, at least for a period of time there was tried to meet the needs of the state, sometimes by adopting certain compromise solutions which could keep the balance within the state.

Keywords: administrative and territorial reform, territory, state, local collectivities.

§ 1. Delimitări conceptuale

Prin *reformă administrativ-teritorială* înțelegem un proces foarte amplu care privește reorganizarea teritoriului statului din punct de vedere administrativ. Acest proces, îndelungat, privește, de asemenea, repartizarea expresă și eficientă a sarcinilor colectivităților locale, precum și îmbunătățirea relației dintre acestea și cele existente la nivelul superior. Reforma implică progresul, ori progresul presupune lărgirea prerogativelor acordate colectivităților locale. Acestea trebuie să corespundă nivelului actual de dezvoltare, să impulsioneze creșterea economică, scăderea ratei șomajului, un mediu social coeziv, precum și siguranța vieții prin acces facil la slujbe, educație sau relaxare. Termenul de reformă administrativ-teritorială este vehiculat în mass media, în cadrul dezbaterilor publice, în doctrina de specialitate, pe internet, creându-se de cele mai multe ori o confuzie, regretabilă, confundându-se termenul de reformă veritabilă cu cel de mimare a acesteia. Însuși, dicționarul explicativ al limbii române, ne spune că reforma semnifică o schimbare în bine. În România, ce presupune acest „bine”? Sau mai degrabă întrebarea ar fi: „Bine” pentru cine? Reforma administrativ-teritorială, în cadrul României, este percepută ca o reorganizare a teritoriului. Sunt deseori folosite cu ușurință diferite concepte atunci când se vorbește despre reforma administrativ-teritorială a unui stat. Este cazul noțiunilor de *organizarea administrativ-teritorială*, *reorganizarea administrativ-teritorială*, *îmbunătățire administrativ-teritorială*, *împărțire administrativ-teritorială* sau *reîmpărțire administrativă* din punct de vedere teritorial, conferindu-se în mai toate cazurile, aceeași semnificație și același conținut. Așa cum s-a remarcat într-un studiu⁶, toate aceste concepte ar putea să fie sinonime, într-un sens larg și foarte general, deoarece în ultimă instanță privesc delimitarea teritoriului statului în unități administrative asupra cărora statul își exercită puterea suverană într-o modalitate organizată. Însă, dacă ne referim la organizarea administrativ-teritorială, aceasta reprezintă acțiunea primară care are ca scop constituirea pe teritoriul statului, pentru prima dată, a mai multor unități administrative, neavând importanță pe câte niveluri se organizează acestea și care sunt raporturile dintre ele. Orice alte modificări, ulterioare, ale acestei organizări primare nu pot fi decât îmbunătățiri sau reorganizări ale teritoriului din punct de vedere administrativ⁷. Doctrina franceză utilizează expresia de decupaj administrativ al teritoriului fapt care întărește semnificația acesteia de acțiune primară.

⁶ M. Preda, A.-S. David, M. Filip, *op. cit.* p. 519;

⁷ *Ibidem.*

Reorganizarea administrativ-teritorială reprezintă o acțiune care privește, în esență, modificarea numărului nivelurilor de organizare a unităților administrativ-teritoriale, precum și raporturile juridice dintre acestea, inclusiv cele cu statul. În cazul României problema reorganizării administrative a teritoriului s-ar pune numai în ipoteza în care în afara nivelului local și a celui județean s-ar crea un al treilea nivel, eventual cel regional. Până atunci acțiunea neputând fi calificată decât ca îmbunătățire a organizării administrative a teritoriului⁸. Un exemplu elocvent de reorganizare administrativ-teritorială a României poate fi considerat momentul 1948-1968. Constituția din 1948 prevedea ca forme de organizare a teritoriului comunele, plășile, județele și regiunile. Constituția din anul 1952 menționează printre formele de organizare administrativ-teritorială și regiunile însă în anul 1968 regiunile dispar, iar formele de organizare ale teritoriului fiind județele, orașele și comunele.

Fără îndoială că înființarea sau desființarea unui nivel de organizare administrativă a teritoriului statului presupune în mod necesar și o nouă delimitare a competențelor între autoritățile publice care le reprezintă și, implicit, o schimbare a raporturilor juridice dintre acestea, statul având raporturi juridice directe, de regulă, cu autoritățile publice din unitățile administrativ - teritoriale cu extensia cea mai mare.

Noțiunea de împărțire administrativă a teritoriului sau de reîmpărțire a acestuia nu poate fi acceptată. Unitățile administrativ-teritoriale create de stat nu se împart și nu se reîmpart, ele rămân părți componente, intrinseci ale teritoriului național, unitar, indivizibil și inalienabil, astfel cum îl caracterizează dispozițiile Legii fundamentale a României. Ca atare această noțiune este de neacceptat atât în formă, cât și în conținut⁹.

§ 2. Condiții legale intrinseci reformei administrativ-teritoriale.

Organizarea administrativ-teritorială a României este prevăzută atât în Constituție, cât și în alte legi. Articolul 3 alin. (3) din Constituția României¹⁰ instituie o enumerare

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Art. 3 alin. (3) din Constituție: „... *teritoriul este organizat, sub aspect administrativ, în comune, orașe și județe. În condițiile legii unele orașe sunt declarate municipii*”.

(1) Revizuirea Constituției poate fi inițiată de Președintele României la propunerea Guvernului, de cel puțin o pătrime din numărul deputaților sau al senatorilor, precum și de cel puțin 500.000 de cetățeni cu drept de vot.

(2) Cetățenii care inițiază revizuirea Constituției trebuie să provină din cel puțin jumătate din județele țării, iar în fiecare din aceste județe sau în municipiul București trebuie să fie înregistrate cel puțin 20.000 de semnături în sprijinul acestei inițiative.

Articolul 151

(1) Proiectul sau propunerea de revizuire trebuie adoptată de Camera Deputaților și de Senat, cu o majoritate de cel puțin două treimi din numărul membrilor fiecărei Camere.

(2) Dacă prin procedura de mediere nu se ajunge la un acord, Camera Deputaților și Senatul, în sedință comună, hotărâsc cu votul a cel puțin trei pătrimi din numărul deputaților și senatorilor.

(3) Revizuirea este definitivă după aprobarea ei prin referendum, organizat în cel mult 30 de zile de la data adoptării proiectului sau a propunerii de revizuire.

limitativă a formelor de amenajare a teritoriului României din punct de vedere administrativ astfel: comuna, orașul și județul. Art. 18 din Legea nr. 215/2001 stabilește, de asemenea, ca forme de organizare a teritoriului comuna, orașul și județul. De unde se deduce că singurele modalități posibile de amenajare administrativ-teritorială în România sunt cele stabilite de către constituant, iar singura modalitate constituțională de introducere de noi forme de organizare a teritoriului constă într-o revizuire a Constituției. Această revizuire poate avea loc respectând procedura prevăzută de art. 150 și 151 din Constituție¹¹, care presupune parcurgerea în mod obligatoriu al unor etape.

În condițiile inițierii acestei proceduri de către autoritățile abilitate (Președintele României, cel puțin o pătrime din numărul deputaților sau al senatorilor sau cel puțin 500.000 de cetățeni cu drept de vot), Parlamentul adoptă o lege de revizuire cu majoritate calificată, fapt ce trebuie dublat ulterior printr-un vot favorabil din partea corpului electoral, consultat în mod obligatoriu prin referendum¹². Legea nr. 3/2000¹³ privind organizarea și desfășurarea referendumului statuează în art. 2 alin. (1) lit. a) că referendumul național constituie forma și mijlocul de consultare directă și de exprimare a voinței suverane a poporului român cu privire la revizuirea Constituției. De asemenea, în art. 6 alin. (2) este prevăzut că organizarea și desfășurarea referendumului cu privire la revizuirea Constituției, precum și rezultatul acestuia sunt obligatorii.

Utilizarea oricărei alte tehnici constituționale precum adoptarea unei ordonanțe de urgență, asumarea răspunderii Guvernului, adoptarea unei legi organice în ceea ce privește modificarea formelor de organizare a teritoriului semnifică încălcarea prevederilor Constituției și este neconstituțională¹⁴.

În procesul de reorganizare administrativ-teritorială, respectiv delimitarea unităților administrativ-teritoriale, pe lângă criteriile legale, obligatorii, trebuie să se țină seama și de respectarea unor criterii și factori obiectivi¹⁵, cum ar fi:

- criteriul geografic - un element esențial al delimitării administrativ-teritoriale îl constituie configurația reliefului și rețeaua hidrografică;
- criteriul economic, care vizează resursele materiale și financiare, necesare dezvoltării;
- criteriul demografic, privește populația unității administrativ-teritoriale, structura acesteia și potențialul forței de muncă;

¹¹ G. Gîrleșteanu, *Politicul guvernamental și reorganizarea administrativ-teritorială a României*, în volumul *Democrația participativă locală și informarea cetățenilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 31.

¹² Legea nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, publicată în M. Of. nr. 84 din 24 februarie 2000.

¹³ G. Gîrleșteanu, *op.cit.* p. 31.

¹⁴ C.D. Munteanu, *Administrația publică teritorială*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, *op. cit.*, pp. 118 și 119.

¹⁵ A. Iorgovan, *Reformele administrative și participarea cetățenească*, în *Revista de drept public nr. 2/2000*, *op. cit.* p. 2.

- criteriul istoric - se au în vedere limitele administrative în care a funcționat comuna sau orașul, de-a lungul istoriei sale, precum și rezultatele economice sociale, culturale și spirituale, realizate de-a lungul timpului;
- criteriul specificității unității administrativ-teritoriale, concretizată în special în tradiții și obiceiuri comune.

§ 3. Conștientizarea „reformei” administrativ-teritoriale în România

O problemă de fond, în România, este manifestată de interesul scăzut al socialului față de greutățile cu care se confruntă statul. Acest fapt este afectat atât de lipsa cunoașterii, dezinformarea, cât și de indiferența manifestă. Dirijarea socialului reprezintă o chestiune de conjunctură, de moment, de satisfacere a diferitelor interese, precum și de ideologia partidului aflat la guvernare. Problemele cotidiene ne fac să fim vulnerabili, să acceptăm promisiuni care nu se îndeplinesc, să ne complacem în naivitate și toleranță. Nu există programe ale partidelor politice care să nu vorbească despre necesitatea reformelor administrative, cele care sunt la guvernare doresc să convingă electoratul despre nevoia menținerii la putere, tocmai pentru a continua „reforma”, iar cele care sunt în opoziție doresc să convingă că ele sunt deținătoare ale cheii adevăratei reforme¹⁶.

Se remarcă însă o nevoie stringentă de reformare a unităților teritoriale din punct de vedere administrativ în România? Există două teorii:

1. Teoria clasică în cadrul căreia se remarcă un conservatorism administrativ, axat pe păstrarea unui model birocratic prin excelență. Declarațiile privitoare la “integrare” sau “modernizare”, în cadrul acestui curent, sunt considerate superficiale. Această teorie mizează pe ideea simplistă și periculoasă a „unicității” statutului și situației societății românești, astfel că, oricât de viabil s-ar arăta un model în alte administrații din țările europene, acesta nu poate fi aplicat în România. Această abordare reprezintă unul dintre pericolele majore la adresa unei evoluții pozitive a administrației publice din România.

2. Teoria modernă sau evoluționistă privește procesul reformei administrative ca pe un fenomen inevitabil în orice democrație. Eficientizarea sistemului administrativ, noile realități globale și așteptările cetățeanului reprezintă obiective intrinseci progresului. Or, progresul statului se poate realiza, în principal, urmând direcția modernizării administrației.

Modernizarea administrativ-teritorială a României presupune necesitatea instituirii unui model care să corespundă noilor realități, atât de ordin economic, cultural, social și care să țină cont de caracterul unic al statului. Alinierea la standardele europene se poate realiza prin consensul clasei politice în implementarea unui sistem administrativ-teritorial funcțional, care să înlăture tarele existente în societatea românească actuală.

¹⁶ A.P. Parlăgi,; R.I. Gheorghiu, *Drept administrativ*, Universitatea Hyperion, București, 2001, citat de C.D. Munteanu, în *Administrația publică teritorială*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 117.

Necesitatea unei bune organizări a teritoriului statului din punct de vedere administrativ este reflectată chiar de funcțiile organizării administrativ-teritoriale, așa cum au fost identificate în doctrină¹⁷:

- rezolvarea rapidă și eficientă a problemelor ridicate de colectivitățile locale;
- asigurarea, alături de operatorii economici, a dezvoltării economico-sociale a localităților;
- asigurarea, prin managementul administrației publice locale, a exercitării atribuțiilor conducerii: diagnoză, previziune, programare, organizare, comandă, coordonare și control și ceea ce este important, pregătirea, adoptarea și aplicarea deciziei administrative și a politicilor publice;
- realizarea unui echilibru între dezvoltarea unor centre urbane și a restului țării sau între diferitele zone, precum și rezolvarea problemelor ce se ridică în administrarea marilor orașe, a expansiunii economice și demografice;
- asigurarea funcționării aparatului de stat și îndeplinirea funcțiilor acestuia;
- factorul care determină existența și organizarea ierarhică a întregului sistem de organe ale administrației publice locale și centrale, fixând cadrul teritorial și de competență a acestor organe.

§ 4. „Reformă” administrativă sau strategie politică?

Organizarea administrativ-teritorială a unui stat, înfăptuită pe cale legislativă, reprezintă un element de importanță cardinală, deoarece determină constituirea sistemului administrației statului și subsistemelor lui locale, încadrează, teritorial, viața politică și organizează viața economică și socială a unei națiuni¹⁸. Astfel, și modernizarea administrativ-teritorială reprezintă, un proces extrem de important a cărui realizare presupune o perioadă îndelungată de timp. Sunt necesare studii detaliate privind impactul pe care l-ar putea avea o reformă, asupra populației, asupra echilibrului societății, al relației reprezentanți-reprezențați. De asemenea, se iau în considerare totalitatea avantajelor și a dezavantajelor pe care le-ar presupune o reformă în acest sens. Pe scena politică, în mass-media, precum și în doctrină sunt vehiculate numeroase modele de reorganizare sau îmbunătățire a sistemului administrativ-teritorial al României.

Conform unui model propus de către actuala clasă politică aflată la conducerea statului, reorganizarea administrativ-teritorială, ar trebui să se facă prin micșorarea numărului județelor existente. Păstrarea județelor ca entități administrativ-teritoriale, însă micșorarea numărului acestora ar constitui o „veritabilă reformă” administrativă.

¹⁷ N. Miulescu, *Dimensiuni contemporane ale teoriilor privind organizarea și funcționarea administrației publice. Privire specială asupra sistemelor europene*, studiu elaborat în cadrul Conferinței internaționale *Administrația publică la începutul celui de-al II-lea mileniu. Diseminarea celor mai bune practici japoneze în România*, București, 2005.

¹⁸http://www.adevarul.ro/adevarul_europa/Regionalizare-regiunile_Romaniei-guvernare_regionala-Comisia_Europeana_0_496750941.html. citat de G. Gârleșteanu, în *Democrația participativă locală și informarea cetățenilor*, p. 29.

Argumentele aduse în susținerea acestei propuneri se bazează pe aspecte de ordin economic, printre care este invocată atragerea fondurilor nerambursabile oferite de către Uniunea Europeană în sprijinul dezvoltării statelor membre. Acest fapt, însă, a fost infirmat de către Comisia Europeană pe politici regionale care apreciază că reorganizarea României nu va putea produce schimbări în actualul flux de acordare a fondurilor europene. Acest fapt se datorează momentului avansat în timp al programelor de dezvoltare regională. Este necesară o urgentare pentru aplicarea eficientă a programelor de dezvoltare regională 2007-2013 în România. Or, se așteaptă concentrarea eforturilor pe implementarea cu succes a programelor operaționale, în actuala perioadă, în cadrul structurilor actuale, pentru care aceste programe au fost concepute și convenite între Comisia Europeană și România¹⁹. Argumente interesante ar fi fost reprezentate de faptul că actuala împărțire a teritoriului în 42 de județe nu ar răspunde criteriilor de eficiență necesare, nu ar încuraja existența unui raport de nesubordonare între autoritățile centrale și locale (așa cum prevede legea) sau nu constituie un suport adecvat pentru dezvoltarea economică locală²⁰. „Reforma” administrativ-teritorială ar trebui să cuprindă ca principale obiective lărgirea autonomiei locale, repartizarea de competențe decizionale unităților administrativ-locale, precum și crearea cadrului adecvat dezvoltării acestora. Discursurile politice omit finalitatea întregului proces al reformei, cetățeanul. Se discută în mod constant despre teritoriu și unități administrativ-teritoriale însă nu există nicio consultare a cetățenilor în acest sens. De ce se omite substanța, nucleul, întregului proces? De asemenea, decuplarea reorganizării administrative de revizuirea Constituției a fost o strategie reușită deoarece reconfigurarea unei hărți, va ține seama, în mod indubitabil, de culoarea politică dominantă a actualelor județe, iar noile județe, mai mari, vor fi configurate în așa fel încât să se obțină culoarea apolitică dorită de Guvern în ansamblul noii unități administrativ-teritoriale²¹.

Sau poate chestiunea reorganizării, a reprezentat o tortă menită să disturbe atenția opiniei publice de la problemele reale cu care se confruntă efectiv România.

§ 5. Colectivitățile locale și „reforma” administrativ-teritorială

Așa cum am precizat discursurile politice referitoare la modernizarea administrativ-teritorială a statului omit esența întregului proces, cetățeanul și colectivitatea locală din care acesta face parte. Sentimentul de apartenență la un spațiu comun reprezintă fundamentarea pentru acțiuni economice, politice, culturale și sociale, determinate de locuitorii aceluși teritoriu. Acest sentiment este perceput diferit de personalul

¹⁹ A. Ghinea, *Republica Moldova mai aproape de Uniunea Europeană prin dezvoltarea regională. Exemplul României.*

Lucrare publicată în cadrul Institutului de Politici Publice București, pe site-ul www.ipp.md.

²⁰ Dan Claudiu Dănișor, *Reorganizarea administrativă a României – o diversiune reușită*, în *Pandectele Române nr. 7/2011*, Ed. Wolter Kluwert, București, p. 15.

²¹ D-D. Bratu *Protecția autonomiei locale*, teză de doctorat, Chișinău, 2010, autoreferatul tezei de doctorat, *op. cit.* p. 3.

administrativ, în comparație cu cetățenii – locuitori ai teritoriului respectiv, existând diferențe și între identitatea instituțională și cea a locuitorilor unei regiuni, pentru că uneori teritoriile divizate administrativ nu se suprapun peste teritoriile definite prin alte criterii.

Conform art. 119 din Constituția României, “ *administrația publică din unitățile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiul autonomiei locale și pe cel al descentralizării serviciilor publice*”. Principiul autonomiei locale are în vedere organizarea și funcționarea administrației publice locale pornind de la “dreptul și capacitatea efectivă a autorităților administrației locale, de a rezolva și gestiona în nume propriu și sub responsabilitatea lor, o parte importantă a treburilor publice, în folosul colectivităților locale pe care le reprezintă “. Autoritățile administrației centrale, potrivit principiului subsidiarității, intervenind dacă și în măsura în care obiectivele acțiunii nu pot fi realizate de autoritățile locale.

Autonomia locală se manifestă pe mai multe planuri. Pe planul capacității juridice, colectivitățile teritoriale locale sunt subiecte de drept distincte, având propriile interese publice, iar pe plan instituțional, ele dispun de autorități administrative proprii. Pe planul autonomiei decizionale, aceste autorități au competențe proprii și iau decizii în interesul colectivităților pe care le administrează²². De asemenea, autonomia nu poate fi reală, efectivă, fără prezența autonomiei în planul mijloacelor umane, materiale, financiare, colectivitățile teritoriale locale având proprii funcționari publici, domeniu (public și privat) propriu, autonomie financiară (buget propriu)²³. Autoritățile locale sunt autonome, dar nu și suverane. Autonomia este exclusiv la nivel administrativ, iar nu și legislativ, de guvernare sau judiciar. Autoritățile locale sunt supuse unui control de tutelă administrativă, exercitat de administrația de stat. Astfel, autonomia locală nu se poate interpreta și aplica decât în cadrul caracterelor statului român care este un stat unitar.

§ 6. România, un viitor stat regionalizat?

În România s-au înființat în anul 1998, 8 regiuni de dezvoltare²⁴, pentru a putea fi aplicată politica de dezvoltare regională. Acestea s-au creat în ideea dezvoltării economice a zonelor defavorizate și nu sunt independente administrativ, așa cum sunt în majoritatea statelor europene. Cele opt regiuni de dezvoltare funcționează paralel cu cele 41 de structuri județene. În prezent, pentru derularea fondurilor europene există opt agenții de dezvoltare regională. Au fost create în 1998 consiliile pentru dezvoltarea regională ale regiunilor Sud-Est, Sud, Sud-Vest, Vest, Nord-Vest, Centru, Nord-Est și regiunea București. Aceste regiuni de dezvoltare au fost înființate

²² *Idem*.

²³ Legea nr. 315/2004 privind dezvoltarea regională în România, publicată în M.Of. nr. 577 din 29 iunie 2004.

²⁴ C. Dina, *Regionalizarea României transcende problema maghiară. Până nu vom ajunge la un consens politic, nu vom putea să ne gândim, în mod serios, la o reorganizare administrativă*, articol publicat pe site-ul www.adevărul.ro în data de 1 iunie 2011, accesat pe data de 10 noiembrie 2011.

ca urmare a recomandării U.E., care apreciază că județul este o formațiune prea mică, în timp ce statul cuprinde un teritoriu prea mare. Astfel, ar fi o oportunitate, înființarea unui nou nivel administrativ, regiunea. Cu toate acestea regiunile din România nu sunt nici pe departe ce vor să reprezinte regiunile din cadrul celorlalte state europene. Cele 8 regiuni din România nu au niciun statut administrativ, neavând un consiliu legislativ sau corp executiv, așa cum prevede declarația politică asupra regionalismului, adoptată în 1996 de Adunarea Regiunilor Europei. Conform acestei declarații, structura de bază a regiunii este formată dintr-o adunare reprezentativă (un miniparlament) și un organ executiv (un miniguvern).

Regiunile de dezvoltare din România nu sunt unități administrativ-teritoriale, nu au personalitate juridică, fiind rezultatul unui acord liber între consiliile județene și cele locale. Funcția lor este de a aloca fondurile PHARE de la Uniunea Europeană, pentru dezvoltare regională, și de a interpreta și cerceta statistici regionale.

Crearea regiunii ca nivel administrativ intermediar în România este o problemă care ridică nenumărate semne de întrebare. De fiecare dată când se vorbește despre o reformă în acest scop problema devine una etnică. Propunerea legislativă a liderilor maghiari, de reorganizare a regiunilor de dezvoltare prin trecerea de la opt regiuni de dezvoltare la 16 regiuni a fost criticată, din punct de vedere al conținutului legislativ pe motiv că urmărește crearea regiunilor după criteriile etnice. Or, miza reală a regionalizării nu înseamnă satisfacerea unei dorințe etnice, ci crearea unor regiuni destul de puternice din punct de vedere economic și eficiente din punct de vedere administrativ, care să aibă capacitatea să absoarbă resurse financiare europene importante, să aibă forța necesară pentru diminuarea disparităților și capacitatea de a asigura servicii de calitate²⁵.

Regiunea (Unitatea administrativ-teritorială) este privită, în accepțiunea Consiliului Europei, ca unitate situată imediat sub nivelul statului cu autoritate aleasă a Administrației Publice și mijloace financiare proprii.

Carta comunitară a regionalizării, adoptată la Maastrich²⁶, înțelege prin regiune acel teritoriu care constituie, din punct de vedere geografic, o entitate clară sau o grupare similară de teritorii, unde există continuitate și a cărui populație posedă anumite trăsături comune și dorința de a păstra specificul identității sale și să o dezvolte, în scopul stimulării progresului cultural, social și economic.

În spațiul european diferite țări au acest nivel administrativ intermediar, astfel, Italia, cuprinde și un nivel regional alcătuit din 20 regiuni din care 5 cu statut special, având regim de comunități autonome. De asemenea, Spania denumită și țara „autonomiilor” cuprinde la nivel regional 15 regiuni cu statut de comunități autonome.

Organizarea administrativă a teritoriului României, în timpul regimului comunist, mai precis în Constituția din 1948, cuprindea comune, plăși, județe și regiuni. Astfel, regiunea, ca nivel administrativ intermediar nu este total străină organizării administrativ-teritoriale a statului. Asentimentul pentru regiuni probabil s-a perpetuat de-a lungul timpului după înlăturarea regimului comunist. Însă, indiferent de modelul

²⁵ Adoptată de către Parlamentul European în anul 1988;

²⁶ M. Preda, A.-S. David, M. Filip, *op. cit.*, p. 527.

de reorganizare administrativă care va fi adoptat, acesta trebuie să țină seama de condițiile concrete istorice, geopolitice, economice și sociale. De asemenea, indiferent de dimensiunea spațială a celulelor administrative, exercițiul administrării teritoriului trebuie să aibă la bază următoarele principii: principiul coerenței în probleme de administrare a teritoriului; principiul optimului teritorial, care statuează și estimează suprafețele și structura demografică cea mai potrivită pentru exercitarea dreptului de administrare; principiul democratic; principiul deciziilor potrivite - la aceleași unități administrative se adoptă soluții diferențiate, în funcție de natura problemelor, principiul eficienței actului administrativ care se sprijină pe o bună cunoaștere a realității teritoriale.

§ 7. Cerințe de îmbunătățire a organizării administrative a teritoriului României

Actuala organizare administrativ-teritorială a României, așa cum s-a remarcat, întâmpină numeroase dificultăți.

În primul rând nu s-a reușit optimizarea procesului decizional, autonomia locală nefiind asumată complet de către autoritățile locale. Bugetele colectivităților locale sunt dependente de resursele bugetului de stat în condițiile în care veniturile proprii bugetelor locale nu depășesc 25% din necesarul de resurse locale. În al doilea rând cetățenii nu sunt atrași în procesul de luare a deciziilor, fapt care contrazice principiul transparenței în administrație. Atragerea cetățeanului la activitatea de luare a deciziei presupune că în cea mai mare parte a activității administrative, competențele revin cu prioritate autorităților administrației publice situate cel mai aproape de acesta.

Reformarea administrației nu se poate realiza fără o separare a responsabilităților nivelului politic de cel administrativ, ceea ce depinde în ultimă instanță de voința guvernanților. Se urmărește o administrație performantă, bazată pe carieră, profesionalism și experiență, sau o administrație aservită interesului politic la un moment dat²⁷.

Factorul politic influențează în mod direct reformele din administrație atât la nivel de reglementare, cât și în planul punerii sale în executare prin politicile publice aprobate.

Modernizarea administrației trebuie să corespundă recomandărilor date de Uniunea Europeană, or, așa cum se remarcă în cadrul majorității statelor europene care au înțeles să implementeze regiunile ca nivel administrativ-teritorial, acestea beneficiind de competențe largite. Este foarte adevărat că fenomenul administrativ este unul complex și presupune o diversitate de modalități de executare în planul activității practice, diferențiate de la un stat la altul, de la o perioadă istorică la alta. Însă, acțiunea trebuie îndelung și temeinic pregătită, urmărindu-se asigurarea, în primul rând, a tuturor condițiilor economice, politice, sociale, care să conducă la stabilirea momentului optimal punerii ei în practică.

²⁷ M. Preda, A.-S. David, M. Filip, *op. cit.*, p. 527.

Pregătirea acțiunii, ca și alegerea momentului punerii ei în operă este în sarcina autorităților statale și trebuie să fie fundamentată pe criterii obiective, științifice, pentru a-i conferi credibilitate, susținere și stabilitate în perspectivă²⁸.

Acțiunile pregătitoare trebuie să se deruleze de jos în sus, pe principii democratice și cu toată transparența, să fie ample și corect mediatizate, analizate și dezbătute sub toate efectele lor pozitive și negative, implicând și cetățenii, pentru ca aceștia să discearnă și să se pronunțe în cunoștință de cauză.

Bibliografie

1. Alexandru, Ioan, *Administrația publică. Teorii. Realități. Perspective*, Ed. Lumina Lex, București, 2002;
2. Bănică, Cristian, *Reforma administrativ-teritorială, dezvoltarea regională și securitate*, articol publicat pe site-ul www.contributors.ro, pe data de 26 iunie 2011, accesat în data de 10 noiembrie 2011;
3. Bratu, Daniel – Dumitru, *Protecția autonomiei locale*, teză de doctorat, Chișinău, 2010;
4. Dănișor, Dan Claudiu, *Reorganizarea administrativă a României – o diversiune reușită*, în *Pandectele Române* nr. 7/ 2011, Ed. Wolter Kluwer, București;
5. Dina, Cosmin, *Regionalizarea României transcende problema maghiară. Până nu vom ajunge la un consens politic, nu vom putea să ne gândim, în mod serios, la o reorganizare administrativă*, articol publicat pe site-ul www.adevarul.ro în data de 1 iunie 2011, accesat în data de 10 noiembrie 2011;
6. Gîrleşteanu, George, *Politicul guvernamental și reorganizarea administrativ-teritorială a României*, în volumul *Democrația participativă locală și informarea cetățenilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2011;
7. Ghinea, Anca, *Republica Moldova mai aproape de Uniunea Europeană prin dezvoltarea regională. Exemplul României*, lucrare publicată în cadrul Institutului de Politici Publice București, pe site-ul www.ipp.md;
8. Iorgovan, Antonie, *Reforme administrative și participarea cetățenească*, în *Revista de drept public* nr. 2/2000;
9. Miulescu, Nicoleta, *Dimensiuni contemporane ale teoriilor privind organizarea și funcționarea administrației publice. Privire specială asupra sistemelor europene*, studiu elaborat în cadrul Conferinței internaționale *Administrația publică la începutul celui de-al II-lea mileniu*. Diseminarea celor mai bune practici japoneze în România, București, 2005;
10. Munteanu, Codrin Dumitru, *Administrația publică teritorială*, Ed. Universul Juridic, București, 2010;

²⁸ M. Preda, A.-S. David, M. Filip, *op. cit.*, p. 528.

11. Popescu, Corneliu – Liviu, *Autonomia locală și integrarea europeană*, Ed. All Beck, București, 1999;
12. Preda, Mircea, David, Ana-Sofia, Filip, Maria, *Organizarea administrativă a teritoriului României*, Ed. Lumina Lex, București, 2000;
13. Constituția României, republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003, Ed. All Beck, București, 2004;
14. Legea nr. 3/2000 privind *organizarea și desfășurarea referendumului*, publicată în M. Of. nr. 84 din 24 februarie 2000;
15. Legea nr. 315/2004 privind *dezvoltarea regională în România*, publicată în M. Of. nr. 577 din 29 iunie 2004.

Accesul cetățenilor la serviciile comunitare de utilități publice¹

Lector univ. dr. Camelia Raluca VOINEA



The citizens' access to the community services of public utilities

Abstract: The analysis proposed in this paper is purely theoretical, inspired by Romanian legislation in the field of public utilities and aims to highlight the legal means that a citizen has at hand to devein of public services. We refer to these community services of public utilities: water and sewerage, public lighting, heating, local public transport, sanitation and management of public and private state property.

Keywords: *analysis, public utilities, heating, local public transport, private state property*

Creșterea calității și accesului la serviciile publice reprezintă obiectivul nr. 3 al cap.19 „Reforma administrației publice” din Programul de guvernare 2009-2012 al Guvernului României².

➔ *Noțiunea de serviciu public*

Noțiunea de *serviciu public* a reprezentat și încă reprezintă subiect de discuție pentru teoreticienii și practicienii din domeniul științelor administrative, dar și pentru prestatorii și beneficiarii acestor servicii.

O accepțiune modernă a noțiunii de serviciu public a fost conturată de către juriști pentru a pune bazele dreptului public și dezvoltată și îmbunătățită de către sociologi, economiști etc. Trei elemente au rămas esențiale și comune accepțiunilor date noțiunii în discuție de-a lungul timpului:

- satisfacerea nevoilor cu caracter public;

¹ Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013.

² Publicat în M. Of. nr. 869 din 22 decembrie 2008.

- activitate concretă căreia i se aplică un regim juridic specific de drept, care derogă de la dreptul comun;
- existența unui organism care pune în aplicare activitatea specifică serviciului public.

Etimologic, noțiunea de serviciu își are originea în cuvântul latin „*servitum*” care semnifică sclav, cu extindere către interpretarea „de a te afla în serviciul cuiva”, „a de a face un serviciu”, „de a te pune în serviciu” până la a evoca chiar idea de „utilitate publică” sau „serviciu public”.

➔ *Elementele noțiunii de „serviciu public”*

Noțiunii de „serviciu public” i se pot atribui înțelesuri variate și în raport cu perspective din care este analizată această noțiune. Astfel, i se poate atribui noțiunii analizate o interpretare economică, managerială, sociologică juridică, aceasta din urmă fiind cea care ne interesează.

Așadar, elementul central al abordării juridice a serviciului public îl reprezintă interesul public, interesul general, binele public, satisfacerea interesului cetățeanului.

Fără a insista asupra acestor aspecte care nu reprezintă centrul studiului de față, amintim și cel de-al doilea element care întregeste definirea din perspectivă juridică a noțiunii de serviciu public, anume autoritatea publică însărcinată cu asigurarea realizării acestui serviciu. Cea mai apropiată autoritate publică de cetățean, care îi cunoaște nevoile și așteptările și care i le poate satisface cât mai bine este autoritatea publică locală, care pune în slujba cetățeanului serviciile publice locale. Aceste servicii au apărut ca rezultat al descentralizării și aplicării principiului subsidiarității, în sensul că nevoile unei colectivități locale sunt cel mai bine satisfăcute prin servicii organizate de acea colectivitate.

➔ *Serviciile comunitare de utilități publice*

Enumerare

Sistemul serviciilor publice trebuie să fie astfel constituit de către autorități încât să acopere toate domeniile dezvoltării societății. Fiecare serviciu public local influențează unul sau mai multe domenii ale dezvoltării. În literatura de specialitate a fost unanim acceptată teoria conform căreia cele mai relevante servicii pentru dezvoltarea locală, indiferent de mărimea colectivității sunt următoarele:

- Alimentarea cu apă și canalizare;
- Energia termică;
- Salubritatea localităților;
- Iluminatul public;
- Transportul public local;
- Administrarea domeniului public și privat al statului.

Legislație

Aceste servicii sunt reglementate de Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, publicată în M. Of. nr. 254 din 21 martie 2006, cu modificările și completările ulterioare.

Dincolo de legea-cadru în materia serviciilor comunitare de utilități publice, există o serie de acte normative care reglementează pentru fiecare serviciu în parte, care transpun aquis-ul comunitar în această materie³.

Actorii implicați în realizarea serviciilor comunitare de utilități publice și rolul acestora⁴

Legea amintită reglementează, printre altele, raporturile juridice dintre autoritățile administrației publice locale, operatorii de servicii⁵ și utilizatorii⁶ acestora.

Astfel, raporturile juridice dintre autoritățile administrației publice locale și operatori sunt supuse normelor juridice de drept public sau privat, după caz, în funcție de forma de gestiune adoptată⁷. Iar raporturile juridice dintre autoritățile administrației publice locale și utilizatori sunt raporturi juridice de natură administrativă, supuse normelor juridice de drept public⁸.

Raporturile juridice dintre operatorii și utilizatorii serviciilor de utilități publice sunt raporturi juridice de natură contractuală și sunt supuse normelor de drept privat⁹. Aceste raporturi se desfășoară în baza contractului-cadru de furnizare/prestare a serviciilor de utilități publice, elaborat de autoritatea de reglementare competentă, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, a regulamentelor serviciilor și a caietelor de sarcini specifice acestora¹⁰.

Din aceste reglementări legale putem stabili că actorii implicați în procesul de satisfacere a nevoilor colectivităților locale prin intermediul serviciilor comunitare de utilități publice sunt:

³ Pentru detalii, a se vedea „Analiza legislativă cu privire la organizarea și funcționarea serviciilor comunitare de utilități publice” de Raluca Voinea, în *Metamorfoză și actualitate în dreptul românesc, Cercetări juridice postdoctorale*, coord. Ioan Leș, D.C. Dănișor, Ed. Univesrul Juridic 2012, p. 89.

⁴ Samuelson P.A., Nordhaus D., *Economie politică*, Ed. Teora, București, 2000, p. 142.

⁵ Conform art. 2 lit g) din Legea nr. 51/2006, operatorul este persoana juridică de drept public sau de drept privat înregistrată într-un stat membru al Uniunii Europene ori în alt stat sau, după caz, structura fără personalitate juridică în subordinea autorităților administrației publice locale, care are competența și capacitatea, recunoscute prin licența emisă de o autoritate națională de reglementare competentă ori un organism echivalent dintr-un stat membru al Uniunii Europene, de a furniza/presta, în condițiile reglementărilor în vigoare, un serviciu sau o activitate din sfera serviciilor de utilități publice și care asigură nemijlocit gestiunea propriu-zisă a serviciului/activității, precum și administrarea, funcționarea și exploatarea sistemului de utilități publice aferent acestuia/acesteia.

⁶ Conform art. 2 lit h) din Legea nr. 51/2006, utilizatorii sunt persoane fizice sau juridice care beneficiază, direct ori indirect, individual sau colectiv, de serviciile de utilități publice, în condițiile legii.

⁷ Conform prevederilor art. 9 alin. (2) din Legea nr. 51/2006.

⁸ Conform prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 51/2006.

⁹ Conform prevederilor art. 36 alin. (1) din Legea nr. 51/2006.

¹⁰ Conform prevederilor art. 24 alin. (2) din Legea nr. 51/2006.

1. autoritățile administrației publice
2. operatorii-furnizori de servicii comunitare de utilități publice
3. beneficiarii acestor servicii

Fiecare dintre cele trei categorii implicate în acest proces are un rol bine determinat, reglementat.

Rolul primar al autorităților este acela de a oferi un serviciu sau un produs unui consumator sau beneficiar.

Câteva aspecte legate de reformarea sistemului serviciilor comunitare de utilități publice

Dincolo de acest aspect, pentru reformarea sistemului serviciilor comunitare de utilități publice, fiecare actor implicat trebuie să-și îndeplinească roluri concrete.

Astfel, administrația trebuie să monitorizeze modul în care se furnizează serviciul public către beneficiar și să decidă în domeniul tarifelor de utilizator.

Rolul furnizorului de servicii presupune ar trebui să fie legat de:

- furnizarea serviciilor publice la care s-a angajat prin contract;
- încheierea unui contract cu autoritatea publică;
- încheierea unui contract cu beneficiarii individuali;
- participarea la stabilirea tarifelor pentru serviciile prestate.

Consumatorul să exercite următoarele roluri în cadrul sistemului serviciilor comunitare de utilități publice:

- să beneficieze de serviciile publice furnizate;
- să plătească impozite, taxe sau tarife de utilizator;
- să își protejeze dreptul de consumator, dacă este cazul;
- să își exercite datoria morală de cetățean prin exercitarea dreptului de vot atunci când este cazul.

Totuși, pentru realizarea palpabilă a procesului de reformă în acest domeniu, se impune:

- schimbarea modalității de finanțare a serviciilor publice: de la finanțarea prin impozite și taxe către serviciile publice tarifabile, la finanțarea prin tarife de utilizator.
- Separarea funcțională a diferitelor activități: producerea serviciilor publice, distribuția lor.
- Introducerea mecanismelor pieței competitive acolo unde este posibil și înlăturarea monopolului.

Accesul cetățeanului la serviciile comunitare de utilități publice

Pentru utilizatori, noțiunea de serviciu public este asimilată, mai ales în țările cu o puternică tradiție în acest sens, cu noțiunea de serviciu indispensabil vieții individuale. Utilizatorii percep serviciul prin intermediul beneficiului direct oferit lor, al utilității sau implicării în actul prestator.

Raportarea serviciului la client, la beneficiar, presupune luarea în considerare a următoarelor aspecte¹¹:

¹¹ Matei L., *Management public*, Ed. Economică, București, 2001, pp. 173-175.

- Accesul;
- Alegerea;
- Informarea;
- Corectarea pentru restabilirea echilibrului;
- Reprezentare.

Aceste aspecte trebuie avute în vedere concomitent, iar nu separat, căci rezultatul fiecărei acțiuni o influențează pe următoarea.

O bună informare a cetățenilor conduce la înțelegerea problemelor administrației, determină onorarea obligației de a participa ca parteneri egali în activitățile acesteia. Determină, de asemenea și cea mai bună alegere a prestatorului de servicii, acolo unde acest lucru este realizabil, căci, în cele mai multe sectoare de servicii, există monopol.

După informare și orientare către un prestator, accesul cetățeanului parcurge o etapă birocratică, bazată pe acte și proceduri preliminare de furnizare a serviciului respectiv.

Așa cum am precizat deja, raporturile juridice dintre operatorii și utilizatorii serviciilor de utilități publice sunt raporturi juridice de natură contractuală și sunt supuse normelor de drept privat. Aceste raporturi se desfășoară în baza contractului-cadru de furnizare/prestare a serviciilor de utilități publice, elaborat de autoritatea de reglementare competentă, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, a regulamentelor serviciilor și a caietelor de sarcini specifice acestora.

În raport cu utilizatorii serviciilor comunitare de utilități publice, operatorii au o serie de obligații principale, reglementate de Legea nr. 51/2006 în art. 36 alin. (2). Astfel, aceste obligații se referă la:

a) să asigure furnizarea/prestarea serviciilor de utilități publice la limita de proprietate, conform prevederilor contractuale și cu respectarea prescripțiilor, normelor și normativelor tehnice în vigoare;

b) să ia măsuri imediate pentru remedierea unor defecțiuni, deranjamente sau avarii apărute în funcționarea sistemelor de utilități publice și să limiteze durata intervențiilor;

c) să asigure montarea, funcționarea și verificarea metrologică a echipamentelor de măsurare a consumului la bransamentul utilizatorului, în conformitate cu normele tehnice în vigoare;

d) să plătească despăgubiri persoanelor fizice sau juridice pentru prejudiciile provocate din culpă, inclusiv pentru restricțiile impuse deținătorilor de terenuri în perimetrul zonelor de protecție instituite, conform prevederilor legale;

e) să plătească despăgubiri pentru întreruperea nejustificată a furnizării/prestării serviciilor și să acorde bonificații utilizatorilor în cazul furnizării/prestării serviciilor sub parametri de calitate și cantitate prevăzuți în contractele de furnizare/prestare;

f) să plătească chirii pentru folosirea temporară a terenurilor și să aducă terenurile și obiectivele afectate de lucrările de intervenție sau de investiții în starea anterioară începerii acestor lucrări;

g) să servească utilizatorii din aria de acoperire, în condițiile programelor de reabilitare, extindere și modernizare aprobate;

h) să respecte indicatorii de performanță și calitate stabiliți prin contractul de delegare a gestiunii sau prin hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare;

i) să furnizeze cu regularitate autorităților administrației publice locale, respectiv autorităților de reglementare competente, informații privind modul de realizare a indicatorilor de performanță, să aplice metodologia de comparare a acestor indicatori prin raportare la operatorul cu cele mai bune performanțe și să asigure accesul la documentațiile și la actele individuale pe baza cărora furnizează/prestează serviciul de utilități publice, în condițiile legii;

j) să încheie contracte de asigurare pentru infrastructura necesară desfășurării activităților în conformitate cu legislația în vigoare.

Operatorii serviciilor de utilități publice sunt în drept să suspende sau să limiteze furnizarea/prestarea serviciilor către utilizatori, fără plata vreunei penalizări, cu un preaviz de 5 zile, în următoarele cazuri:

a) depășirea termenului legal pentru achitarea facturilor stabilite potrivit prevederilor art. 42 alin. (11);

b) neachitarea notelor de plată pentru recuperarea daunelor, stabilite printr-o hotărâre judecătorească definitivă, provocate de distrugerea sau deteriorarea unor construcții ori instalații aferente infrastructurii edilitar-urbane a localităților, aflate în administrarea lor;

c) utilizarea neautorizată, fără aviz de racordare, acord de furnizare sau contract de furnizare/prestare a serviciilor de utilități publice;

d) împiedicarea delegatului împuternicit al operatorului de a controla instalațiile de utilizare, de a monta, verifica, înlocui sau citi aparatele de măsurare-înregistrare sau de a remedia defecțiunile la instalațiile administrate de furnizor, când acestea se află pe proprietatea utilizatorului;

e) branșarea ori racordarea fără acordul operatorului la rețele publice sau la instalațiile altui utilizator ori schimbarea, fără acordul operatorului, în cadrul unor lucrări de reparații capitale, reconstruiri, modificări, modernizări sau extinderi, a caracteristicilor tehnice și/sau a parametrilor instalațiilor de utilizare.

Dincolo de etapa birocratică în care utilizatorul a stabilit baza legală pentru furnizarea serviciului comunitar de care are nevoie există etape obligatorii prin care ambii parteneri ai contractului de furnizare de servicii își exercită drepturile și își realizează obligațiile: plata facturilor de către utilizatori, intervențiile pentru reparații, întreținere și verificare a echipamentelor și bunurilor de către operatori etc.

Pentru ca satisfacerea nevoii cetățeanului să fie deplină, nu este suficient doar să i se furnizeze un serviciu de calitate, ci este important ca cetățeanul să rămână în contact permanent cu operatorul. Pentru aceasta, clienților trebuie să le se ofere un acces facil la instituțiile publice, la ore convenabile, informații într-un limbaj accesibil tuturor.

Dacă administrația dorește să-și îmbunătățească activitatea, atunci beneficiarul nu va fi tratat ca un utilizator pasiv de servicii, ci trebuie să fie încurajat să se implice activ în activitatea administrației.

Drepturi și obligații specifice contractului de credit de consum¹

Lect. univ. dr. Matei DIACONU



Rights and obligations which are specific to the consumer credit contract

Abstract: At the general global level, consumerism represents a reaction generated by the excesses of the consumer society and by the abuses of the professionals. However, at the particular national level, the legislation in this field appeared as a juridical consequence of Romania's membership in the European Union. Regarding from the perspective of the latest regulations, the present article presents a systematical analysis of the specificity of the rights and obligations which represent the benefits of the parts as well as their assignments, in the case of the consumer credit contract, which is a juridical institution with an important economic dimension, and whose spectacular dynamics from the last few years has had consequences which are visible in the everyday life of the contemporary society.

Key words: credit, consumation, rights, obligations, specificity.

§ 1. Preliminarii

Din perspectiva legislației și literaturii de specialitate, un contract de credit generează anumite drepturi și obligații cu un caracter particular, specific pentru această instituție juridică, ce revin și incumbă părților.

Având în vedere legăturile existente între anumite drepturi și obligații dintre cele enumerate, în sensul că un drept al instituției de credit apare ca o obligație în sarcina consumatorului, vom proceda la tratarea coordonată a dreptului și obligației care prezintă trăsături simetrice.

¹ Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operational Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013.

Particularizând, am menționat obligațiile în cazul descoperitului de cont, deoarece acesta reprezintă o formă des întâlnită în practica bancară, dar și obligații ale împrumutatului în creditul ipotecar.

§ 2. Dreptul de retragere - concept și exercitare

Alături de multe alte elemente cu caracter de noutate prevăzute de O.U.G. nr. 50/2010, o atenție deosebită, prin prisma implicațiilor pe care le comportă, reclamă dreptul de retragere sau dreptul de a se răzgândi ce revine consumatorului din contractul de credit. Este stipulat un termen înăuntrul căruia consumatorul își poate exercita acest drept de a se retrage din contractul de credit, acest termen fiind de 14 zile calendaristice. Important este aspectul potrivit căruia retragerea consumatorului nu trebuie motivată, astfel că exercitarea dreptului nu este condiționată de invocarea anumitor motive, însă actul normativ stipulează următoarele obligații ce îi incumbă consumatorului, în ipoteza în care se prevalează de dreptul de a se răzgândi:

- obligația de a-l notifica pe creditor, cu scopul ca exercitarea dreptului de retragere să producă efecte înainte de împlinirea termenului prevăzut;
- obligația de a plăti creditorului fie creditul, fie partea de credit trasă, dar și dobânda aferentă de la data la care creditul ori partea din credit a fost trasă și până la data la care creditul sau partea din credit a fost rambursată, cu mențiunea că dobânda se calculează pe baza ratei dobânzii convenite.

Precizăm că dreptul de retragere trebuie exercitat în termen de 15 zile calendaristice și completăm că acest termen începe să curgă de la una dintre următoarele date:

- data la care consumatorul ia cunoștință de clauzele, condițiile contractuale și informațiile necesare contractului de credit;
- data încheierii contractului de credit.

Pentru că dreptul de retragere își produce efectele specifice de la data expedierii notificării de către consumator, este util să enunțăm câteva aspecte referitoare la notificare, astfel:

- notificarea se face pe hârtie sau pe alt suport durabil aflat la îndemâna creditorului și accesibil acestuia;
- notificarea trebuie expediată în interiorul termenului, deci înainte de expirarea acestuia;
- notificarea trebuie transmisă prin mijloace admise de legislație, prin intermediul cărora se asigură transmiterea conținutului actului, dar și confirmarea primirii acestuia.

Odată exercitat dreptul de retragere de către consumator, menționăm obligația acestuia de a achita creditorului creditul sau partea din credit cu dobânda aferentă, dar nu trebuie înțeles că suma rezultată va fi pusă la dispoziția creditorului tot în intervalul termenului de 14 zile calendaristice, ci reglementarea conține un termen distinct, în sensul că achitarea se efectuează fără nicio întârziere nejustificată și nu mai târziu de 30 de zile calendaristice de la expedierea notificării de retragere către creditor. În cazul în care creditorul a plătit taxe nerambursabile către administrația

publică, consumatorul va fi obligat să suporte această compensație, fiind de altfel singura exigibilă pentru exercitarea dreptului de retragere².

§ 3. Dreptul de rambursare anticipată

Rambursarea anticipată este un drept al consumatorului și rezidă în liberarea, în tot sau în parte, de obligațiile ce îi revin din încheierea unui contract de credit. Beneficiul exercitării acestei posibilități constă în reducerea costului total al creditului, reducerea vizând dobânda și costurile aferente perioadei dintre data rambursării anticipate și data prevăzută pentru încetarea contractului de credit. În ipoteza rambursării anticipate a creditului, creditorul este îndreptățit la o compensație echitabilă și justificată în mod obiectiv pentru eventualele costuri legate direct de rambursarea anticipată a creditului, cu condiția ca rambursarea anticipată să intervină într-o perioadă în care rata dobânzii aferente creditului este fixă. Există stabilit un plafon maxim al acestei compensații³, astfel compensația nu poate fi mai mare de:

- 1% din valoarea creditului rambursat anticipat, în cazul în care perioada de timp cuprinsă între rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit este mai mare de un an;

- 0,5 % din valoarea creditului rambursat anticipat, în cazul în care perioada de timp dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit nu este mai mare de un an.

Creditorul este împuternicit să stabilească metoda de calcul a compensației, însă aceasta trebuie să fie clară, ușor verificabilă și adusă la cunoștința consumatorului în etapa precontractuală. Sunt și ipoteze în care nu este solicitată o compensație pentru rambursare anticipată, respectiv în următoarele situații:

- rambursarea a fost realizată ca urmare a executării unui contract de asigurare care are drept scop asigurarea riscului de neplată;

- contractul de credit este acordat sub forma „descoperitului de cont”;

- rambursarea anticipată intervine într-o perioadă în care rata dobânzii aferente creditului nu este fixă.

O precizare importantă se impune și constă în faptul că nicio compensație nu poate depăși cuantumul dobânzii pe care consumatorul ar fi plătit-o în perioada dintre rambursarea anticipată și data stabilită pentru încetarea contractului de credit.

Un alt aspect al rambursării anticipate se referă la modalitatea în care se exercită acest drept al consumatorului, și anume pe bază de notificare transmisă instituției de credit de către consumator. Notificarea nu este condiționată nici de un termen maxim calculat *ex tunc* (între data încheierii contractului și data notificării) și nici de un termen minim calculat *ex nunc* (între data notificării și data convenită pentru rambursare).

² L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept bancar*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 417.

³ L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *op. cit.*, p. 418.

§ 4. Obligații aplicabile în cazul contractului de credit

Încheierea contractului de credit generează obligații specifice, care ar putea fi sintetizate după cum urmează:

- obligația de a evalua bonitatea consumatorului și accesul la bazele de date;
- obligația creditorului de a pune la dispoziția consumatorului suma împrumutată;
- obligația creditorului de a urmări respectarea de către împrumutat a destinației sumelor de bani și a graficului de rambursare;
- obligația împrumutatului de rambursare la scadență a creditului contractat și obligația de plată a dobânzilor aferente;
- obligația împrumutatului de a încheia un contract de asigurare asupra bunurilor ipotecate;
- obligația de păstrare a secretului bancar;
- obligații în cazul descoperitului de cont;
- obligații ce incumbă intermediarilor de credit.

§ 4.1. Obligația de a evalua bonitatea consumatorului și accesul la bazele de date

Această obligație revine creditorului care va evalua bonitatea consumatorului, înainte de încheierea unui contract de credit, pe baza unui volum suficient de informații obținute, inclusiv de la consumator, dar și pe baza consultării bazei de date relevante. Dacă, după momentul încheierii contractului de credit, părțile convin modificarea valorii totale a creditului, creditorul actualizează informațiile financiare aflate la dispoziția sa referitoare la persoana consumatorului și evaluează bonitatea acestuia înainte de efectuarea oricărei creșteri semnificative a valorii totale a creditului. În situația creditului transfrontalier, evaluarea consumatorilor are loc prin intermediul sistemelor de evidență de tipul birourilor de credit care asigură accesul creditorilor din alte state membre la bazele de date gestionate în condiții nediscriminatorii față de creditorii naționali.

Întrucât este posibilă respingerea cererii de creditare, având ca justificare evaluarea bonității, instituția de credit este obligată să informeze consumatorul imediat și, în mod gratuit, atât referitor la rezultatul consultării, cât și cu privire la identitatea bazei de date consultate.

§ 4.2. Obligația creditorului de a pune la dispoziția consumatorului suma împrumutată

Această obligație ce incumbă creditorului are o importanță deosebită, având în vedere faptul că, în cazul nerespectării ei, respectivul contract de credit nu se va derula. Mai mult, obligația de a pune la dispoziția consumatorului suma de bani prevăzută în contractul de credit încheiat rezultă chiar din definiția contractului de credit, acesta fiind „contractul în temeiul căruia o instituție de credit, în calitate de împrumutător, pune anumite sume de bani la dispoziția persoanelor fizice, denumite

împrumutați, în vederea achiziționării unor bunuri sau satisfacerii unor nevoi personale, acestora din urmă revenindu-le obligația de a restitui capitalul și dobânzile corespunzătoare”. O mențiune se impune și anume că suma poate fi acordată împrumutatului în mai multe tranșe sau în întregime, în conformitate cu convenția părților, iar suma de bani poate fi în moneda națională, adică în lei, dar poate fi și în valută.

§ 4.3. Obligația creditorului de a urmări respectarea de către împrumutat a destinației sumelor de bani și a graficului de rambursare

Literatura de specialitate⁴ consideră că această obligație a instituțiilor de credit rezultă din interpretarea prevederilor legale ce reglementează raporturile din domeniul bancar (O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, Legea nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare), dar și din cerințele cuprinse în normele de prudență bancară, conform cărora băncile trebuie să se încadreze permanent în indicii de solvabilitate stabilit de Banca Națională a României, ceea ce nu s-ar putea realiza dacă instituțiile de credit nu s-ar preocupa de respectarea destinației creditului de către împrumutați, precum și de rambursarea sumelor de bani împrumutate și a dobânzilor aferente.

§ 4.4. Obligația împrumutatului de rambursare la scadență a creditului contractat și obligația de plată a dobânzilor aferente

Într-adevăr, definiția contractului de credit are menirea de a reliefa atât obligația instituției de credit de a pune la dispoziția împrumutatului suma contractată, cât și obligația principală ce incumbă împrumutatului, aceea de rambursare a creditului: contractul de credit este contractul în temeiul căruia o instituție de credit, în calitate de împrumutător, *pune anumite sume de bani la dispoziția persoanelor fizice, denumite împrumutați*, în vederea achiziționării unor bunuri sau satisfacerii unor nevoi personale, acestora din urmă revenindu-le *obligația de a restitui capitalul și dobânzile corespunzătoare*. Precizăm că rambursarea se face de către împrumutat prin întrebuintarea tehnicilor moderne sau clasice de restituire, iar din cuprinsul normelor de creditare și supraveghere prudențială rezultă că împrumutatului îi revine obligația restituirii în întregime a sumelor de bani la termenul stipulat în contractul de credit, independent de aspectul potrivit căruia o terță persoană ar fi beneficiat de suma pusă la dispoziție de instituția de credit.

Alături de obligația de rambursare a sumei acordate cu titlu de credit, împrumutatului îi revine și obligația de a plăti o dobândă, al cărei quantum, potrivit practicii bancare, este stabilit de instituțiile de credit, luând în considerare elemente precum: tipul de credit, moneda în care se acordă creditul, perioada stabilită pentru rambursare. Așadar, se constată că împrumutatul nu negociază cu instituția de credit

⁴ D. A.P. Florescu, A. Bordea, R. Popa, *Contractul de credit bancar*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 35.

dobânda aplicabilă contractului, ci doar are drept de opțiune între a-i fi aplicată o dobândă fixă sau o dobândă variabilă. Diversitatea formulelor de calcul practicate de instituțiile de credit pentru stabilirea cuantumului dobânzii variabile au generat necesitatea unei intervenții legislative, care s-a materializat prin adoptarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, act normativ care stabilește criteriile în raport de care se va calcula dobânda variabilă în contractele de credit. Dispozițiile legale prevăd că dobânda este compusă dintr-un indice de referință EURIBOR/ROBOR/LIBOR la o anumită perioadă sau din rata dobânzii de referință a Băncii Naționale a României, în funcție de valuta creditului, la care creditorul adaugă o anumită marjă fixă pe toată durata derulării contractului, iar modul de calcul și periodicitatea stabilirii dobânzii trebuie înscrise în contractul de credit.

§ 4.5. Obligația împrumutatului de a încheia un contract de asigurare asupra bunurilor ipotecate

Această obligație a împrumutatului, astfel cum rezultă și din enunț, vizează o specie, o varietate, un tip de contract de credit, și anume contractul de credit pentru investițiile imobiliare, iar contractul de asigurare are ca obiect imobilul ce constituie obiectul ipotecii.

În conformitate cu art. 17 din Legea nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare⁵, dacă prin credit se finanțează construcția, reabilitarea, consolidarea, extinderea unor imobile, creditorul ipotecar poate solicita împrumutatului să încheie un contract de asigurare pentru riscul nefinalizării construcției imobiliare pentru care a fost acordat creditul, cu mențiunea că drepturile asiguratului sunt cesionate în favoarea creditorului ipotecar. Astfel încât acesta din urmă devine cesionar al poliței de asigurare și va fi îndreptățit să primească indemnizația de asigurare, având posibilitatea fie de a o reține în ipoteza în care ar fi nevoit să execute garanțiile aferente creditului (când împrumutatul nu și-a executat obligațiile bazate pe contractul de credit), fie de a lăsa la dispoziția împrumutatului, în cazul în care acesta și-a executat la timp obligațiile derivate din contractul de credit.

§ 4.6. Obligația de păstrare a secretului bancar

Obligația instituției de credit de a păstra secretul profesional în domeniul bancar a fost calificată în literatura de specialitate⁶ drept un mijloc de protecție a consumatorului și de apărare a confidențialității afacerilor acestuia, reprezentând un factor important în consolidarea încrederii clienței în sistemul bancar național.

Prin prisma aspectului reprezentat de obligația de păstrare a secretului bancar sunt aplicabile dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, care stipulează că instituția de credit este

⁵ Publicată în M.Of. nr. 611 din 14 decembrie 1999.

⁶ L. Săuleanu, L. Smarandache, *Răspunderea băncilor*, în Revista Română de Jurisprudență nr. 4/2011, Ed. Universul Juridic, p. 248.

obligată să păstreze confidențialitatea asupra tuturor faptelor, datelor și informațiilor referitoare la activitatea desfășurată, precum și asupra oricărui fapt, dată sau informație, aflate la dispoziția sa, care privesc persoana, proprietatea, activitatea, afacerea, relațiile personale sau de afaceri ale clienților ori informații referitoare la conturile clienților: solduri, rulaje, operațiuni derulate, la serviciile prestate sau la contractele încheiate cu clienții.

Orice membru al consiliului de administrație al unei instituții de credit, directorii, angajații acesteia și orice persoană care, sub o formă sau alta, participă la administrarea, conducerea ori activitatea instituției de credit au obligația să păstreze confidențialitatea asupra oricăror fapte, date sau informații de care au luat cunoștință în cursul exercitării responsabilităților lor în legătură cu instituția de credit.

Excepția este reglementată în sensul următor: informațiile de natura secretului bancar pot fi furnizate, în măsura în care acestea sunt justificate de scopul pentru care sunt cerute ori în cazurile în care instituția de credit justifică un interes legitim. O situație în care legea obligă instituțiile de credit la furnizarea informațiilor de natura secretului bancar este constituită de desfășurarea unui proces penal împotriva clientului (îndreptătit să solicite păstrarea secretului bancar), la cererea procurorului sau instanței de judecată, literatura de specialitate⁷ susținând că o condiție importantă este punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva clientului, adică este necesară calitatea de inculpat și nu de făptuitor sau învinuit.

O abatere nejustificată de la obligația păstrării secretului profesional în domeniul bancar va conduce la angajarea răspunderii titularilor ce au încălcat obligația legală, răspundere ce poate fi penală, disciplinară, administrativă sau civilă.

Apreciem interesante aspecte de drept comparat, astfel încât vom prezenta trăsături ale secretului bancar în legislațiile altor țări, precum Franța, Elveția, Statele Unite ale Americii, Luxemburg.

Doctrina franceză⁸ subliniază caracterul relativ al secretului bancar, spre deosebire de alte tipuri de secrete profesionale (exemplu: obligația ce îi revine avocatului de a păstra secretul informațiilor furnizate de client), în sensul că este posibilă ipoteza în care clientul autorizează instituția de credit să dezvăluie anumite fapte sau informații anumitor persoane sau publicului, această situație fiind validată prin Legea nr. 776/2008 din 4 august 2008, care stipulează că renunțarea clientului la păstrarea secretului bancar poate interveni numai în condițiile în care consumatorul înțelege consecințele actului său. Renunțarea clientului în sensul autorizării instituției de credit să comunice către terți unele dintre informațiile protejate prin secretul bancar reprezintă o derogare, o excepție a obligației de păstrare a secretului bancar, cu mențiunea că această excepție conviețuiește cu alte excepții instituite prin lege, iar numărul excepțiilor nu este de natură să știrbească respectul reclamat de obligația secretului bancar, căci excepțiile

⁷ V. Dabu, R. Borza, *Protecția afacerilor prin instituirea secretului bancar. Opozabilitatea secretului bancar față de autorități. Limitele secretului bancar. Protecția secretului bancar în noul Cod penal*, în Dreptul nr. 5/2006, p. 137.

⁸ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire: institutions, comptes, opérations, services*, Ed. Librairie de Cour de Cassation, Paris, 2008, p. 135.

sunt de strictă interpretare și nu pot fi extinse la alte situații neprevăzute de dispozițiile legale. Autorii francezi⁹ enumeră în cadrul obligațiilor profesionale ce revin instituțiilor de credit obligația de vigilență care se fundamentează pe principiul non-ingerinței sau non-imixtiunii, apreciat de jurisprudența franceză ca fiind compus din două elemente: în primul rând, bancherul nu este obligat să intervină pentru a împiedica clientul să îndeplinească un act inoportun sau periculos, iar cel de-al doilea aspect se referă la imposibilitatea bancherului de a refuza executarea instrucțiunilor date de client pe motiv că nu i se par judicioase. Acest principiu al non-ingerinței poate fi opus de către instituția de credit atât clientului, cât și terților, obligația de vigilență limitându-se la identificarea anomaliilor și neregularităților manifestate, iar referitor la tipurile de anomalii, jurisprudența a consacrat anomalii materiale și anomalii intelectuale, aspectul cel mai delicat al obligației de vigilență fiind însă oportunitatea și riscurile respectivei obligații, având în vedere faptul că sunt vizate operațiunile solicitate instituției de credit de către client, practica judiciară ținând cont de gradul de experiență a clientului în aprecierea conduitei bancherului, astfel încât frecvent este realizată o distincție între clientela formată din profesioniști și consumatori. O ultimă mențiune referitoare la obligația de vigilență este în legătură cu scopul acesteia, jurisprudența argumentând că interesul colectivității, prevenirea fraudei fiscale, protecția mediului, lupta contra activităților teroriste constituie aspecte incidente în materia respectării obligației de vigilență.

Legislația din Elveția vizează infracțiunea de îmbogățire ilicită și prevede că în situația deschiderii cercetării penale pentru această infracțiune, banca este obligată să pună la dispoziția autorităților judiciare care solicită informații de natura secretului bancar, respectivele date.

Despre situația existentă în Statele Unite ale Americii, subliniem reglementarea și funcționarea unor agenții specializate care au obiect strângerea de informații referitoare la debitorii băncilor¹⁰, iar în cadrul legal al Luxemburgului suspiciunea că a fost săvârșită o evaziune fiscală nu reprezintă un motiv valid pentru ca autoritățile cu competență penală să solicite informațiile de natura secretului bancar, argumentul fiind că legislația țării respective nu consideră evaziunea fiscală ca o infracțiune financiară¹¹.

§ 4.7. Obligații în cazul descoperitului de cont

Descoperitul de cont este una dintre formele contractului de credit de consum, iar frecvența sa ne determină să-i acordăm o atenție deosebită, astfel menționăm că în cazul acestui tip de contract, consumatorul trebuie să fie informat:

- a) în mod regulat;
- b) prin intermediul unui extras de cont;

⁹ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire: institutions, comptes, opérations, services*, LexisNexis SA, Paris, 2010, pp. 165-178.

¹⁰ C. Predoiu, *Societatea comercială bancară-teză de doctorat*, București, 2003, p. 251.

¹¹ M. Zick, *Banking Secrecy and Money Laundering*, Ed. Promoculture, Luxembourg, 2003, p. 27.

c) pe hârtie sau pe alt suport durabil.

Dacă am enumerat forme pe care le poate îmbrăca informația, se impune să precizăm și aspectele vizate de extrasul de cont transmis consumatorului, acestea fiind, în conformitate cu dispozițiile art. 52 din O.U.G. nr. 50/2010:

- a) perioada exactă la care se referă extrasul de cont;
- b) cuantumul și datele tragerilor;
- c) soldul din extrasul anterior și data acestuia;
- d) noul sold;
- e) datele și sumele plăților efectuate de consumator;
- f) rata dobânzii aferente creditului aplicată;
- g) orice costuri care au fost aplicate;
- h) după caz, suma minimă de plată.

În ipoteza existenței unui acord referitor la deschiderea unui cont curent, dacă i se poate oferi consumatorului un „descoperit de cont cu aprobare tacită”, în mod obligatoriu contractul va cuprinde toate datele privind dobânda aferentă creditului, adică rata acesteia, dar și condițiile ce guvernează aplicarea ratei, formula de calcul a acesteia, costurile aplicabile din momentul încheierii contractului de credit și condițiile în care acestea pot fi modificate. În situația unei depășiri semnificative a limitei de credit pentru o perioadă mai mare de o lună, creditorul este obligat să-l informeze pe consumator, fără întârziere, asupra următoarelor elemente:

- a) depășirea limitei de credit;
- b) suma cu care a fost depășită limita de credit;
- c) rata dobânzii aferente creditului;
- d) orice penalități, costuri ori dobânzi aplicabile restanțelor.

Prin sintagma „depășire semnificativă” se înțelege depășirea cu peste 15% a limitei de credit.

§ 4.8. Obligații ale împrumutatului în contractul de credit ipotecar pentru investiții imobiliare

În contractul de credit ipotecar pentru investiții imobiliare pot fi inserate, alături de obligația principală de rambursare, următoarele obligații¹² în sarcina împrumutatului:

- obligația de a înregistra în cartea funciară a dreptului de proprietate asupra clădirii, ulterior finalizării;
- obligația de a nu dispune de proprietatea asupra imobilului și de a nu constitui nicio garanție asupra proprietății ipotecate;
- obligația de a păstra bonitatea sau profitabilitatea la nivelul indicatorilor existenți la momentul aprobării creditului;
- obligația de a respecta condițiile stipulate în autorizațiile obținute;
- obligația de a nu acționa în sensul deprecierii valorii ipotecii;

¹² V. Peligrad, *Creditul ipotecar. Piața primară și piața secundară*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 74

- obligația de a permite instituției de credit să inspecteze imobilul și să examineze registrele contabile ale proprietății.

O constatare generală desprinsă din aceste obligații rezidă în scopul menționării lor în contract și anume oferirea unei protecții ridicată și reale a instituției de credit în raport cu o eventuală atitudine necorespunzătoare a împrumutatului.

§ 4.9. Obligații ce incumbă intermediarilor de credit

Referitor la intermediarii de credit, aceștia sunt obligați să precizeze în materialele publicitare adresate consumatorilor categoriile de atribuții pe care le pot exercita, având în vedere faptul că un intermediar de credit poate să lucreze exclusiv cu un creditor, sau poate să colaboreze cu mai mulți creditori, dar are și posibilitatea de a desfășura operațiuni ca broker independent.

Pe de altă parte, întrucât este permisă perceperea unui onorariu de către intermediarii de credit, cuantumul acestuia trebuie adus la cunoștința consumatorului în etapa anterioară încheierii contractului de credit.

Bibliografie

Cărți, tratate, monografii

1. Dumitru A.P. Florescu, Adrian Bordea, Roxana Popa, *Contractul de credit bancar*, Ed. Universul Juridic, București, 2013.
2. Christian Gavalda, Jean Stoufflet, *Droit bancaire: institutions, comptes, opérations, services*, Ed. Librairie de Cour de Cassation, Paris, 2008.
3. Christian Gavalda, Jean Stoufflet, *Droit bancaire: institutions, comptes, opérations, services*, Lexis Nexis SA, Paris, 2010.
4. Vlad Peligrad, *Creditul ipotecar. Piața primară și piața secundară*, Ed. C.H. Beck, București, 2012.
5. Cătălin Predoiu, *Societatea comercială bancară - teză de doctorat*, București, 2003.
6. Lucian Săuleanu, Lavinia Smarandache, Alina Dodocioiu, *Drept bancar*, ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011.
7. Marco Zick, *Banking Secrecy and Money Laundering*, Ed. Promoculture, Luxembourg, 2003.

Articole, studii

1. Valerică Dabu, Remus Borza, *Protecția afacerilor prin instituirea secretului bancar. Opozabilitatea secretului bancar față de autorități. Limitele secretului bancar. Protecția secretului bancar în noul Cod penal*, în Revista Dreptul nr. 5/2006.
2. Lucian Săuleanu, Lavinia Smarandache, *Răspunderea băncilor*, în Revista română de jurisprudență nr. 4/2011, Ed. Universul Juridic.

Nou!

Cărți de referință la apariția
NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Ofertă pachet

TRATAT DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Vol. I, Vol. II, Vol. III

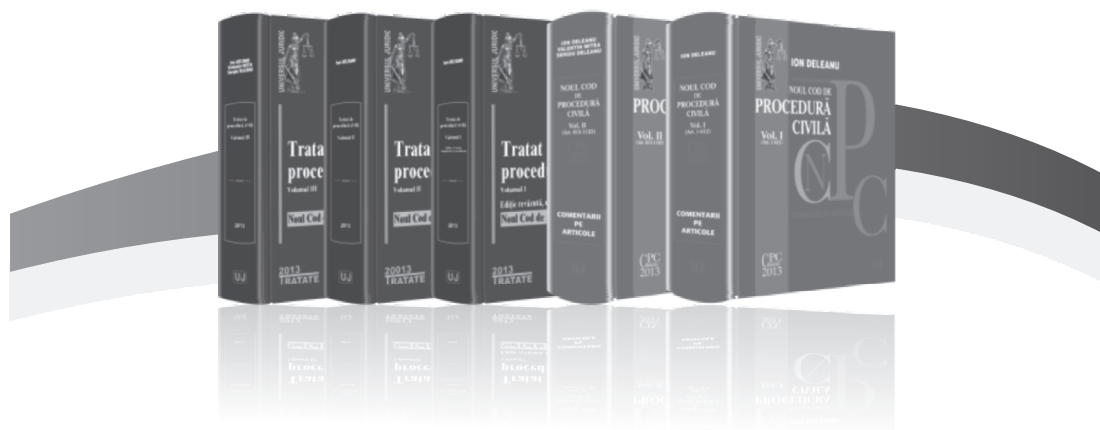
Ediție revăzută, completată și actualizată.
Noul Cod de procedură civilă

NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Vol. I (Art. 1-621) - Vol. II. (Art. 622-1133)

Comentarii pe articole

Ion DELEANU



Format: Academic
cartonat, legat, semn de carte
Pagini: Vol. I 1120; Vol. II 835; Vol. III 1030

Format: Academic
cartonat, legat, semn de carte
Pagini: Vol. I 1200; Vol. II 1000

Ofertă pachet

-25%
Reducere

COMANDĂ ACUM

Pret:
~~880 lei~~
660 lei

Comandă rapid și comod: 021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro | www.ujmag.ro



EDITURA UNIVERSUL JURIDIC REVISTE



Revista română de drept privat (RRDP)

Director: **Marian Nicolae**
Redactor-șef: **Mircea-Dan Bob**
Periodicitate: **6 numere pe an**

www.rrdp.ro



Primul număr al **Revistei române de drept privat (RRDP)** a ieșit de sub tipar în anul 2007, ajungând în prezent la al cincilea an de apariție. Colegiul redacțional este format din tineri specialiști, cunoscuți în domeniu, de la universitățile din București și Cluj-Napoca.

Apărând sub deviza „Totul sub semnul discuției”, activitatea Colegiului este îndrumată de un Consiliu științific remarcabil, alcătuit din personalități marcante ale lumii juridice, române sau străine. Scopul revistei este de a forma un cadru modern și coerent de dezbateri juridică, racordat la dreptul comparat și tematizat anual sub emblema unei personalități a dreptului privat român.

În ceea ce privește structura revistei, ea cuprinde, pe lângă studii, articole și comentarii de doctrină, ce reprezintă cea mai mare parte din economia acesteia, secțiuni de practică judiciară și arbitrală, română și străină, comentată sau adnotată, precum și recenzii, medalioane sau breviar informativ despre întâlniri, conferințe, simpozioane etc. organizate pe diverse teme de drept privat, în țară sau străinătate, după caz.



**Comenzi la: 021.312.22.21
0733.673.555**

www.ujmag.ro/abonamente



Revista română de jurisprudență (RRDJ)

Director: **Gheorghe Buta**
Redactor-șef: **Mihaela Tăbărcă**
Periodicitate: **6 numere pe an**

www.rrdj.ro

Revista română de jurisprudență (RRDJ) se adresează cu precădere practicienilor dreptului, fiind vizați magistrații, avocații, consilierii juridici și, în genere, toți juriiși implicați ori interesați de jurisprudență.

Primul număr a fost lansat în anul 2009 și se bucură de sprijinul unor colaboratori principali cu o vastă experiență: judecător Mihaela Tăbărcă, judecător Gabriela Bogasiu, judecător Livia Stanciu, avocat Magda Volonciu, avocat Gheorghe Buta. Revista se propune drept un nou for de studiu și aprofundare a principalelor ramuri de drept, într-o optică sectorială, nu doar națională, din perspectivă practică, jurisprudențială.

Propunându-și să ofere o panoramă completă și constant actualizată a jurisprudenței, Revista cuprinde în paginile sale secțiuni de practică judiciară comentată sau adnotată, „la zi”, atât a instanțelor române (remarcându-se astfel rubrica de Curte Constituțională, coordonată de domnul Dan Claudiu Dănișor), cât și a Curții de la Luxemburg și a Curții de la Strasbourg, ce reprezintă cea mai mare parte din economia acesteia, dar și editoriale, analize și sinteze de jurisprudență pe teme actuale de drept.



**Achiziționează oricare 2 abonamente și devii Membru Senior
al Clubului Ujmag beneficiind, la achiziția de cărți, de până la 20% reducere
Detalii pe www.ujmag.ro/club**



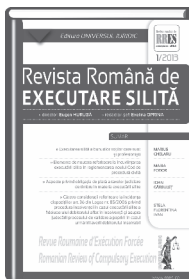
EDITURA UNIVERSUL JURIDIC REVISTE



Revista română de executare silită (RRES)

Director: **Eugen Hurubă**
Redactor-șef: **Evelina Oprina**
Periodicitate: **4 numere pe an**

www.rres.ro



Revista română de executare silită (RRES), revistă trimestrială (este în anul IX de la apariție), se prezintă sub o formă nouă, deosebit de atrăgătoare și atent îngrijită de echipa redacțională.

Scopul revistei este de a forma un cadru de dezbatere juridică având ca element central domeniul executării silite, domeniu pe cât de dinamic, pe atât de important.

Conducerea revistei este asigurată de Eugen Hurubă (Director), executor judecătoresc cu o vastă experiență în domeniul executării silite, și de Evelina Oprina (Redactor-șef), judecător la Tribunalul Ilfov.

Revista se adresează în primul rând celor ce exercită profesia de executor judecătoresc, dar în aceeași măsură și celorlalți practicanți ai dreptului (magistrați, avocați), precum și teoreticienilor (profesori, studenți la drept). Revista este structurată în două mari secțiuni - doctrină și practică judiciară.



**Comenzi la: 021.312.22.21
0733.673.555**

www.ujmag.ro/abonamente



Revista română de dreptul mediului (RRDM)

Director: **Mircea Duțu**
Periodicitate: **2 numere pe an**

www.rrdm.ro

Revista română de dreptul mediului (RRDM) a apărut pentru prima dată în anul 2003. Este o publicație bianuală ce reunește un Comitet științific format din profesori de prestigiu de la Universitățile din România, Franța, Germania, Marea Britanie, Spania, Brazilia și Canada.

Scopul revistei este de a forma un cadru de dezbatere juridică pe tema deosebit de actuală a protecției mediului, adresându-se deci, în primul rând, specialiștilor în dreptul mediului, dar și practicienilor și teoreticienilor celorlalte ramuri de drept, dreptul mediului fiind conex cu multe dintre acestea. Revista cuprinde articole scrise de colaboratorii români și din străinătate, recenzii asupra unor lucrări reprezentative din țară și străinătate, precum și prezentări ale manifestărilor științifice. De asemenea, se urmărește îndeaproape evoluția legislativă comunitară și jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene în domeniul dreptului mediului.

Directorul revistei este dl prof. univ. dr. Mircea Duțu, o personalitate incontestabilă în domeniu, deopotrivă președinte al Universității Ecologice din București și al Asociației Române de Drept al Mediului (ARDM), precum și membru al unor organisme internaționale de profil.



*Achiziționează oricare 2 abonamente și devii Membru Senior
al Clubului Ujmag beneficiind, la achiziția de cărți, de până la 20% reducere*

Detalii pe www.ujmag.ro/club

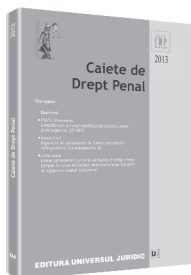


EDITURA UNIVERSUL JURIDIC REVISTE



Revista Caiete de drept penal (CDP)

Director: **Florin Streteanu**
Periodicitate: **4 numere pe an**



Revista Caiete de drept penal a apărut în anul 2005, ajungând în prezent la cel de-al VIII-lea an de apariție. Dreptul penal reprezintă o componentă esențială a oricărui sistem juridic, cu implicații profunde în ceea ce privește calitatea actului de justiție.

În același timp, în contextul frecventelor fluctuații legislative din perioada actuală, numărul problemelor cărora teoreticienii și practicienii dreptului penal sunt chemați a le găsi soluții a crescut exponențial, iar un nou forum de discuții asupra acestora nu poate fi decât binevenit.

Prin modul în care a fost concepută și structurată, în paginile revistei se va regăsi – ca autor sau cititor – orice persoană preocupată de problematica dreptului penal, indiferent de statutul său actual – practician al dreptului, teoretician sau student.

În paginile revistei se regăsesc doar materiale originale, care abordează analitic, pe baza unei temeinice documentări doctrinare și jurisprudențiale, aspecte de actualitate din teoria și practica dreptului penal român și a celui comparat.



**Comenzi la: 021.312.22.21
0733.673.555** www.ujmag.ro/abonamente



Revista de drept public (RDP)

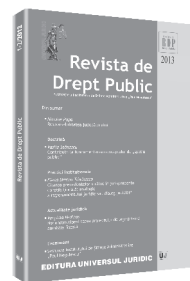
Redactor-șef: **Nicolae Popa**
Editor executiv: **Dan Claudiu Dănișor**
Periodicitate: **4 numere pe an**

Revista de drept public - o revistă cu tradiție în spațiul juridic românesc - pășește într-o nouă direcție, cu o nouă structură și însoțită de un nou partener, **Editura Universul Juridic**.

Înalta ținută științifică impusă de tradiția acestei reviste reprezintă punctul de pornire pentru această nouă colaborare, noua structură a revistei având la bază o puternică echipă redacțională, care îmbină armonios experiența și autoritatea onora dintre membri cu entuziasmul și tineretea altora.

Colegiul de redacție al revistei își impune autoritatea prin prezența unor personalități marcante în cadrul lumii juridice românești și străine.

Ca urmare a schimbărilor legislative din ultimii ani, dreptul public se confruntă cu diverse probleme de interpretare sau lacune legislative, care nu au fost clarificate de legiuitor. De aceea, în paginile revistei se vor regăsi subiecte de actualitate juridică, opinii relevante cu privire la practicile instituționale și articole de doctrină juridică semnate de autorități în domeniu.



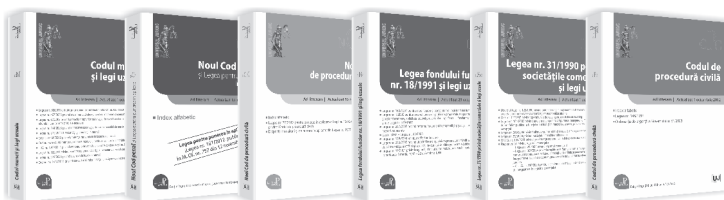
Achiziționează oricare 2 abonamente și devii Membru Senior al Clubului Ujmag beneficiind, la achiziția de cărți, de până la 20% reducere
Detalii pe www.ujmag.ro/club

NOU!

COLECȚIA PRO LEGE

Editura Universul Juridic

Necesar oricărui jurist!



- colecție specială dedicată legislației române și europene;
- un nou design și o nouă structură;
- lucrări comparative: noul cod - vechiul cod;
- tabele de corespondență între articolele noilor coduri și codurilor anterioare;
- ediții apărute sub coordonarea unor renumiți autori.

OFERTĂ SPECIALĂ

-20%

Format: A5 145x210 mm
Necartonat



Pentru achiziții și informații

Tel: **021.312.22.21**;
Mobil: **0733.673.555**;
Fax: **021.317.03.30**
comenzi@ujmag.ro
www.ujmag.ro

ujmagro
UNIVERSUL JURIDIC MAGAZIN

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratamente • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro



Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro