

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. 24, nr. 2/2013

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 – Decan al Facultății de Drept și Științe Sociale,
Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Conf. univ. dr. LUCIAN BERND SĂULEANU – Facultatea de Drept și Științe Sociale,
Universitatea din Craiova

Secretar de redacție:

Lect. univ. dr. FLORIN MANGU – Prodecan al Facultății de Drept și Științe
Administrative, Universitatea de Vest din Timișoara

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- Prof. dr. Patrick Charlot** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii
Doctorale și al Centrului de Studii Cercetări Juridice și Politice
- 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. Dan Claudiu Dănișor** – Rector al Universității din Craiova
- Prof. univ. dr. Gabriel Boroș** – Rector al Universității „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, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. Radu I. Motica** – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de
Drept și Științe Administrative
- Prof. univ. dr. Nicolae Popa** – fost Președinte al Curții Constituționale a României, fost
Președinte al Înaltei Curți de Casație 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,
Facultatea de Drept

COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Conf. univ. dr. Lucian Bercea** – Universitatea de Vest din Timișoara
- Conf. univ. dr. Daniel Ghiță** – Universitatea din Craiova
- Prof. univ. dr. Edmond Gabriel Olteanu** – Prorector al Universității din Craiova
- Lect. univ. dr. Sebastian Spinei** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu
- Prof. univ. dr. Călina Jugastru** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu,
Decan al Facultății de Drept „Simion Bărnuțiu”
- Conf. univ. dr. Daiana Maura Vesmaș** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu
- Prof. univ. dr. Florin Streteanu** – Universitatea „Babeș-Bolyai”,
Decan al Facultății de Drept
- Lect. univ. dr. Dan Constantin Tudurache** – Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”
din Iași
- Conf. univ. dr. Lucian Bercea** – Universitatea de Vest Timișoara, Decan al
Facultății de Drept
- Prof. univ. dr. Radu Catană** – Prorector
Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca

Editura UNIVERSUL JURIDIC



Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice

conform ordinului ministrului ECTS nr. 6560/2012

Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO, Heinonline și Index Copernicus

CUPRINS

Le droit pénal comme <i>ultima ratio</i> : vraiment?	
<i>Nicolas QUELOZ</i>	9
Codification, atout ou danger?	
<i>Annie BOTTIAU</i>	18
L'identité constitutionnelle des états membres: <i>Garantie de stabilité des ordres juridiques internes, perturbation de l'ordre juridique européen?</i>	
<i>Sylvie TORCOL</i>	24
The Confrontation in the mirror of international documents and the European Court of Human Rights	
<i>Csaba FENYVESI</i>	37
L'intérêt de l'enfant à naître grâce à la procréation médicalement assistée en droit Camerounais	
<i>Ibrahim NDAM</i>	52
Considerații cu privire la sistemul judiciar din Albania	
<i>Bledar ILIA</i>	95
Drepturile creditorilor la partaj	
<i>Dan-Constantin TUDURACHE</i>	100
<i>(Re)petitio principiis în noul Cod de procedură penală</i>	
<i>Flaviu CIOPEC</i>	106
Limitele schimbării încadrării juridice în judecata în cazul recunoașterii vinovăției	
<i>Lavinia Valeria LEFTERACHE</i>	117
Rolul noțiunii de „serviciu public” în configurarea unei definiții a categoriilor de „funcție publică” și „funcționar public”	
<i>Cristian CLIPA</i>	125
Spațiul judiciar al Uniunii Europene	
<i>Andreea Nicoleta DRAGOMIR</i> <i>Ioana BĂRBAT</i>	142
Sistemul electoral românesc - cosmetizare sau schimbare radicală?	
<i>Claudia GILIA</i>	152
Încheierea contractelor prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta	
<i>Florin I. MANGU</i>	162

Sesizarea organului de executare și încuviințarea executării silite în reglementarea noului Cod de procedură civilă <i>Nicolae-Horia ȚIT</i>	181
Redefinirea actelor de terorism prin Legea nr. 187/2012 privind punerea în aplicare a Noului Cod Penal <i>Raluca-Ioana MOCANU</i>	196
Accesiunea imobiliară artificială. Calificarea autorului lucrării autonome: proprietar, posesor sau detentor <i>Adriana Ioana PÎRVU</i>	218
Prejudiciul de mediu în lumina legislației actuale <i>Maria-Cristina PETRE</i>	226
Considerații privind repararea prejudiciului corporal <i>Laurențiu SONERIU</i>	239
Avataruri ale principiului subsidiarității în dreptul administrativ român <i>Violeta STRATAN</i>	247
Aspecte privitoare la reglementarea recidivei în Noul Cod Penal <i>Livia SUMĂNARU</i>	261
Constituantul român și integrarea politică a individului și a societății <i>Marius BĂLAN</i>	275
Respectarea demnității persoanei umane în procesul penal <i>Izabela BRATILOVEANU</i>	285
Înțelegerile amiabile <i>versus</i> soluționarea judiciară a diferendelor. Privire specială asupra contractului de tranzacție <i>Georgeta-Bianca SPÎRCHEZ (TĂRÎȚĂ)</i>	294
Naționalitatea persoanei juridice în dreptul internațional <i>Mihai FLOROIU</i>	303

CONTENTS

Criminal law like <i>ultima ratio</i> : indeed? <i>Nicolas QUELOZ</i>	9
Codifying, trump or danger? <i>Annie BOTTIAU</i>	18
Constitutional identity of member states: <i>Warranty stability of juridical internal orders, disturbance of juridical european order</i> <i>Sylvie TORCOL</i>	24
The Confrontation in the mirror of international documents and the European Court of Human Rights <i>Csaba FENYVESI</i>	37
The interest of the unborn child through assisted medical reproduction in Cameroonian law <i>Ibrahim NDAM</i>	52
Considerations regarding the judiciary system from Albania <i>Bledar ILIA</i>	95
The creditors rights on sharing <i>Dan-Constantin TUDURACHE</i>	100
(<i>Re</i>) <i>petitio principis</i> within the Code of penal procedure <i>Flaviu CIOPEC</i>	106
Changing limits of the legal classification in judgment when pleading guilty <i>Lavinia Valeria LEFTERACHE</i>	117
The role of notion „public service” in configuring a category definition of „public position” and „public officer” <i>Cristian CLIPA</i>	125
Judicial area of European Union <i>Andreea Nicoleta DRAGOMIR, Ioana BĂRBAT</i>	142
The Romanian electoral system – cosmetic action or dramatic change? <i>Claudia GILIA</i>	152
Conclusion of contracts through the acceptance of an offer without reservation to contract <i>Florin I. MANGU</i>	162
Execution and approval to the relevant enforcement in regulation of the new Code of civil procedure <i>Nicolae-Horia TIT</i>	181

New provisions of terrorist offences amended by Law no. 187/2012	
<i>Raluca-Ioana MOCANU</i>	196
Conventional estate accession. Qualification of the author for autonomous work: owner, holder or keeper	
<i>Adriana Ioana PÎRVU</i>	218
Environmental damage according to the current legislation	
<i>Maria-Cristina PETRE</i>	226
Considerations regarding the repairing of body prejudice	
<i>Laurențiu ȘONERIU</i>	239
Avatars of the subsidiarity principle in Romanian administrative law	
<i>Violeta STRATAN</i>	247
Aspects regarding the regulation of relapse in the New Criminal Code	
<i>Livia SUMĂNARU</i>	261
Romanian constituent and political integration of the individual and society	
<i>Marius BĂLAN</i>	275
Respect of the human dignity in the criminal trial	
<i>Izabela BRATILOVEANU</i>	285
Mutual agreement <i>versus</i> judicial settlement of disputes. Special regard over the transaction contract	
<i>Georgeta-Bianca SPÎRCHEZ (TĂRÎȚĂ)</i>	294
Nationality of the legal person in international law	
<i>Mihai FLOROIU</i>	303

Le droit pénal comme *ultima ratio*: vraiment?

Prof. dr. Nicolas QUELOZ

Faculté de droit de l'Université de Fribourg (Suisse)

Docteur honoris causa de l'Université de Craiova (Roumanie)



Criminal law like *ultima ratio*: indeed?

Abstract: By laying the foundations of modern criminal law, Beccaria is fully in political and legal philosophy of Montesquieu as both advocate in the XVIIIth century to end arbitrariness and tyranny of the Ancien Regime, and particular, to abolish the death penalty and all the revenge that animated so far the law and criminal justice.

In 1764, in fact, Beccaria forcefully demanded the legality of criminal law: criminal law written must be the cornerstone of criminal policy, safeguard the arbitrary and can put pressure on the population to retain commit offenses.

Keywords: modern criminal law, the legality, *ultima ratio* principle, criminal justice.

§ 1. Introduction

*«... le moyen le plus sûr, mais le plus difficile,
de lutter contre le crime est de perfectionner l'éducation ...»*

Cesare Beccaria (Dei delitti e delle pene, 1764)

La Faculté de droit et de sciences administratives de l'Université de Craiova (Roumanie) a fêté en 2011 ses 20 années d'existence, puisqu'elle a été fondée en 1991 par ce pionnier qu'est le Prof. Dr. Ion Dogaru, auquel nous souhaitons rendre un vibrant hommage. En édifiant un bâtiment tout neuf et en organisant aujourd'hui les festivités d'inauguration de son magnifique nouveau siège, cette Faculté s'inscrit dans la lignée de la vision du philosophe et juriste Beccaria, puisqu'elle fait le pari que l'éducation est la base essentielle du développement de la société.

La Faculté de droit de l'Université de Fribourg (Suisse) commémore cette année les 250 ans de sa fondation. C'est en effet en 1763 – soit une année avant la parution du fascicule *Dei delitti e delle pene* de Beccaria – que débutèrent les cours de l'Ecole de

droit de Fribourg afin «*d'instruire les jeunes gens des familles aptes au gouvernement dans la jurisprudence et dans les autres sciences politiques*»¹.

L'Université de Craiova et l'Université de Fribourg, qui sont liées par une Convention de collaboration depuis avril 2004, poursuivent le même message et la même mission: fournir une éducation et une formation d'excellente qualité aux générations appelées à œuvrer à la bonne (espérons-le!) gouvernance de la société et de la justice.

§ 2. Le rôle d'*ultima ratio* du droit pénal

«*Tout châtement qui ne découle pas
d'une nécessité absolue est tyrannique*»
Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, 1748)

Les pénalistes font généralement œuvre de retenue, voire de modestie en affirmant que le droit pénal ne doit être qu'une *ultima ratio* dans l'ordre juridique et des interventions de la justice.

C'est à Montesquieu que l'on doit l'origine de cette retenue, Montesquieu qui est qualifié d'«*Idéologue de la modération des peines*» par l'historien genevois Michel Porret².

En posant les bases du droit pénal moderne, Beccaria s'inscrit pleinement dans la philosophie politique et juridique de Montesquieu puisque tous deux préconisent, au 18^{ème} siècle, de mettre fin à l'arbitraire et à la tyrannie de l'Ancien Régime et, en particulier, d'abolir la peine de mort et tout l'esprit de vengeance qui animait jusque là le droit et la justice pénale.

«*Pour qu'un châtement produise l'effet voulu, il suffit qu'il surpasse l'avantage résultant du délit... Tout ce qui va plus loin est superflu et porte la marque de la tyrannie*»³.

Une telle position était – au sens propre – révolutionnaire, car elle s'inscrivait totalement à contre-courant des idées et des pratiques de l'époque. Rappelons en effet:

- qu'en raison du «matérialisme» de Beccaria et de son plaidoyer pour la séparation du pénal et du religieux, le *Dei delitti e delle pene* a été mis à l'*Index librorum prohibitorum* de l'Eglise en 1766;

- ou encore que le grand Emmanuel Kant, en 1796, avait blâmé le «*sentiment d'humanité affecté*» de Beccaria⁴, auquel il opposait un «*droit de punir*» fort, seule méthode selon Kant pour maintenir un souverain puissant, unique garant du contrat social.

A la fin du 19^{ème} siècle, Emile Durkheim («père» de l'Ecole sociologique française) a déjà pu mettre en évidence «*Deux lois de l'évolution pénale*»⁵:

- une loi d'évolution *quantitative*: selon laquelle l'intensité, la sévérité et le caractère de vengeance des peines sont d'autant plus élevés dans les sociétés «inférieures», caractérisées par une *moralité religieuse* (qui est impérative, parce que basée sur le divin

¹ T. de Raemy, G. Corpataux, Les origines de l'Ecole de droit de Fribourg, *Annales Fribourgeoises*, 10 (1922), p. 194.

² M. Porret, *Le Droit de punir*, Ed. Michalon, Paris, 2003, pp. 105-106.

³ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Librairie Droz, Genève, 1965, p. 47.

⁴ M. Porret, *op. cit.*, p. 112.

⁵ E. Durkheim, Deux lois de l'évolution pénale, in *L'Année sociologique*, 1899-1900, vol. IV, pp. 65-95.

et le sacré), alors que les sociétés «supérieures», caractérisées par une *moralité humaine* (beaucoup moins contraignante, parce que centrée sur l'individu), connaissent des pénalités adoucies;

- une loi d'évolution *qualitative*: selon laquelle les *peines privatives de liberté* tendent à devenir le type normal de peine⁶.

Michel Foucault, qui a analysé la généalogie de l'«*économie des châtiments*», a constaté et confirmé que le 18^{ème} siècle a marqué le début d'une transformation radicale – et a «*ouvert la crise*», dit-il⁷ – qui a abouti à la construction de l'«*archipel pénal*», à savoir un ensemble de dispositifs complexes et subtiles de discipline et de normalisation des individus dans nos sociétés.

En 1764 en effet, Beccaria a exigé avec force la légalité du droit pénal: la loi pénale écrite doit être la pierre angulaire de la politique criminelle, garde-fou de l'arbitraire et elle peut exercer une pression sur la population pour la retenir de commettre des infractions (comme impact du «*code sacré des lois*»⁸).

«... pour que n'importe quelle peine ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou par plusieurs contre un citoyen, elle doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi»⁹.

Le principe de l'*ultima ratio* du droit pénal découle ainsi du principe de la *légalité* des délits et des peines («*Nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*»). Ce principe de *limitation* du droit pénal, aussi bien dans les incriminations que dans les sanctions, est d'ailleurs de rang constitutionnel¹⁰. Il s'impose d'abord au législateur, ensuite aux juges.

Selon ce principe d'*ultima ratio*, le droit pénal et la justice pénale ne doivent intervenir qu'en dernier recours, après les autres modes de résolution des conflits en société: les pénalistes parlent aussi parfois du caractère «*accessoire*», voire «*subsidaire*» du droit et de la justice pénale.

«Conformément au principe de proportionnalité ... le droit pénal ... interviendra donc faute de mieux», comme ultime élément d'une «*stratégie globale de sauvegarde des intérêts individuels et collectifs*»¹¹.

⁶ Ce qui s'est révélé juste, même si dans bon nombre de sociétés actuelles (en 2013), la peine capitale est encore beaucoup utilisée (sociétés à «*moralité religieuse*»), alors qu'en Scandinavie, en Allemagne, Autriche ou en Suisse, c'est la peine pécuniaire (système des jours-amende) qui devrait primer: sociétés à «*moralité humaine*»? En tous les cas sociétés laïques ou sécularisées et dont le niveau de vie permet de frapper dans leur «porte monnaie» des personnes condamnées. En 2010, en Suisse, 86% des personnes condamnées pour des délits ou des crimes, l'ont été à des peines pécuniaires, moins de 10% à des peines privatives de liberté et un peu plus de 4% à la peine de travail d'intérêt général.

⁷ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, p. 77.

⁸ C. Beccaria, *op. cit.*, p. 14.

⁹ *Ibidem*, p. 80.

¹⁰ Art. 7 § 1 CEDH: «*Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.*». L'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse est plus large: «*Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat.*»

¹¹ P. Graven, *L'infraction pénale punissable*, Ed. Staempfli, Berne, 2^e éd. 1995, p. 9.

Sur les traces de Beccaria et dans la poursuite peut-être encore plus «matérialiste», voire «utilitariste» de ses idées, les pénalistes contemporains parlent aussi du principe de *l'économie* ou du principe de *l'auto-limitation* des ressources du droit pénal et de la justice pénale. Dans le domaine procédural, ces réflexions ont mené à tempérer la rigidité du principe de la légalité des poursuites pénales par celui de *l'opportunité* des poursuites.

«... appliqué dans toute sa rigueur, le principe de la légalité (des poursuites) présente l'inconvénient d'encombrer inutilement les juridictions répressives par des affaires mineures, en imposant de poursuivre toutes les infractions sans aucune distinction de gravité ou de circonstances»¹².

En résumé, le principe de *l'ultima ratio* du droit pénal relève fondamentalement – ou peut aussi être considéré comme la *ratio legis* – du principe de la légalité des infractions et des sanctions pénales: il impose la retenue, la limitation et la proportionnalité de l'intervention pénale qui, plus que toute autre réaction étatique, est contraignante, privative et restrictive des libertés individuelles.

§ 3. Les dérives des politiques pénales récentes dans nos sociétés

«... à l'horreur, certains voudraient répondre par l'horreur, à la perversité par la perversité, la douleur ou la bêtise par la douleur ou la bêtise...»¹³

Comme nous l'avons rappelé, Michel Foucault estimait en 1975 que la crise de l'*«économie des châtiments»*, ouverte au 18^{ème} siècle, n'était toujours pas résorbée. Les pionniers du 18^{ème} siècle avaient bien proposé, pour résoudre cette crise, *«la loi fondamentale que le châtiment doit avoir l'«humanité» pour «mesure», (mais) sans qu'un sens définitif ait pu être donné à ce principe considéré pourtant comme incontournable»*¹⁴.

Nous pouvons tous constater aujourd'hui, en Roumanie, en Suisse ou ailleurs, que la crise de nos sociétés est bien présente, crise morale avant d'être politique ou économique, et qui s'illustre par un excès de recours aux lois pénales et aux châtiments pour tenter – illusoirement! – de résoudre nombre de problèmes sociaux¹⁵. Même cette loi fondamentale dont parlait Foucault, selon laquelle les sanctions pénales doivent avoir l'*«humanité»* pour *«mesure»*, n'est plus du tout *«incontournable»*, ni surtout respectée.

L'évolution des politiques pénales de ces vingt dernières années vient hélas infirmer totalement la conclusion bien optimiste que Durkheim tirait, à la fin du 19^{ème} siècle, de son analyse des *«Deux lois de l'évolution pénale»*. Durkheim estimait en effet que l'évolution du système pénal serait définitivement achevée lorsque la criminalité *«humaine»* aurait complètement pris le pas sur la criminalité *«religieuse»*, les infractions contre les biens des individus primant et effaçant les crimes de *«lèse majesté»*. Or, aujourd'hui, tout

¹² G. Piquerez, A. Macaluso, *Procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, 2011, p. 178.

¹³ N. Frize, *Le sens de la peine*, Ed. Lignes & Manifestes, Paris, 2004, p. 35.

¹⁴ M. Foucault, *op. cit.*, p. 77.

¹⁵ Cf. notamment: M.C. Putinei, *L'influence de la politique pénale sur la liberté individuelle. Etude comparative de la doctrine et de la jurisprudence en droits roumain et suisse*, Thèse de doctorat aux Universités de Craiova (Roumanie) et de Fribourg (Suisse), Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2012.

ou presque se voit considéré de façon exacerbée comme un crime de «lèse majesté»: des actes terroristes au non respect de l'honneur personnel, des caricatures des prophètes aux propos racistes ou négationnistes, de l'avortement à l'inceste, des actes «féminicides» ou «homophobes» aux actes de pédophilie etc. Nous sommes en train de vivre de nouvelles intolérances et de nouvelles inquisitions: les conflits identitaires, religieux, nationalistes, ethniques, de genres, ne cessent d'envahir notre quotidien.

Face à cette montée des intolérances, l'Etat et les pouvoirs publics, bien démunis, répondent surtout par des moyens défensifs et répressifs: recours aux armements, aux forces de sécurité, à l'arsenal des lois pénales et contraignantes, pour expulser non seulement les «criminels étrangers» mais aussi les propriétaires de maisons et locataires d'appartements qui, en raison de la crise économique (en Grèce, en Espagne, au Portugal), n'ont plus les moyens de payer leurs hypothèques ou leurs loyers. Une conséquence marquante de cette attitude ultra défensive est le recours à l'enfermement et à la construction de nouvelles prisons, puisque les magistrats pénaux sont pressés par les gouvernants politiques – malgré le principe de la séparation des pouvoirs – de prononcer des peines «sévères, dissuasives et exemplaires»!

En présentant le dernier rapport d'Amnesty International sur la pratique de la peine de mort dans le monde, Françoise Dieryck (Amnesty Belgique) a bien exprimé que les dirigeants qui maintiennent, voire qui reprennent les exécutions capitales le font, dit-elle, «par populisme, par intérêt personnel afin de satisfaire les désirs du peuple et de s'assurer un autre mandat»¹⁶.

Mireille Delmas-Marty fait à ce sujet l'hypothèse «d'un effet indirect des attentats du 11 septembre 2001 qui auraient en quelque sorte libéré les responsables politiques, symboliquement et juridiquement, de l'obligation de respecter les limites propres à l'Etat de droit»¹⁷.

La politique pénale d'aujourd'hui est – ou est redevenue – dominée par l'intention de l'intimidation, de la dissuasion, de la neutralisation et par le désir de satisfaction et de vengeance des victimes, réelles et virtuelles.

L'évolution pénale des vingt dernières années se caractérise en effet, notamment, par quatre éléments-clés: l'idéologie sécuritaire, la mouvance victimaire, le populisme pénal et la «nouvelle pénologie».

- L'*idéologie sécuritaire* prime toute attitude préventive. Elle est caractérisée par la politique de «tolérance zéro» et par la réponse pénale et répressive («coûte que coûte») face à toutes les formes de délinquance, des plus bénignes (comme les «incivilités») aux plus graves (comme les atteintes à l'intégrité physique des personnes et les attentats contre la sécurité publique).

- Dans la *mouvance victimaire*, nous sommes tous aujourd'hui considérés comme des victimes, réelles ou potentielles, à risque de subir des atteintes, qu'il faut tenter d'éviter à tout prix. La politique de «tolérance zéro» s'accompagne de l'illusion du «risque zéro» et les droits des victimes, non seulement doivent être pris en compte par l'Etat,

¹⁶ Amnesty International, *Condamnations à mort et exécutions en 2012*, Avril 2013. En 2012, Amnesty a enregistré 682 cas d'exécution capitale, mais sans les données relatives à la Chine – qui ne communique rien à ce sujet, mais qui exécute plus de condamnés que tous les autres pays du monde cumulés! – ni celles de l'Egypte et de la Syrie.

¹⁷ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Ed. du Seuil, Paris, 2010, p. 8.

mais ils devraient primer les droits des prévenus, des accusés ou des condamnés, auxquels la justice pénale accorderait une part trop belle.

Une bonne illustration de la «mouvance victimaire» est que les médias, quand un jugement de condamnation est prononcé, s'intéressent «avec beaucoup d'excitation» à «la nauséabonde question de la justesse du choix de la peine et des durées de détention»: la grande question est alors de savoir si la sentence rendue représente vraiment une «réponse» ou au contraire n'est qu'une «offense aux victimes»¹⁸?

- En lien avec ce qui précède, le *populisme pénal* s'est exprimé ces dernières années par une inflation législative répressive et par une extension du filet du contrôle pénal dans nos sociétés. Les Parlements de la plupart de nos pays ont en effet pris la mauvaise habitude de faire marcher régulièrement la «planche à lois pénales», soit pour introduire de nouvelles incriminations, soit pour accroître la sévérité des sanctions ou les circonstances aggravantes des infractions¹⁹.

- La «nouvelle pénologie» est la conséquence de l'idéologie sécuritaire et victimaire et le reflet de la société d'«assurance tout risque». Elle est une manière nouvelle d'appréhender la vieille notion de «dangerosité» pénale: non plus par des jugements moraux (de culpabilité pénale) ni des évaluations cliniques, mais par la méthode actuarielle fondée sur des séries statistiques et des calculs de probabilités. La dangerosité est aujourd'hui surtout réduite à la notion de *risques de récurrence* et, par conséquent, de probabilité de succès ou d'échec de décisions relatives aux condamnés, notamment en matière de libération conditionnelle (qui en a constitué le premier domaine d'expérimentation), mais qui s'est élargie aujourd'hui à bien d'autres décisions de la chaîne pénale²⁰. Avec cette politique actuarielle de gestion des risques, «On entre dans la «tyrannie du probable»... Mieux vaut pour le juge ... en faire trop que pas assez, et ne jamais prendre le risque de voir cette dangerosité s'exprimer»²¹.

La Suisse, petit pays tranquille au cœur de l'Europe, n'a pas été épargnée par ces phénomènes. Les pressions sécuritaires s'y sont notamment exprimées à travers le succès de trois initiatives populaires fédérales:

- sur «l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables» (2004);
- sur «l'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pour les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants impubères» (2008);
- et sur «l'expulsion des délinquants étrangers» (2010).

De plus, alors qu'un nouveau droit des sanctions pénales est entré en vigueur en Suisse en 2007 (après des travaux de révision, commencés en 1983, qui ont duré 24 ans), le Gouvernement fédéral a proposé en 2010 déjà une révision de cette révision! La

¹⁸ N. Frize, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ Cf. par exemple: D. Salas, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Ed. Pluriel, Paris, 2008. Parmi les mesures de sûreté très contraignantes dont le recours (ou le retour) est fortement discuté, nous pensons à la «*rétenion de sûreté*» en France, à l'«*internement de sécurité*» en Allemagne ou à l'«*internement à vie*» en Suisse.

²⁰ N. Queloz et al., *Pressions publiques sur les prisons: la sécurité à tout prix?*, Ed. Staempfli, Berne, 2011 (pp. 1-28).

²¹ A. Garapon, Un nouveau modèle de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité, in *Revue Esprit*, novembre 1998, 98-122 (citation p. 109).

«grande révision» avait visé essentiellement à remplacer les courtes peines privatives de liberté par des peines plus utiles et moins coûteuses (aussi bien économiquement que socialement), à savoir la peine pécuniaire (ou système des jours-amende) et le travail d'intérêt général.

Or, en 2010 déjà, cette belle philosophie est renversée: le nouveau système des peines est très vite qualifié d'«homéopathique», de non dissuasif, de bienveillant pour les délinquants et d'humiliant pour les victimes... Pour le Gouvernement fédéral, il faut réintroduire la primauté de la détention et les courtes peines privatives de liberté: «*Cette option repose sur la conviction que les courtes peines privatives de liberté sont ... mieux à même de satisfaire les besoins de répression de la communauté ... que les simples peines pécuniaires*»²².

En 2011, une étude de l'Office fédéral de la statistique vient contredire cette opinion: «*À court terme, l'introduction des peines pécuniaires et la suppression des courtes peines privatives de liberté ne semblent ... pas avoir eu d'impact significatif sur la récidive ... ce n'est (donc) pas tant le type de sanction qui a le plus d'effet préventif, mais bien le risque d'être condamné*»²³.

Malgré les résultats de cette étude, le Gouvernement fédéral persiste: «*la pression politique en faveur d'une modification rapide ... est trop forte pour que l'on attende. ... pour être crédible et efficace, le droit pénal doit bénéficier de la confiance de la population. Celle-ci doit croire en l'impact des peines. C'est pourquoi il faut modifier de nouveau le régime des peines, quelque succès concret qu'ait eu la dernière révision*»²⁴. De telles affirmations gouvernementales le démontrent: la Suisse a bel et bien été atteinte elle aussi par le virus du populisme pénal!

§ 4. Plaidoyer pour un retour à la raison et au respect du principe de l'*ultima ratio* du droit pénal

*«Avec la solde de ... quatre-vingts bourreaux,
vous payerez six cents maîtres d'école (...)
Ouvrez des écoles, vous fermerez des prisons!»
Victor Hugo (Claude Gueux, 1834)*

De Beccaria et des pionniers du 18^{ème} siècle à aujourd'hui, nous assistons à un triste retournement des idéaux et des politiques pénales. Du principe cardinal d'*ultima ratio* et de limitation du droit répressif, nous vivons malheureusement une surenchère et un recours inflationniste excessif à la machine pénale, à la contrainte punitive, à l'illusion de l'enfermement et du rejet des personnes délinquantes.

²² Conseil fédéral, *Rapport explicatif relatif à la réforme du droit des sanctions*, Berne, 30.06.2010, p. 10 (rapport disponible sous: <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1936/Bericht.pdf>).

²³ Office fédéral de la statistique, *Nouveau droit des sanctions et récidive pénale*, novembre 2011, p. 10.

²⁴ Conseil fédéral, Message relatif à la modification du code pénal - Réforme du droit des sanctions du 4.04.2012, in *Feuille fédérale* 2012, pp. 4385-4418 (citation pp. 4395-4396) (disponible sous: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2012/4385.pdf>).

«*Nous sommes ... abrutis par le droit pénal et ses fausses promesses. ... le droit pénal augmente la criminalité violente par l'intermédiaire de la brutalisation, détériore l'état de la victime et nous empêche de réfléchir à des solutions meilleures...*»²⁵.

Nous osons espérer que cette spirale ne soit ni irréversible, ni infernale, et que l'injonction de Dante, «*Lasciate ogni speranza voi che entrate*»²⁶, ne soit pas une fatalité des politiques pénales et carcérales...

Il faut en effet «*combattre ces raisonnements émotionnels stériles et pervers, ces obsessions qui hantent notre culture de sanction-élimination, sanction-souffrance, sanction-vengeance ...! (...). Le viol ne s'arrête pas avec l'incarcération du violeur, ce serait miraculeux et trop facile*»²⁷.

Après Beccaria, pour lequel l'éducation était le meilleur moyen de lutter contre la criminalité, rappelons-nous et faisons vivre cette recommandation poignante de Victor Hugo (1834): «*Ouvrez des écoles, vous fermerez des prisons*».

Si nous ne voulons pas être obligés, au contraire, de fermer des écoles pour maintenir un arsenal pénitentiaire démentiel et excessivement coûteux – comme l'Etat de Californie par exemple, qui a mené pendant des décennies une politique totalement opposée aux idées de Victor Hugo – il est grand temps pour nous de réagir et de revenir à la raison.

«*Plus que jamais, l'intervention pénale doit demeurer l'ultima ratio ... et non pas devenir une solution de facilité qui donne l'illusion de l'action tout en dispensant d'une politique préventive extra-pénale souvent plus efficace*»²⁸.

Bien qu'elle soit la plus ferme, la plus contraignante et la plus stigmatisante, la réaction pénale n'est de loin pas celle dont le rapport «coûts-bénéfices» est le plus favorable. C'est bien pourquoi Carl Stooss (qui, à la fin du 19^{ème} siècle a participé à la fondation de l'Union internationale de droit pénal (UIDP) et a rédigé les fondements du code pénal suisse) recommandait que «*les peines doivent s'employer avec la plus grande réserve, et seulement si l'on peut en attendre un effet utile*»²⁹.

Franz von Liszt (compagnon de Stooss à l'UIDP) a prononcé, dans sa leçon inaugurale à l'Université de Marburg en 1882, cette phrase célèbre, qui doit continuer de nous mobiliser: «*Die beste Kriminalpolitik ist eine gute Sozialpolitik*»³⁰ (une bonne politique sociale est la meilleure des politiques criminelles).

L'écrivain roumain Norman Manea (qui a quitté la Roumanie en 1986 et vit aux Etats-Unis) a déclaré lors du récent Salon du livre de Paris (mars 2013) que «*les écrivains durent plus longtemps que les ministres*»...

²⁵ A. Kuhn, *Quel avenir pour la justice pénale?*, Ed. de l'Hèbe, Charmey, 2012, p. 84. Cf. aussi Jendly M., *Prévenir la criminalité: oui, mais comment?*, Ed. de l'Hèbe, Charmey, 2013.

²⁶ Tel est le sombre avertissement de Dante Alighieri, à l'entrée de l'Enfer, dans la *Divine Comédie* (écrite entre 1307 et 1321).

²⁷ N. Frize, *op. cit.*, pp. 74-75.

²⁸ P. Graven, *op. cit.*, p. 12.

²⁹ Stooss, *Exposé des motifs de l'Avant-projet de code pénal suisse* (traduit par Gautier A.), Georg Ed., Bâle/Genève, 1893.

³⁰ F. Von List, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1. Bd. Berlin, 1905, p. 127.

Les professeurs d'université ont aussi cet avantage, de durer plus longtemps que les gens qui sont au gouvernement ou au parlement. C'est bien pourquoi nous avons ce devoir, d'enseignants et de pédagogues, à l'Université de Craiova, à l'Université de Fribourg et dans toute autre université libre, d'informer et de former les étudiants, afin qu'ils et elles deviennent des citoyens et des acteurs politiques et professionnels raisonnables, responsables et créatifs.

Et c'est dans cet esprit que nous pouvons alors continuer de souhaiter:

«*Vivat, crescat, floreat Academia!*»

Codification, atout ou danger?

Prof. Annie BOTTIAU

*Maître de Conférences de Droit Privé & Science Criminelle
Université Lille 2 Droit & Santé, membre du CRDP-L'eradp*



Codifying, trump or danger?

Abstract: The notion of „codification” has many meanings and it actually covers different practices in the form and substance. Codification implies a break with the previous system when it is not simply a creation. Codification is also developed in Europe under the dual influence of Roman law and the Napoleon Code (“Romano-Germanic system”). It spread first, in the early nineteenth century, in countries close to France, such as Belgium, the Netherlands, Luxembourg, Italy and a part of Germany.

From all this it follows that the code is a company that has concerned people for a long time and even since antiquity in the Mediterranean basin. He has always acted in a process of clarification and readability of the rules of law, in order to communicate it to the public.

Keywords: codification, Napoleon Code, danger, asset, Civil code, public law, French legislator.

Cette contribution s'inscrit dans le cadre des relations établies entre la Faculté de Droit et des Science Administratives de l'Université de Craiova et la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de l'Université Lille 2 Droit et Santé. L'inauguration du nouveau bâtiment de cette faculté roumaine en ce mois d'avril 2013 nous donne l'occasion et l'excellent prétexte de revenir en quelques lignes sur le processus de codification du droit. Plusieurs raisons à cela. D'abord, en octobre 2011, la Roumanie s'est dotée d'un Nouveau Code Civil¹ dont l'examen a donné lieu à un enrichissant colloque marquant le 25^{ème} anniversaire de la Faculté de Droit et des Science Administrative de Craiova. Ensuite, l'édification d'un nouveau bâtiment fait penser à l'édification du Droit, et par extension à la codification. Enfin, cette édification repose sur des fondations et se projette vers l'avenir: rappeler à ses usagers le passé et les fondamentaux et leur donner de nouveaux moyens de progresser et avancer

¹ Pour une version française, Nouveau Code civil roumain, traduction commentée, Nouvel Cod civil, coll. La lettre des lois, éd Juriscod Dalloz 2013.

quotidiennement avec le Droit. Craiova, c'est cela: une équipe d'enseignants-chercheurs efficaces au service d'une institution pérenne et renouvelée, ouverte à l'international, une faculté dont la décoration extérieure de la bibliothèque copieusement fournie allie la simplicité aux adages et locutions latines. N'y retrouve-t-on pas là les principes gouvernant toute codification aboutie et réussie?

Le dictionnaire *Larousse* définit la codification non seulement comme l'action de réunir en un code des textes de lois, des règlements, mais également comme l'action d'ériger un système cohérent de règles. Pierre Bourdieu traduit la même idée quand il affirme que «Codifier c'est à la fois mettre en forme et mettre les formes»².

La notion de «codification» est polysémique; elle recouvre en fait des pratiques différentes en la forme comme au fond. On parle ainsi de «codification officielle», lorsque l'autorité investie du pouvoir de légiférer publie un texte auquel elle donne le nom de «code»³. On parle de «codification officieuse» lorsque la même autorité promulgue un texte regroupant et unifiant des dispositions d'un même domaine, mais sans leur donner officiellement le nom de «code»⁴ et de «codification privée» lorsque l'on est en présence du regroupement non officiel de textes réalisé par des éditeurs, dans un domaine particulier, pour faciliter le travail des professionnels du droit et des justiciables⁵. Pour les puristes, seul le premier type de codification mérite une telle appellation, les deux autres types étant plutôt considérés comme une «compilation».

La codification implique une rupture avec le système antérieur quand elle n'est pas purement et simplement une création. L'Histoire le révèle, en commençant par le *Code d'Hammourabi*, le *Corpus juris civilis*, comprenant notamment le *Code justinien* et rassemblant le droit romain ou encore le *Code théodosien*. En France, sous l'Ancien Régime, l'ordonnance de Montils-lès-Tour de 1453 décrète la rédaction des coutumes des diverses régions. En 1579, dans l'ordonnance de Blois, Henri III décide de la rédaction d'un recueil complet des édits et ordonnances qui est publié une dizaine d'années plus tard sous le nom de *Code du roi Henri III*⁶.

Plus marquante, car on en applique encore certaines dispositions, est la codification napoléonienne réalisée au début du XIX^{ème} siècle: en tout premier lieu bien sûr le Code civil (1804), mais aussi le Code de procédure civile (1807), le Code de commerce (1808), le Code pénal (1810) et la loi du 28 pluviôse an VIII qui pose les bases du système administratif français.

La codification s'est en outre développée en Europe sous la double influence du droit romain et des codes napoléoniens («système romano-germanique»). Elle s'est répandue d'abord, au début du XIX^{ème} siècle, dans des pays proches de la France, tels que la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg, l'Italie, une partie de l'Allemagne. Elle

² *Habitus, code et codification*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, Volume 64 Numéro 64, pp. 40-44, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2335.

³ Pratique la plus répandue, notamment en France.

⁴ On pense ici aux codifications françaises de l'Ancien Régime, aux ordonnances royales, voire au Code Michau. On parle d'ailleurs souvent de «l'œuvre de codification de Louis XIV».

⁵ Cette pratique a commencé à croître en France au XVIII^{ème} siècle avec par exemple un *Code pénal* (1752) ou même un *Code Corse* en 1788, imprimé par l'Imprimerie royale. On pense aujourd'hui par exemple au Code des Sociétés regroupant en fait les textes repris dans trois codes différents.

⁶ <http://www.universalis.fr/encyclopedie/codification/2-la-codification-en-france/>.

s'est également manifestée sous une forme différente dans ce pays, avec le *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B.), promulgué en 1896 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900; des pays proches du système allemand ont également adopté des codes importants, comme l'Autriche ou la Suisse (Code des obligations de 1881).⁷

De tout ceci il résulte que la codification est une entreprise qui a préoccupé les peuples depuis bien longtemps et même depuis l'Antiquité dans le bassin méditerranéen. Il s'est toujours agi d'un processus de clarification et de lisibilité des règles de droit, en vue de les communiquer au public.

La genèse et la pérennité du Code civil des Français nous permettront de montrer en quoi ce processus de codification peut se révéler un atout (I) tandis que les tentatives d'actualisation ou de recodification font craindre un danger de juxtaposition ou de contradiction – cependant mesuré – chez ceux qui sont amenés à les consulter et invoquer (II).

§ 1. L'atout d'une codification réussie

La Révolution française souhaitait mettre les lois et règlements à la portée de tous. Plusieurs chantiers de codification ont débuté mais n'ont pas abouti⁸. Le Premier Consul Bonaparte relance ensuite le chantier de la codification, dont la plus belle œuvre est sans doute le Code civil des Français publié en 1804, d'ailleurs qualifié un temps Code Napoléon⁹ et dont il importe ici de rappeler la genèse avant d'en tirer toute conséquence utile.

En 1800 et après l'échec de quatre projets, un arrêté des consuls du 24 thermidor an VIII charge des magistrats – Tronchet, Bigot de Préameneu, Malleville et Portalis – de la rédaction d'un nouveau projet. Quatre mois ont suffi à ces quatre magistrats pour élaborer un texte soumis pour avis au Tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel. Le projet fut discuté au Conseil d'Etat. Trente-six lois correspondant aux trente-six titres du Code furent votées une par une avant que la loi du 30 Ventôse an VII (21 mars 1804) ne les réunisse dans le Code civil des Français après avoir préalablement souligné qu'elle abrogeait le droit antérieur dans les matières étant objet dudit Code civil.

⁷ L'influence de ce système juridique s'est répandue au-delà de l'Europe; c'est ainsi que, dans le cadre de la modernisation générale qui a caractérisé l'ère du Meiji (1868), le Japon a commencé par faire traduire les codes français, puis, avec l'aide de juristes étrangers, a préparé des codes nationaux, qui ont été promulgués à la fin du XIX^{ème} siècle: le Code pénal et le Code d'instruction criminelle s'inspiraient plutôt du modèle français, le Code civil et le Code de procédure civile du modèle allemand; un Code de commerce fut également adopté la même époque. Certains de ces codes ont été refondus après la Seconde Guerre mondiale, sous l'influence américaine. Plus récemment, les États francophones d'Afrique ont adopté au total plus d'une centaine de codes, généralement d'inspiration française, mais sans doute parfois inadaptés aux mœurs et aux traditions de ces pays. Dans les pays anglo-saxons, la codification a, au contraire, joué un rôle mineur, et s'est le plus souvent réduite à de simples compilations. C'est évidemment le cas en Grande-Bretagne, où le droit écrit tient une place relativement secondaire, en tout cas en matière civile et commerciale, par rapport à la *common law* et à l'*equity*; il existe seulement un recueil des Laws of England. <http://www.universalis.fr/encyclopedie/codification/>.

⁸ A l'exception de la publication du «Code pénal» en 1791.

⁹ En fait sous le 1^{er} et le second Empire. Notons qu'aujourd'hui, l'intitulé officiel est toujours Code civil des Français.

Les auteurs eux-mêmes n'avaient pas conscience de l'œuvre créatrice et pérenne qu'ils avaient rédigée finalement en si peu de temps. Mais la simplicité s'est révélée être la force de cette opération de codification.

Ils conçoivent alors un code comme un ensemble de «lois» préparées par une commission et voté en assemblée. Ce code n'est rien d'autre qu'un ensemble de textes se référant à une même matière et présentés rationnellement en une déclinaison de titres, livres, et chapitres... Le plan du code traduit une organisation du droit adaptée au projet et à l'usager, mettant en valeur les lignes directrices et allant dans les subdivisions du général au particulier¹⁰.

Les quatre rédacteurs du Code civil vont pour ce faire emprunter à chaque système les meilleures solutions tout en maintenant les conquêtes révolutionnaires de liberté, d'égalité, de propriété et de liberté contractuelle. Il s'agissait pour eux d'unifier le droit sans pour autant faire systématiquement table rase du passé. Le Code civil est un compromis réussi reposant sur un plan simple: après un titre préliminaire sur la loi, il est organisé en trois livres consacrés aux personnes (art 7 à 515), aux biens (516-710) et aux différentes manières dont on acquiert la propriété (711-2281). Mais avant tout, les auteurs cherchent à poser des règles réalistes, claires et pratiques. Le fait qu'ils soient tous quatre magistrats, donc confrontés à la pratique et la mise en œuvre de textes, a sans doute fortement aidé à la rédaction. En renonçant à toute édification théorique, ils préservent l'œuvre et donnent au texte codifié toute sa force. Bien au-delà de leurs pensées.... Dans son *Discours préliminaire*, Portalis envisageait une durée de vie de dix ans, tout au plus vingt, du texte proposé. Plus de deux cents ans après, certaines dispositions – jamais modifiées – ont toujours cours aujourd'hui¹¹.

Ceci n'empêche pas l'évolution du Code et ici ou là la modification de certaines dispositions, voire l'insertion de nouvelles. On voit ainsi apparaître des articles avec tiret pour ne pas perturber la présentation de l'œuvre ancestrale de référence. Les éditeurs quant à eux vont jusqu'à insérer les lois (ou extraits) en annexe des articles. Ainsi, le Code civil a peu évolué en la forme, contrairement à d'autres textes, peut-être moins emblématiques qui ont été refondus, tels le code de commerce ou le code du travail. Enfin sont apparus de nouveaux Codes, comme le code de la consommation ou le code de propriété industrielle. Reste à apprécier si le Législateur se comporte comme les Rédacteurs de 1804 et reste suffisamment souple et large dans sa rédaction pour ne pas figer le droit ou le scléroser dès la publication du nouveau texte en permettant à l'œuvre jurisprudentielle de faire toujours preuve d'interprétation. Toute modification est susceptible d'être critiquée, ne serait-ce que parce qu'elle pourrait être déjà obsolète au jour de son insertion en raison des délais de réforme et refonte. Sans oublier que le

¹⁰ Ces principes valent toujours aujourd'hui : <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/I.-Conception-des-textes/1.4.-Acces-au-droit/1.4.2.-Codification-considerations-generales>.

¹¹ Colloque du Bicentenaire 11 mars 2004, allocution du Garde des Sceaux <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2004-10241/colloque-du-bicentenaire-du-code-civil-a-la-sorbonne-11345.html> ; v.aussi à Saarbrücken Le Bicentenaire du Code civil - 200 Jahre Code civil, Saarbrücker Kolloquium zum 50-jährigen Bestehen des CJFA am 26.11.2004, Ouvrage collectif sous la direction de Claude Witz, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht Bd. 33, Nomos 2006.

changement d'un adverbe (du notamment au spécialement par exemple) ou le déplacement d'une virgule peut entraîner de longs débats.....

§ 2. Un danger mesuré

La codification varie selon la portée de la transformation qu'elle opère.¹² Son effet novateur est plus ou moins accentué¹³.

La création d'un code souligne souvent un décalage avec le droit antérieur alors que la différence est moins nette lorsqu'il s'agit d'uniformiser le droit. Si codification rime toujours avec modification, elle ne doit jamais rimer avec stricte compilation. Vient ensuite la question de la révision du droit codifié et de son adaptation à la société en évolution permanente.

On peut hésiter à modifier un code car l'entreprise semble insurmontable ou parce que le travail jurisprudentiel est satisfaisant et suffisant si bien que l'entreprise apparaît prématurée ou inopportune. Pour cette raison, par exemple, le Législateur français n'a jamais jusqu'alors codifié le droit international privé alors que des Législateurs étrangers y ont procédé, certes sous forme de lois. Néanmoins, en Belgique, une «codification privée» initiée par un éditeur a vu récemment le jour¹⁴. On citera ici simplement la loi suisse du 18 décembre 1987¹⁵ ou encore la loi turque¹⁶. La codification de la matière est même réalisée dans les états membres de l'Union Européenne, avec l'exemple récent de la loi polonaise entrée en vigueur le 16 mai 2011¹⁷. Bon nombre de ces états intègrent ces «lois» dans leur code civil. Révélateur est ici l'EGBGB ajouté au BGB par le Législateur allemand. Même attitude, mais plus mesurée, du Législateur roumain qui intègre dans le Nouveau code civil un titre consacré aux conflits de lois¹⁸. Le Code civil français contient certes quelques dispositions de droit international privé insérées au fil de réformes de droit internes¹⁹. En revanche, ce sont les éditeurs qui ont ajouté dans le Code de Procédure Civile les règlements européens concernant la compétence juridictionnelle...

Le droit communautaire, désormais droit de l'union, s'est progressivement développé et de nombreuses dispositions ont été modifiées au fil du temps. La codification consiste à regrouper dans un seul acte toutes les modifications successives apportées à une disposition législative.

En 2001, la Commission annonce la mise en place d'un programme de codification couvrant l'ensemble de la législation communautaire existante et portant sur plusieurs

¹² J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XVII au XIX^{ème} siècle, Essai de définition*, Bruxelles 1907.

¹³ J.L. Souriaux, *Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle, Le Droit français*, Journ. de la soc. de lég. Comparée, 1988, p. 145.

¹⁴ Les éditions Bruylant ont publié un Code de Droit International Privé, 5^{ème} éd 2012 pour le droit belge et 1^{ère} éd. 2011 pour le droit français.

¹⁵ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/291.fr.pdf>.

¹⁶ Loi n° 5718 du 27 novembre 2007 sur le droit international privé et procédure, <http://www.jafbase.fr/docAsie/TuqueLoiConflit.pdf>.

¹⁷ Voir T. Pajor, *La nouvelle loi polonaise de droit international privé*, Revue critique de droit international privé 2012, p. 15.

¹⁸ Livre VII, notamment Titre II.

¹⁹ Notamment en droit de la famille.

centaines d'actes juridiques. Cette opération s'avère particulièrement difficile, car, du fait de l'élargissement de l'UE, elle doit être réalisée dans un nombre croissant de langues. La codification exige en outre que les actes en question soient à l'état de «*statu quo*», c'est-à-dire qu'ils ne fassent pas l'objet de modifications de fond au cours du processus de codification.

En 2006, la Commission relance un programme de codification portant sur plus de 400 actes²⁰. Le Parlement européen et le Conseil collaborent avec la Commission afin de veiller à ce que les actes pertinents soient adoptés le plus rapidement possible. Les actes codifiés sont traduits dans toutes les langues communautaires et publiés au Journal officiel de l'UE.

L'Union européenne, dans le cadre de son effort de transparence des activités institutionnelles et du droit communautaire, a mis en chantier de longue date²¹ une réflexion sur une plus grande accessibilité du droit de l'Union. Cette accessibilité passe naturellement par une codification des textes, plus exactement une codification avec abrogation et re-promulgation des textes et codification à droit constant.

La Commission est chargée de veiller à cette codification. En son sein a été créé un groupe de codification qui dépend du Service juridique. C'est dans ce cadre que le Parlement a confié en 2003, à des juristes, l'élaboration d'une proposition de code civil européen. 10 ans plus tard, les travaux n'ont pas abouti. Il faut dire l'ambition très grande vu le nombre d'états membres et donc de codes civils, sans oublier que certains, comme la Roumanie, viennent de publier un Nouveau Code. Par ailleurs le champ d'investigation est lui aussi très grand et l'on comprend qu'au fil du temps le but poursuivi soit devenu plus modeste pour aboutir finalement à un projet de règlement sur le droit commun européen de la vente²².

Encore d'autres occasions de participer aux toujours enrichissants colloques organisés à Craiova.

Longue vie à la Faculté. Que le nouveau bâtiment connaisse la même vie que le Code civil de 1804 et permette à de nombreux juristes d'évoluer et faire œuvre créatrice!

²⁰ À la fin 2008, la Commission avait codifié 227 actes. 142 de ceux-ci ont été adoptés et publiés au Journal Officiel de l'UE.

²¹ Résolution du Conseil du 26 novembre 1974 *relative à la codification de ses actes juridiques* - JOCE C du 28 janvier 1975, évoquant les premières tentatives de codification indicative et émettant le souhait d'adopter une codification plus systématique.

²² Proposition de règlement du 11 octobre 2011, COM(2011)635 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:fr:PDF>.

**L'identité constitutionnelle des états membres:
Garantie de stabilité des ordres juridiques internes,
perturbation de l'ordre juridique européen?**

Dr. Sylvie TORCOL

*Maître de Conférences HDR à la Faculté de Droit de Toulon,
Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux (C.E.R.C.)*



**Constitutional identity of member states:
Warranty stability of juridical internal orders, disturbance
of juridical european order**

Abstract: Although the concept of constitutional identity now sounds familiar to our ears Europeans, it is still little consensus and its legal value varies by state. It is however located in both judicial policy of the jurisdiction of the Union - following conclusions noticed several attorneys general - but also in that of some constitutional courts of the member states. The proliferation of these references is clearly an expression of respect Strategic National identity that the EU needs its member states ... but she also wants a weapon (which is relative efficiency) for them to moderate the effects of the rule on their respective legal systems.

Contribution plans to demonstrate (through the French example in particular), if the constitutional identity seems to be a factor of stability of individual national legal systems, it is not. And while we thought it might disrupt the Union law by figure strategy "going into the war" against the principle of primacy, the concept of constitutional identity could ultimately harmonize the joint different legal systems ... A job against unexpected but revealing, perhaps, issues and challenges of integration.

Keywords: constitutional identity, member states, the European legal order, the European Union.

Les questions d'identités ne sont jamais neutres. Et même si, dans une société en mal de repères, le terme est très usité aujourd'hui, (identité culturelle, identité religieuse, identité nationale, crise de l'identité...), il reste encore mal défini. Sans doute n'est-ce pas un hasard... Parce que définir l'identité, c'est en même temps en fixer un contenu et faire naître les différences. Selon David Hume, «l'identité n'est pas objet de connaissance rigoureuse» et c'est sans doute ce qui explique qu'elle ne fasse pas non plus l'objet d'une

définition consensuelle. Il suffit d'ouvrir un dictionnaire pour en trouver 4 ou 5 sens différents: du latin *identitas*, l'identité est l'ensemble des traits d'un individu ou d'une communauté. Ces traits caractérisent la personne ou la collectivité par rapport aux autres. Par exemple: «La Tsuica fait partie de l'identité roumaine» comme «le Pastis fait partie de l'identité provençale» ou encore «Une personne a le droit de connaître son passé pour défendre son identité». Mais l'identité est aussi la conscience qu'une personne a de soi-même et la rend différente par rapport aux autres. Si les traits constituant l'identité sont héréditaires ou innés, le milieu a de l'influence sur la conformation de la spécificité de chaque personne. C'est pour cette raison que l'on peut dire qu'une personne «est en quête de son identité». Dans ce sens, l'idée d'identité est associée à quelque chose qui nous est propre, une réalité intérieure pouvant rester camouflée derrière des attitudes ou des comportements qui, en fait, ne sont pas propres à la personne: Le concept d'identité sexuelle fait allusion à l'auto-concept d'une personne sur la sexualité et le genre (ou le sexe social) pour s'épanouir au sein de la vie sociale. La notion met en rapport la dimension biologique de l'être humain avec l'aspect culturel et la liberté de choix.

En fait, le mot «identité» désigne deux réalités apparemment opposées: le propre et le semblable. Mon identité, telle qu'elle s'énonce sur mon passeport par exemple, est ce qui me distingue comme un citoyen singulier. Mais être identifié, ce peut être aussi être reconnu semblable ou identique, comme l'est un objet à un autre. Cette double face de la notion, Paul Ricoeur la résume, dans *Soi-même comme un autre*¹. Pour le philosophe: l'identité de chaque individu répond à deux questions. La première c'est: «*Que suis-je?*» Elle prend en compte la dimension objective de l'identité. En répondant à cette question, on répond à la question des caractéristiques communes, des points communs qui nous lient aux autres, c'est l'ensemble des traits qui nous font être semblables aux autres et permettent de vivre ensemble, de bâtir un lien social: le fait d'être un humain, un citoyen, le fait d'habiter un même quartier, une même ville, avoir la même conviction religieuse, politique... Pour cette raison, le philosophe la nomme «identité-mêmeté». La seconde question est: «*Qui suis-je?*» C'est la dimension subjective de l'identité. En répondant à cette question, on répond à la question de ce qui est propre à chacun. C'est l'ensemble des traits qui font notre spécificité, notre unicité, notre personnalité, notre personnage ou notre «caractère propre». Pour cette raison, le philosophe la nomme «identité-ipsité»². Les deux catégories contradictoires du propre et du semblable sont inséparables l'une de l'autre.

Alors, comment une notion, si difficile à définir, si abstraite et si peu consensuelle a-t-elle pu s'infiltrer dans la matière juridique? Si son utilisation par le droit privé apparaît logique (notamment en droit de la famille), son insertion au droit public semble plus problématique. Sans doute par sa proximité avec d'autres notions très connotées: *l'identité nationale* par exemple, mise en débat en France par le Président Sarkozy en 2009 sans avoir été préalablement définie, fut très rapidement assimilée au nationalisme, à la

¹ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, L'Ordre Philosophique, Paris, Éditions du Seuil, 1990, p. 424.

² L'ipsité, c'est le caractère du sujet pensant qui a le pouvoir de se représenter lui-même comme demeurant malgré les changements qui affectent son corps et son esprit. C'est la conscience réflexive de soi à soi-même.

xénophobie, au racisme et provoqua «un repli identitaire»... La réflexion sur *l'identité européenne*, quant à elle, a commencé très tôt. On se souvient du *projet de paix perpétuelle* d'Emmanuel Kant, publié en 1795, sorte de proposition d'une Europe post nationale où les nations ne s'évanouissent pas, mais se mesurent les unes aux autres, s'ouvrent les unes aux autres tout en préservant leur identités. En 1849, lors de son discours d'ouverture du Congrès de la Paix à Paris, c'est Victor Hugo qui exprime ses espoirs européens de paix universelle, sa foi dans la civilisation et dans le progrès:

«Un jour viendra où la France, vous Russie, vous Italie, vous Angleterre, vous Allemagne, vous toutes, nations du continent, sans perdre vos qualités distinctes et votre glorieuse individualité³, vous vous fondrez étroitement dans une unité supérieure, et vous constituerez la fraternité européenne, absolument comme la Normandie, la Bretagne, la Bourgogne, la Lorraine, l'Alsace, toutes nos provinces, se sont fondues dans la France»⁴. Cette utopie des XVIIIe et XIXe siècles va se trouver démentie par la première guerre mondiale: «Jusque là, l'Europe assimilée à la civilisation, avait plus ou moins coïncidé avec le monde vu comme son prolongement. C'est le premier conflit mondial qui a conduit l'Europe à s'interroger sur elle-même, sur sa singularité et sa place parmi les nations»⁵ et à ramener l'idée européenne à celle d'une communauté d'intérêts organisée autour d'un marché commun. Le cosmopolitisme des philosophes n'aura pas pu gommer la coexistence de deux types d'identités à la fois complémentaires et concurrentes dont les ordres juridiques nationaux et «unionnaire» ont du s'accommoder. C'est sur cette singularité et la nécessaire coexistence de deux identités irréductibles l'une à l'autre qu'a du se construire l'Europe. Et alors que l'identité européenne semble seconde par rapport aux identités nationales (l'identité des Etats-nation ayant précédé l'identité européenne, cette dernière procède des Etats), paradoxalement, le droit de l'Union s'impose aux États membres. Dès 1964 en effet, le juge européen a affirmé le principe de primauté des normes européennes sur les normes nationales⁶ et n'a cessé de le répéter par la suite (certes avec des nuances qu'il conviendra de relever), en précisant que cette primauté s'appliquait également aux constitutions nationales⁷. Face à ces «assauts» du juge communautaire, ébranlant la pyramide et mettant à mal la souveraineté des états membres, la «résistance» constitutionnelle a été mise en œuvre, sous des formes variées, par les juridictions des états membres, soucieuses de protéger la norme suprême de leur ordre juridique, en dépit des affirmations de leur homologue européen. *La notion d'identité constitutionnelle des états membres* semble être venue remplacer ou enrichir celle d'identité nationale; à moins que les deux expressions ne soient synonymes comme semble le laisser entendre certains avocats généraux⁸ au motif qu'elles se réfèrent, tant à la dimension politico-institutionnelle qu'à la dimension culturelle?

³ Mis en gras par nous.

⁴ H. Hugo, «Discours inaugural du Congrès de la paix» prononcé à Paris, le 21 août 1849, in «Œuvres complètes, Actes et Paroles» I, Paris, Hetzel, 1882.

⁵ J. Keller-Noellet, «De l'identité européenne», *Études européennes. La revue permanente des professionnels de l'Europe*, Article mis en ligne le 25/03/2013. Consultable sur <http://www.etudes-europeennes.eu/a-la-une/inaugural-debate-on-european-identity-karsten-alnaes-3.html>.

⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, Rec. p. 1159.

⁷ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

⁸ Voir par exemple les conclusions dans les affaires CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu*, 53/04, Rec. 2006 P. 1-7213 CJCE, 11 septembre 2008, *UGT-Rioja*, affs. réunies 428 à 434/06, Rec. 2008 p. 1-6747 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor*, 127/07, Rec. 2008 p. I-9895.

Ce qui est certain, c'est que la référence explicite (mais imprécise) à partir de 1992⁹ à l'identité constitutionnelle des états membres dans les textes fondateurs de l'Union européenne contribue à ce questionnement sur la portée qui devrait être reconnue aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle nationale. La référence fut dans un premier temps très allusive à travers l'article F§1 du Traité de Maastricht (devenu article 6§3 TUE) qui affirme: «*L'Union respecte l'identité nationale de ses états membres*». Mais elle ne fut pas vraiment plus claire dans l'article 4§2 du TUE¹⁰: «*L'Union respecte l'égalité des états membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre*». Et que dire de la disposition du Préambule de la Charte des droits fondamentaux selon laquelle «*L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des états membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local*»?

On le voit à travers cette introduction rapide, l'identité constitutionnelle «bien qu'à la mode», pose problème: elle interpelle, elle étonne, elle agace; bref, elle est en question(s). Car enfin, qui aurait pu penser qu'après les êtres humains – dont on sait que le droit international des droits de l'homme leur reconnaît un «droit à l'identité» – des entités «construites» à l'instar des états puissent s'enorgueillir de détenir et de défendre une identité?»¹¹. Qui aurait pu penser qu'une expression polysémique, ou pire, vide de sens et de contenu (on y reviendra) puisse servir de norme de contrôle pour les juges nationaux et européens? Qui aurait pu dire en 1964, que le principe de primauté pourrait être sacrifié sur l'autel du souverainisme?

L'utilisation exponentielle de la notion d'identité constitutionnelle par la CJUE est manifestement l'expression du respect (forcé? stratégique?) que l'Union européenne doit à ses états membres... mais elle serait aussi, selon une certaine doctrine, une arme relativement efficace permettant à ces derniers de modérer les effets de la primauté sur leurs ordres juridiques respectifs.

Voir aussi, CJCE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, 208/09. L'avocate générale Sharpston fait référence à l'abolition de la noblesse en 1919 en Autriche comme à «un principe constitutionnel fondamental, alors que la Cour de justice, pour sa part, rappelle que l'Union «respecte l'identité nationale de ses États membres, à laquelle appartient aussi la forme républicaine de l'État et ce sans faire une seule référence «constitutionnelle».

Sur l'emploi fait par la Cour et les avocats généraux de l'identité nationale et de l'identité constitutionnelle, voir J.-D. Mouton, «Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne», in *L'Union Européenne. Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 151-153.

⁹ Dans le Traité de Maastricht.

¹⁰ Entré en vigueur: 1/12/2009.

¹¹ L. Burgorgue-Larsen, «L'identité constitutionnelle en question(s)», in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (Dir. L. Burgorgue-Larsen), Paris, Pedone, 2011, pp. 155-156.

La question qui se pose alors est celle de son efficacité réelle et pas seulement incantatoire: permet-elle de stabiliser les ordres juridiques internes pris individuellement (I) elle serait alors une norme de résistance, un ersatz de souveraineté étatique perdue? Et dans ce cas, n'est-ce pas la fin annoncée de la primauté du droit de l'Union et par conséquent la fin de l'intégration européenne et le retour de l'Europe des Nations?(II)

A ces deux questions, nous allons tenter de démontrer (à contre courant de la doctrine dominante) qu'il convient de répondre par la négative...

§ 1. L'identité constitutionnelle, facteur de stabilité de l'ordre juridique interne?

La ligne jurisprudentielle développée par la Cour de Justice dès les premières années de son existence a suscité de la part des juridictions suprêmes nationales, des réactions multiples qui se sont traduites par la consécration de véritables réserves de constitutionnalité à l'égard du droit de l'Union européenne. Le principe de primauté entendu au sens strict faisait passer *de facto* les Constitutions nationales sous la tutelle européenne en leur imposant de multiples révisions tenant à la fois à élargir et à approfondir l'Union. En France, comme dans d'autres états de l'Union, l'identité constitutionnelle est une revendication concurrente de souveraineté juridique. Elle est le point de rencontre de la confrontation de deux ordres juridiques avant que ne s'établisse une possible convergence des identités. Elle est un symbole souverainiste, un «bouclier» contre la primauté du droit de l'Union, une limite matérielle à l'intégration (A). C'est du moins ce que l'on peut lire couramment... Mais à y regarder de plus près, le constat pourrait ne pas être si catégorique. Le potentiel «protecteur» de l'identité est-il réel ou seulement incantatoire? (B)

1.1. La construction d'un «outil à la fois malléable et symbolique»¹²: le noyau dur identitaire

Un constat très alarmant est dressé par D. Rousseau: en France, dans les années 2000, la Constitution apparaît « comme un texte déconstruit, un texte mou, une «passoire» laissant passer tous les transferts de compétences aux institutions européennes. Le chemin de croix constitutionnel avait désormais ses étapes balisées: déclaration d'inconstitutionnalité du traité européen, révision de la Constitution pour lever les obstacles, ratification du traité. La Constitution était ainsi devenue un texte mité par des références aux traités pour consentir à l'euro, à la libre circulation des personnes sur le territoire européen, au mandat d'arrêt européen, au vote et à l'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales... »¹³. L'auteur y voit même un «champ de ruine constitutionnelle»... Les mots sont forts, la menace identifiée: c'est le principe de primauté. C'est dans ce contexte que certains états membre dont la France (mais aussi l'Allemagne,

¹² Voir P. Blacher, G. Protiere, «Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires», *R.F.D.C.*, 2007/1, n° 69, p. 135.

¹³ D. Rousseau, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne? in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (Dir. L. Burgorgue-Larsen), Paris, Pedone, 2011, p. 93.

l'Italie, l'Espagne notamment) vont faire appel à une norme (mais en est-ce réellement une?) de résistance afin de protéger l'autonomie constitutionnelle nationale: en jugeant qu'une norme européenne «*ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*»¹⁴, le Conseil constitutionnel rappelle «que la Constitution est une norme, qu'elle est ce texte qui donne à la France son identité et que cette identité serait menacée si se désagrégeait le texte qui la dit et la porte; et ce rappel est «beau». La formule «identité constitutionnelle» résonne bien et possède l'apparat simple et noble d'un aphorisme; elle en a aussi, ajoutant encore à son aura, le mystère. L'énoncé est, en effet, suffisamment général pour ne commander aucune image précise de cette identité constitutionnelle et laisser chacun imaginer «les règles et principes» qui peuvent être «inhérents» à cette identité. L'important est que chacun se représente cette identité comme LA référence indisponible fondant la légitimité d'un «non» à toutes propositions normatives qui auraient pour objet ou pour conséquence de la détruire»¹⁵.

Pour construire son outil, le Conseil constitutionnel français a été amené à adresser des messages à ses différents interlocuteurs, dans lesquels il faut y voir la consécration, à travers la défense de la prévalence constitutionnelle, d'une certaine image de la France, que le juge entend définir et protéger contre l'Europe. La notion d'identité constitutionnelle de la France apparaît pour la première fois dans la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006¹⁶ «*la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle; il n'appartient qu'au juge communautaire de contrôler le respect par cette directive tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne; qu'il ne pourrait en être autrement que si cette directive allait à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérents à l'identité constitutionnelle de la France*». Cette formulation est la phase ultime d'une évolution rédactionnelle qui dans un premier temps, dans la décision du 10 juin 2004¹⁷, énonçait qu'«*il ne pourrait être fait obstacle à la transposition en droit interne d'une directive communautaire qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution*».

Mais après cette décision fondatrice, le Conseil n'a utilisé la notion d'identité constitutionnelle de la France qu'à trois reprises: le 30 novembre 2006¹⁸ dans sa décision relative au secteur de l'énergie, le 19 juin 2008¹⁹ dans sa décision relative aux OGM et le 12 mai 2010²⁰ dans sa décision relative aux jeux de hasard.

Mais si la jurisprudence est limitée, la doctrine, quant à elle, est pléthorique. Quelle identité? Quelle constitution? Que signifie «noyau dur identitaire»? Y a-t-il autant d'identités constitutionnelles que d'états membres? Autant de questions posées par spécialistes parce que non résolues en droit positif. Une analyse rapide des principales jurisprudences constitutionnelles dans l'Union, (Allemagne, Espagne, République tchèque, Lettonie,

¹⁴ Cons. cons. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

¹⁵ D. Rousseau, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne? art. précité, p. 93.

¹⁶ Cons. cons. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, R. p. 88.

¹⁷ Cons. cons. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, R. p. 101.

¹⁸ Cons. cons. n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, R. p. 120.

¹⁹ Cons. cons. n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, R. p. 313.

²⁰ Cons. cons. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, 10 du 13 mai 2010, p. 8897.

Pologne) «démontre que le contenu de la notion est rétif à l'homogénéité, quand bien même on pourra toujours y trouver des éléments qui tendent vers un «commun», une sorte de *jus commune* de l'identité constitutionnelle en Europe. Le constat ne varie pas si on ajoute à ce tableau de la justice constitutionnelle en Europe l'apport conventionnel»²¹.

L'auteur de l'une des dernières thèses françaises (bien que soutenue à l'institut universitaire européen de Florence) sur le sujet, défend l'idée que l'emploi de l'expression «identité constitutionnelle» est largement instrumental et stratégique, idée à laquelle nous adhérons. Il s'agirait d'une «notion-slogan suffisamment vague et indéterminée pour permettre au juge interne, chef d'état major de cette stratégie, d'y faire entrer tout ce qu'il souhaite de manière discrétionnaire. Par sa formulation énigmatique, elle apparaît en effet faire partie de ces concepts juridiques laissant une marge de manœuvre significative au juge. De même, le qualificatif constitutionnel qui l'accompagne lui confère non seulement un tour juridique mais présente l'avantage de renvoyer à ces mêmes constitutions nationales dont les cours constitutionnelles des états membres sont censées assurer la primauté...l'identité constitutionnelle apparaît en quelque sorte comme l'oriflamme d'un front commun de résistance face à «l'occupation» européenne»²². L'auteur remarque (à juste titre) que si les juridictions constitutionnelles française, polonaise, allemande et tchèque ne se sont pas encore mutuellement référées à leurs décisions respectives en la matière, elles semblent cependant guidées par une main invisible qui assure la coordination de leur stratégie autour de la problématique de l'identité.

Cette stratégie développée par quasiment toutes les juridictions suprêmes européennes poursuit un objectif défensif de préservation des rapports entre ordres juridiques. Mais malgré toutes les «ruses» jurisprudentielles, c'est précisément le mystère qui entoure la notion qui va causer son «impuissance substantielle et procédurale»²³. Vide de sens, vide de contenu, l'identité constitutionnelle ne serait finalement pas l'arme annoncée...

1.2. Pour quelle protection?

Il convient évidemment de s'interroger sur le type de protection mis en place par les états membres en brandissant l'identité constitutionnelle. Que cherchent-ils à protéger? Et surtout jusqu'où sont-ils prêts à aller dans ce rapport de force? «Tous les états membres de l'Union puisent dans leur Histoire certaines caractéristiques qu'ils jugent si essentielles qu'ils entendent les protéger envers et contre tout»²⁴. Pour qualifier ce «repli identitaire», des termes guerriers sont volontiers utilisées. Gaëlle Marti parle de «réactions d'autodéfense»²⁵, Dominique Rousseau de «bouclier»²⁶, quant au juge constitutionnel, il

²¹ L. Burgorgue-Larsen, «L'identité constitutionnelle en question(s), art. précité, p. 158.

²² F.- X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des états membres*, Thèse dactylographiée de l'institut universitaire européen de Florence, décembre 2012, pp. 34-35.

²³ D. Rousseau, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne? art. précité, p. 96.

²⁴ S. Martin, «L'identité de l'état dans l'union européenne: entre «identité nationale» et «identité constitutionnelle», *R.F.D.C.*, 2012/3 n° 91, p. 14.

²⁵ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 183/1973 du 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, *Cah. dr. eur.*, n° 1-2/1975, pp. 114-148; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mars 1974, «*Solange I*», *RTDE*, 1975, pp. 316-336.

²⁶ D. Rousseau, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne? art. précité, p. 90 et s.

emploie l'expression plus juridique, de «réserves de constitutionnalité»... Mais la formule la plus imagée est sans doute celle de Denys Simon qui parle du «syndrome Asterix», c'est-à-dire la métaphore du petit village gaulois défendant ses traditions constitutionnelles contre le nivellement incarné par les légions romaines²⁷... C'est la traduction par l'image de la dénonciation de la Corte Costituzionale italienne dans sa décision *Frontini e Pozzani* du 27 décembre 1973, de ce «*pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel...*».

Si l'on peut affirmer que la protection espérée n'est pas efficace, c'est essentiellement pour au moins trois raisons qui semblent peu contestables.

La première, c'est que l'indétermination «stratégique» à ses limites et que la stratégie finit par se retourner contre ceux qui l'ont pensé. «A chaque professeur - ou presque - sa liste de règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France! [nous dit D. Rousseau]. La chose est, au demeurant habituelle et ces controverses doctrinales font les délices des colloques. Mais, ici, elles fragilisent le sens souverainiste attribué originellement à la notion d'identité constitutionnelle car, si elle doit avoir pour effet de bloquer le processus d'intégration européenne, si elle doit pouvoir empêcher la pénétration du droit communautaire dans l'ordre juridique français, il faut qu'elle soit elle-même clairement et précisément identifiable. Sans quoi, elle ne bloquerait rien»²⁸. Et le fait même que la doctrine n'arrive pas «à trouver» ces règles et principes qui seraient inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, permet de conclure à un désaccord sur la substance même de la notion. Pour exemple, certains défendent l'idée que la limite constitutionnellement insurmontable est la République. Mais que met-on dans le contenu de la République? Les droits fondamentaux? Ou seulement le principe de séparation des pouvoirs? ou ce principe plus celui de la souveraineté du peuple? ou ce principe seul?... Pour d'autres, l'identité constitutionnelle de la France se résume au principe de laïcité en ce qu'il distinguerait ce pays des autres états membres de l'Union européenne, oubliant au passage que la Cour de Strasbourg en fait un élément nécessaire de la société démocratique européenne.

Le rempart de l'identité serait ainsi fait «de paille et de brindilles»²⁹.

La seconde raison de cet échec stratégique est qu'il faut rajouter à cette indétermination doctrinale, «un anéantissement jurisprudentiel»³⁰. En effet, depuis que le Conseil a fabriqué la notion d'identité constitutionnelle, il a toujours réduit les pistes qui pouvaient conduire à lui donner une substance opératoire et partant, à en faire une norme de contrôle. Dans sa décision du 10 juin 2004, il ouvrait le champ des principes et règles pouvant entrer dans l'identité constitutionnelle. Mais, dans sa décision du 29 juillet (soit un mois après!) il refermait aussitôt cette voie en ne retenant comme contenu possible que les dispositions spécifiques.

Après la cacophonie de la doctrine, la jurisprudence constitutionnelle me permet pas de laisser entrevoir quels sont les principes et règles que le Conseil ferait entrer dans

²⁷ D. Simon, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union Européenne», in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (Dir. L. Burgogues-Larsen), Paris, Pedone, 2011, p. 29.

²⁸ D. Rousseau, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne? art. précité, p. 96.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

la notion d'identité constitutionnelle et s'il devait un jour en découvrir un il aurait certainement un effet très limité.

Et c'est là la troisième raison de «l'impuissance souverainiste de la notion»³¹ ...

Parce que si l'outil «identité constitutionnelle de la France» a vocation de permettre au Conseil de l'invoquer pour, par exception, contrôler la conformité à ce principe d'une directive européenne et, le cas échéant, en interdire la transposition...la transposition des directives reste une «exigence communautaire». «Et que si le Conseil empêchait la transposition d'une directive au motif qu'elle est contraire à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, la transposition n'en resterait pas moins une obligation pour la France. Obligation sanctionnée car si elle ne la satisfaisait pas en arguant de la décision du Conseil, une action en manquement pourrait être diligentée contre la France devant la CJUE qui, appliquant sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle «un Etat ne saurait exciper des dispositions de son ordre juridique y compris constitutionnel pour justifier le non respect des obligations découlant des directives communautaires», sanctionnerait certainement les autorités françaises»³².

Au terme de cette démonstration, il apparaît clairement que la notion d'identité constitutionnelle n'a pas en elle la force que certains lui allouent. Les ordres juridiques nationaux peuvent certes extirper l'expression comme on brandit un bouclier... Mais il s'agit finalement d'une protection très relative face à la force de l'ennemi. Peut-elle remettre en cause le principe de primauté? Cela semble difficile.

§ 2. L'identité constitutionnelle, facteur de neutralisation du principe de primauté?

*La neutralisation du principe de primauté annonce-t-elle la perte d'effectivité du droit de l'Union et, plus généralement, la fin inéluctable de l'intégration?*³³

«La primauté, à la différence de la suprématie qui caractérise les normes constitutionnelles, est en effet une règle permettant de régler les conflits entre des normes appartenant à deux ordres juridiques distincts. Elle est donc par essence absolue, c'est-à-dire qu'elle implique la primauté de l'ensemble des normes auxquelles elle s'attache sur l'ensemble des normes auxquelles elle est opposable et ce, de manière inconditionnelle. En ce sens, l'affirmation selon laquelle le droit communautaire prime le droit national, y compris constitutionnel, paraît conforme à la définition même de la primauté»³⁴.

Normalement, cette primauté absolue, posée par le juge en 1964 (et alors même que depuis sa naissance jurisprudentielle, il y a 45 ans, le principe n'est pas encore dans le panthéon du droit matériel pur, mais dans un «noyau de flexibilité» exigé par les états et l'esprit de la politique du moment), ne souffre pas d'exception. C'est cette ligne jurisprudentielle qu'a longtemps suivi la Cour de Justice. Mais la conciliation «obligée»

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 97.

³³ G. Marti, «Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne», 8e congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16, 17, 18 juin 2011. Consultable sur www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN2/martiTD2.pdf.

³⁴ *Idem.*

ou «subie» des ordres juridiques en a finalement décidé autrement (A). Beaucoup d'auteurs relèvent qu' «une telle conception du principe de primauté semble avoir vécu»³⁵.

Est-ce la fin annoncée de la primauté du droit de l'Union ou bien peut-on y déceler la possibilité d'une nouvelle grille de lecture des rapports de systèmes qui, au lieu d'entrer en conflit, accepteraient l'enrichissement mutuel afin de permettre de pousser plus loin l'intégration (B).

2.1. Une conciliation inévitable des ordres juridiques?

Ce serait «concilier l'inconciliable» selon le Professeur Levade³⁶. Et pourtant...

«Le principe de primauté semble s'être atténué, estompé voire effacé au profit de solutions plus pragmatiques centrées sur la coopération entre les juridictions nationales et européennes, l'élément déclencheur étant l'invocation par les états de principes, normes ou mécanismes issus de leur droit constitutionnel»³⁷.

Selon G. Marti, il y a «un gouffre qui sépare les jurisprudences fondatrices de la Cour, par lesquelles celle-ci a consacré l'exigence de primauté qui spécifie l'ordre juridique communautaire et les décisions récentes dans lesquelles elle semble plus compréhensive à l'égard du noyau dur identitaire des états qui est consacré dans leur norme suprême»³⁸. On en veut pour preuve la reconnaissance, dans l'arrêt *Omega* de 2004, de la légitimité d'une mesure étatique portant atteinte aux libertés de circulation reconnues par les traités au motif qu'elle «correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire»³⁹ de cet Etat membre ou encore le blanc-seing donné par la Cour, dans l'arrêt *Melki*, au mécanisme français de la question prioritaire de constitutionnalité⁴⁰. De même, dans un arrêt *Runevic-Vardyn* rendu le 12 mai 2011⁴¹, la Cour a également reconnu la légitimité d'une mesure nationale potentiellement attentatoire à la libre circulation des citoyens européens dès lors qu'elle avait pour but de préserver «l'identité nationale» de l'Etat en cause, en l'espèce la Lituanie, par la protection de ses règles linguistiques en matière de graphie⁴².

On le voit, même si on n'est pas passé loin de la menace sérieuse de conflit entre primauté et identité constitutionnelle à plusieurs occasions, ce conflit a été judicieusement évité. Et selon Denys Simon, «ce n'est d'ailleurs pas un hasard si jusqu'à ce jour, aucune véritable rupture durable de la paix entre jurisprudences constitutionnelle et communautaire ne se soit concrétisée. Sans doute le doit-on à plusieurs raisons qui tiennent à la fois à

³⁵ G. Marti, «Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne», art. précité, p. 2.

³⁶ A. Levade, «Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable», in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne: Union de droit, Unions des droits*, Paris, Pedone, 2010, p. 109 et s.

³⁷ G. Marti, «Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne», art. précité, p. 2.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, Rec. p. I-9609, pt. 39.

⁴⁰ CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, Rec. p. I-05667.

⁴¹ CJUE, 12 mai 2011, *Runevic-Vardyn*, aff. C-391/09, Rec. p. I-03787.

⁴² Voir G. Marti, «Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne», art. précité, p. 2.

l'attitude des juridictions nationales et à celle du juge communautaire. [...] la jurisprudence a su user de techniques juridictionnelles efficaces en vue d'éviter le conflit frontal»⁴³.

A ce propos, l'auteur évoque plusieurs méthodes qui ont finalement «sauvé» le dialogue des juges.

D'abord par des stratégies de contournement: il s'agit pour la Cour de récuser l'existence d'un antagonisme normatif afin de faire l'économie de la mise en œuvre du principe de primauté, qui est un principe éminemment conflictuel. C'est le cas par exemple dans l'affaire *Grogan*⁴⁴ pour éviter de heurter les principes jugés fondamentaux du droit constitutionnel irlandais. En l'espèce, la Cour a jugé que si elle était compétente pour fournir «*tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité d'une réglementation nationale avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect*», cette compétence se limitait aux réglementations nationales entrant dans le champ d'application du droit communautaire.

Il faut également souligner l'interprétation des notions autonomes du droit communautaire en intégrant - souvent sans le dire - les paramètres des identités constitutionnelles des états membres (par exemple l'arrêt *Conforama* de 1991⁴⁵). D'autres auteurs parlent de la technique de l'interprétation conforme, par laquelle la Cour réduit la contraction apparente entre deux normes issues des deux ordres juridiques en conciliant, lorsque cela est possible, leur contenu matériel. On peut en voir un exemple dans l'affaire *Melki* dans laquelle c'est fondamentalement cette technique qui a permis à la Cour de Luxembourg de valider le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité.

Enfin (mais la liste n'est sans doute pas terminée) peut-on relever la tendance - probablement amplifiée dans la période récente - à reconnaître une marge d'appréciation non négligeable aux états membres dans des domaines dits «sensibles»⁴⁶.

Si certains auteurs ont pu voir dans ces techniques, «la neutralisation du principe de primauté»⁴⁷ par la négation du conflit de normes ou par la recherche d'une interprétation conforme ou conciliatrice, on peut aussi y voir un dialogue jurisprudentiel «raisonné» destiné à concilier les deux ordres juridiques et faire naître une véritable identité européenne. En minimisant les risques de frictions entre des normes issues des deux systèmes, les choix constitutionnels des états membres, potentiellement mis à mal par une affirmation stricte du principe de primauté, sont préservés, et la Cour de justice empêche que ne soit sacrifié l'effectivité de la primauté du droit de l'Union.

Ces remarques invitent en dernier lieu à s'interroger sur l'émergence d'une nouvelle grille de lecture des rapports de système, qui prendrait davantage en compte le pluralisme constitutionnel intrinsèque de l'Union européenne.

⁴³ D. Symon, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union», in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (Dir. L. Burgorgue-Larsen), Paris, Pedone, 2011, p. 28.

⁴⁴ CJCE, 11 mars 1982, *Grogan*, 127/80, Rec. 1982 p. 869.

⁴⁵ CJCE, 28 février 1991, *Conforama*, C-312/89, Rec. 1991 p. I-997; ou encore 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke en Trent (B&Q)*, C-169/91, Rec. 1992 p. I-6635. La réglementation du travail ou de l'ouverture des magasins le dimanche est examinée, explicitement ou implicitement, à l'aune des valeurs essentielles, religieuses, familiales et sociales, ou encore des «particularités socioculturelles nationales ou régionales».

⁴⁶ Voir par ex. l'arrêt *Omega* précité, CJCE, 14 octobre 2004, C-36/02.

⁴⁷ Notamment G. Marti, «Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne», art. précité, p. 11.

2.2. Une nouvelle grille de lecture des rapports de systèmes?

Comme nous avons tenté de le démontrer, et contrairement à ce qui est souvent défendu, l'identité constitutionnelle des états membres ne permet ni de retrouver une souveraineté perdue ni de neutraliser totalement le principe de primauté. Elle permet tout au plus de rendre pensable le pluralisme constitutionnel, et ce n'est pas rien. Or, «pour que cette pluralité se déroule dans un contexte pacifié, il importe que chacun reconnaisse l'existence des autres sites constitutionnels ainsi que leur égale légitimité et leur interdépendance réciproque»⁴⁸.

Si la Cour semble avoir adopté une attitude conciliatrice, favorable au pluralisme constitutionnel, elle n'a pas abandonné la défense de l'effectivité du droit de l'Union et son corollaire, l'uniformité de ce droit. En fait, après plusieurs années d'opposition, la Cour de justice de l'Union européenne et les cours constitutionnelles nationales auraient trouvé une certaine voie pour la conciliation de leurs jurisprudences respectives. Ce dépassement de l'opposition résulterait d'un mouvement général, partagé par l'Union européenne et par les états membres, de reconnaissance et de prise en considération sur le plan juridique de particularités spécifiques intrinsèques des États, à la faveur de l'élaboration d'un langage commun relatif à leur identité. En effet, il est possible de constater qu'un rapprochement s'est fait empiriquement autour de deux concepts: le concept européen d'identité nationale et d'un concept national d'identité constitutionnelle.

Selon certains auteurs, le schéma kelsénien de la pyramide serait intact; il serait seulement redéployé au niveau supra national avec le traité sur l'Union européenne comme «charte constitutionnelle» d'où découle en cascade la validité de tout le droit applicable sur le territoire de l'Union. Tout juste aurait-on assisté au passage du monisme avec suprématie du droit national au monisme avec suprématie du droit européen et cela aurait provoqué inévitablement des perturbations politiques, juridiques et jurisprudentielles qui seraient en passe d'être réglées.

Mais selon d'autres auteurs (dont D. Rousseau) l'Europe pourrait «aussi se raconter sous le signe d'une étoile»⁴⁹. C'est le sens du constitutionnalisme contemporain: le Conseil constitutionnel et le traité européen se représentent la construction européenne de la même manière: l'Union se construit et ne peut se construire que dans le respect des identités constitutionnelles «En d'autres termes, l'Union n'est pas une pyramide mais une étoile dont les branches sont les identités constitutionnelles, une étoile qui tire son énergie vitale de ses branches et qui donne à ses branches leur rayonnement et leur luminosité»⁵⁰.

En fait, remise au sein du pluralisme juridique, loin du sens souverainiste de son origine, la notion d'identité constitutionnelle prend un sens européen en s'affirmant comme le mode de construction de l'intégration européenne. Elle permet de repenser les rapports entre les ordres juridiques non plus en termes de conflits, non plus en termes de hiérarchie, mais en termes de respect et de coexistence pacifiée.

⁴⁸ G. Marti, «Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne», art. précité, p. 3.

⁴⁹ D. Rousseau, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne?» art. précité, p. 98.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 99.

«Il nous semble que ce raisonnement est celui qu'il faut retenir, la primauté du droit de l'Union européenne et la suprématie constitutionnelle ne relèvent pas du même champ juridique, la suprématie relève de l'ordre interne, ordre hiérarchisé au sommet duquel se trouve la Constitution, en revanche, la primauté du droit communautaire sur le droit interne, dans les matières réservées à la compétence de l'Union, ne met pas en jeu les concepts de hiérarchie normative ou de validité normative. Ce raisonnement étendu à l'ensemble du droit externe applicable dans l'ordre interne, dans les rapports entre norme constitutionnelle et norme externe, il conviendrait donc de déterminer des priorités d'application, au regard d'un titre, en fonction de la situation de juge interne qui tranche le litige, et d'abandonner le champ lexical hiérarchique et symptomatiquement la notion de primauté concernant la norme constitutionnelle car sa suprématie et sa validité ne sont en aucune manière mises en cause ou affectées par la primauté du droit interne»⁵¹.

Le sacrifice de la souveraineté permet sans doute de sauver les identités...

§ 3. Conclusion

Vouloir assimiler l'Union Européenne à un état-nation ne constitue pas une réponse adéquate à la quête identitaire. Mais vouloir ignorer que le statut d'états membres joue sur l'identité des États européens (prise dans son sens souverainiste) ne peut qu'être une source de graves malentendus. «Des symboles comme le drapeau ou l'hymne européens peuvent évoquer l'existence d'une volonté encore floue de partager un destin commun mais ils ne peuvent – à eux seuls – générer une identité européenne. Chaque pays garde sa propre mythologie enracinée dans le récit des événements graves ou heureux qui ont soudé la nation et une authentique mythologie européenne mettra encore beaucoup de temps à émerger»⁵² ...

Le respect dû à l'identité constitutionnelle des états membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales. S'il en était ainsi, les Constitutions nationales pourraient devenir un instrument permettant aux états membres de s'affranchir du droit de l'Union dans des domaines, déterminés. Bien plus, il pourrait en résulter des discriminations entre états membres en fonction du contenu donné par chacun d'eux à leurs Constitutions nationales. De même que le droit communautaire prend en compte l'identité constitutionnelle des états membres, de même le droit constitutionnel national doit s'adapter aux exigences de l'ordre juridique unionaire. Et si cette adaptation se produit, la guerre des ordres juridiques n'aura peut-être pas lieu...

⁵¹ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, 2013, p. 77.

⁵² J. Keller-Noellet, «De l'identité européenne», art. précité, p. 5.

The Confrontation in the mirror of international documents and the European Court of Human Rights

Associate professor dr. Csaba FENYVESI
Faculty of Law, University of Pécs



The Confrontation in the mirror of international documents and the European Court of Human Rights

Abstract: In the past few years I surveyed under my research the criminal procedure legal institution of justice, the confrontation (*confrontatio*), the international and human rights documents that concern in any forms, and the connected court practice of the European Court of Human Rights special decisions, interpretations, guidances. This study tries to present the confrontation's newest international research results as a procedure as an evidentiary procedure action.

Keywords: criminal procedure, human rights, European Court of Human Rights, confrontation, international research.

§ 1. Universal and international basic treaties, framework decisions

The considerable and be of account list of documents, following the Hungarian proclaim, are the next:

International Covenant on Civil and Political Rights, proclaimed in Hungary by the Law decree 8 in 1976.

The „Behaviour Codex” for the civil servants of the UN Forces accepted by the general assembly of the United Nations, 17 December 1979.

The Law Decree 3 in 1988 of the proclaim of international treaty against cruel, inhuman or humiliating treatment.

The Law Decree 24 in 1988 of the proclaim of ICCPR optional minutes.

Treaty about the child's rights, 20 November 1989 – New York, proclaimed by the Act LXIV in 1991.

European Human Legal Convention about the „defence of human rights and basic liberties”, European Convention on Human Rights in popular title, created on 4th December in 1950, Rome. That Convention and it's eight minuteses proclaimed in Hungary by the XXXI Act in 1993. The LXXVI Act in 1994 about the proclaim of the ninth minutes and the II Act in 1999 are connected to it. Eurpean Convention about the persons of European Court of Human Rights' procedure, proclaimed in Strassbourg on

5th March 1996 and the XLII Act in 1998 about the proclaim of the forteenth minutes about the „Defence of human rights and basic liberties”, connected to the European Court of Human Rights.

European Convention on Extradition, proclaimed by the XVIII. Act in 1994.

The European convention on the prevention of torture and inhuman or humiliating treatment, created on 26 November 1987, in Strassbourg, which established the European Control Commission, proclaimed by the III. Act in 1995.

The XXXVIII. Act in 1996 on the international criminal legal aid.

The UN convention against the transnational organized crime, accepted in 2000.

Convention by the Council about the mutual criminal legal aid among the states of European Union, according to the Article 34 of the Treaty of EU (1st July 2000).

The Europe Council framework decision 2000/383/IB of 29 May 2000 on the enforcement of criminal and other sanctions against the counterfeiting of euro's initiate.

The Europe Council framework decision 2001/220/IB of 15 March 2001 on the legal stand for the injured party in the criminal procedure.

The Europe Council framework decision 2001/500/IB of 26 June 2001 on the money laundering and the identification, search, freeze, distrain and the seize of the used appliances and the income of it.

The Europe Council framework decision 2002/187/IB of 28 February 2002 on the establish of Eurojust for the increased fight against the serious forms of crime.

The Europe Council framework decision of 13 June 2002 on the European warrant for arrest and the passing procedure among the member-states.

The Europe Council framework decision 2002/475/IB of 13 June 2002 on the fight against the terrorism.

The Europe Council framework decision 2002/629/IB of 19 July 2002 on the fight against the human trafficking.

The Europe Council framework decision 2003/80/IB of 27 January 2003 on the criminal law defence of environment.

The Europe Council framework decision 2003/80/IB of 22 July 2003 on the execute of decisions about insure arrangements connected to property and evidence in the European Union.

The Europe Council framework decision of 22 July 2003 on the fight against child pornography and sexual exploitation of children.

The Europe Council directive 2004/68/EC on damage reduce of crime victims.

The Europe Council decision 2004/757/IB of 25 October 2004 on the minimum rules of penalties and elements of crime on the field of prohibited narcotic drug trade-

The Europe Council framework decision 205/222/IB of 24 February 2005 on the attack against information systems.

§ 2. European Union recommendations

Europe Council Ministerial Committee recommendation No. R(80) 11, on the imprisonment before judgement.

Europe Council recommendation No. R(81) 7, on the devices of easier ways of using jurisdiction.

Europe Council Ministerial Committee recommendation No. R(82) 17 on the imprisonment and treatment of dangerous convicts.

Europe Council recommendation No. R(83) 2, on the legal defence of insanes and involuntary treatment in mental institution.

Europe Council recommendation No. R(86) 12, on the other arrangements about reducing and prevention of overtaxing the courts.

Europe Council Ministerial Committee recommendation no. R(87) 18, on the simplification of criminal procedures.

Europe Council recommendation No. R(95) 12, on the control of criminal jurisdiction.

European Union Council recommendation No. R(95/C 327/04) of 23 November 1995 on the protection of witness in the frame of fight against organized international crime.

Europe Council Ministerial Committee recommendation No. R(96) 8, on the policy of criminal law in the changing Europe.

Europe Council Ministerial Committee recommendation No. R(97) 13, on the right for defence and the intimidation of witnesses.

European Union Council recommendation No. R(97/C 10/01) of 20 December 1996 on the people cooperating in jurisdiction on the field of fight against organized crime.

European Union Council recommendation No. R(97/C 251/01) of 28 April 1997 on the action plan for the fight against organized crime.

Europe Council Parliamentary General Assembly recommendation No. 1245/1994, on the custody before judgement.

Europe Council Parliamentary General Assembly No. 690 decision on „statement about the police”.

European Convention on the mutual aid in criminal cases (2 April 1959, Strassbourg).

Additional minutes on the mutual aid in criminal cases (17 March 1978).

European Convention on the valid of international sentences (28 May 1970, Hague).

European Convention on the offer of criminal procedure (15 May 1972, Strassbourg).

European Convention on the liquidation of terrorism (27 January 1977, Strassbourg).

Haguean Program on the advance success of the liberty, safety and law in the European Union (4-5 November 2004, Presidential Conclusions, Brussel).

§ 3. International documents connected to the confrontation

Neither of the documents consist any particular formulations about confrontation, only we can conclude from connection and bond. First of all I stress the importance of the *European Convention on Human Rights* (EJEE in further) cause if anybody feels that the European state, included Hungary, has infringed his rights in the EJEE or it's additional minutes he is allowed to use the legal defence of European Court of Human Rights (ECHR) in Strassbourg within 6 months by using his own name, tax free and without the compulsion of a lawyer after the domestic legal aids.

The Convention protects, among others, the important rights in the view of confrontation, so:

1. the right for fair procedure both in civil and criminal cases (Article 6),
2. the right for efficient legal aid (Article 13),

On the other hand, among others, it is prohibiting the important and possible act in the view of confrontation, so:

3. the torture, the inhuman of humiliating treatment and penalty harmonized with international agreements.

Within the fair procedure the Article 6 of EJEJ stress the importance of the right for fair hearing.

1. Everybody has a right for his case have heard by an independent and impartial court in a fair and public way, being heard within reasonable time and give decision in his civil rights and obligations and in the substantiate of his criminal charge. The judgement has to declare in public way but entering the courtroom can be prohibited for the press and audience in under the whole period of hearing or partly if it is necessary in a democratic society cause the morality, public order or the national security, if the limits are important in the welfare of minors or the defence of the privacy of parties from procedure or if the court feels it necessary cause where the public can be dangerous for the welfare of jurisdiction.

2. Every suspects are innocent until his guilty have been stated by the law.

3. Every suspects have a right at least for

a) information, within the shortest time and on an audible language, about the nature and grounds of his charge;

b) to have the necessary time and devices for the preparations of defence;

c) to have a chance for defence by personally or his chosed lawyer, and if he unable to pay for lawyer, so far as the jurisdiction's welfare need it, he can get a free appointed counsel;

d) to ask or address questions for the witnesses of charge and obtain the summon and hearing witnesses of defence among similar conditions as the witnesses of charge.

e) to have free interpreter if not understand or not speak the language of the trial.

Especially Article 3.d deserves regard in the circle of confrontation cause from the view of accused the witnesses, within on the interrogation of injured party-witness able to have contradiction, opposite statements and incriminating evidence against him. The convention does not call the confrontation as an avaiable device for the accused and jurisdiction. It states to give only the right of query to the accused, but there is no rule of the form, the time or the mode of action.

On the other side the fix of mode cannot be lucky cause the confrontation is an unknown and non-used device among some European states, as I presented it in chapter 3.1, on the other hand in each countries have to decide about the modes of searching for just by domestic features and unwanted in the future to give communal directions as my opinion.

From Article 6 of the convention the following requirements can be draft on confrontation:

- nor this proceedings can cause the unjustified draw of procedure and the unreasonable length of time,

- the confrontation must be conduct in impartial way by the authority,

- the presumption of innoquence have to be previal on the confrontation,

- because the confrontation is a special form of interrogation in consequence of fair procedure, the accused has a right to take part in it, further silencing, to be passive on confrontation,

- accused cannot be forced by any agreement or domestic rules to confess and taking active part in it by opposit mode,
- the prohibition of self-accusation is current on confrontation because the fair procedure
- also on confrontation the unlawful (illegal) evidences are unacceptable,
- also the accused able to initiate the confrontation but non-obligatory for authority to hold it, it can use other modes (like cross-examination on hearing or giving written points),
- on confrontation „the equal of weapons”, worked out by jurisprudence, must be kept into the period of judiciary emphasising that only in the period of judiciary,
- confrontation also the part of public hearing, except the restriction justified by reasons in the convention,
- the right of using the mother tongue and free, suitable interpreter are also necessary on confrontation,
- the accused can use defending counsel creating efficient defence,
- the necessary time and devices for the preparation of defence also need time in confrontation like in the period of confess,

Result from ECHR Article 13, the accused has a right for efficient legal aid also in confrontation, if he feels that the authority and its members infringed his right for life, fair procedure or legal aid during the confrontation. Moreover for torturing, inhuman or humiliating treatment or discriminated among the rights of the convention. (The latest one also can be found in the international European convention on „against the torture and other cruel, inhuman or humiliating penalties or treatments” and in Strasbourg European convention on „prevention of torture and the inhuman or humiliating penalties or treatments”).

Also important, besides the ECHR, Europe Council Ministerial Committee recommendation No. R(97) 13. on the intimidation of witnesses and right for defence.

Prima facie, namely „clear at first sight”, that there are cases when „the witness is in need of defence” with the words of Imre Kertész¹. Also recognized in European relation showed by the recommendation. Special criminal procedure advices been drafted, which are able to action against intimidation, on the other hand they are able to make safe the fragile balance between the defence of public order and the defence of accused rights in a fair procedure.

The recommendation accounted the directions of ECHR and the connected practice of ECHR. Basically making forward the contradictory procedure, where the national court collects and examine the evidences on a public hearing, consider them in the presence of accused. But it does not mean that the witness must do his testify always in the courtroom, cause it is possible that he will be frightened or become under psychological influences. Thus on the efficient of witness-protection behalf advisable the use of video cameras or other technical tools what give the chance of following the events by the attendants, their persons of procedure (authorities and people, within the accused and his defending counsel).

The recommendation also gives the importance of testifies on preliminary or interrogation period (police interrogation), what the court has to accept as evidence,

¹ See: „The witness in need of defence” by Imre Kertész. Hungarian Law, 1993/4, page 193-199.

maybe the confrontation if meanwhile the witness dies, disappears or unexpected events come and make impossible the repeat of testify.

The chance, the legal possibility of confrontation totally fall out it so-called „anonymous” witness actions in procedure. It means that the details of witness will stay fully unknown before the accused (defence) allowed by the court usually the fact of threat.

The anonymous witness allways means a risk-hiding witness since the defence is not able to check the accuracy, authenticity and the truth of testify. Among the risk:

- the anonymous witness cannot be authentic cause subjective reasons connected to the past for example because of such circumstances (e.g. insane), what cannot be reveal if the identify of witness is unknown,

- the anonymous witness can be a tool in a conspiracy or complicity against the accused.

It is needed an impartial mechanism practised by jurisdiction to remove these doubts, this mechanism used for replace and enforce the accused's welfare by an effective and well-meant way. Be guard continously:

- must over the balance between the right of getting information for defence and the hide of witness's identify details,

- hiding of witness must be grant by the court and initiated by the prosecutor,

- investigation of the witness's past and controlling his validity must be done by an impartial judge or prosecutor,

- give the chance for the defence to ask questions about the witness's past, prejudice and essentials of the case at least in writting.

It is in sight from the last recommendation that it does not order or advice any compulsion of confrontation or right for direct question by accused exactly in the protection of witnesses mostly the most important witnesses.

If the hide of witness not allowed but he needed it the recommendation will not advice the confront wiht witness in that case, too. Instead of it it supports to make more difficult the identify of witness by the defence in a way of hiding the face of witness, distort the voice of him or use audiovisual record or broadcast. (Similar idea can be found in the European Union Council recommendation 95/C No. 327/04 what lay in the circle of organized crime that the identify of witnesses and it recommended the relatives can be charged cause hight threaten).

The Convention on the Rights of Child, created in New York 20 November in 1989 and proclaimed in Hungary by the Act LXIV in 1991, touch with many articles the minor's criminal procedure. From Articles 37-40, which consist the prohibition of torture, cruel, humiliating treatments and unlawful and high-handed deprivation of liberty and other many important rights, I want to emphasize Article 40, which says:

„1. The states share in the Convention admit the child's, charged, suspected or guiltped by crime, right for treatment what advances the personality's impracment of sense for it's dignity and value, strengthen the respect for others human rights and basic liberty and which account his age and the necessary of fit in society and take useful part in it.

2. From that aim and account the international documents' orders, the member states of this convention particularly take care of:

a) do not suspect, charge or find guilty in crime the child with act or default which was not mean crime nor by domestic and international law.

b) the child who been charged by crime at least has a right for the following guarantees:

(i) find him innocent until his guilty been found by law,

(ii) to be informed by direct of his parents, representative in care about the charges and share in legal aid for prevention in his defence, preparations of it and for other suitable help.

(iii) judge his case without delay by free, independent and impartial authority of court on a way of just procedure in the presence of his lawyer, other counsellors or his parents except that last if it is opposit with the welfare of child, which stands over everything, particularly cause his age or social standing.

(iv) do not force him to be witness or confess his guilty, ask or arrange questions of witnesses standing against him and witnesses standing with him and heard them by similar conditions.

(v) if he been found guilty in crime ot have chance for legal aid by free, independent and impartial authority or court against this decision or other arrangement.

(vi) to have free interpreter if he do not speak or understand the spoken language on the hearing.

(vii) his private life has been respected in every period of procedure.

3. Member states of the convention will on with their all power to accept special acts and procedures, establishment of authorities and institutes for the minor suspected, charged or be found guilty with crime, especially:

a) accept a limit of age where the child cannot be charged;

b) possible and wanted cases make arrangements to handle the child's care without judiciary procedure and reservation of keeping totally the human rights and lawful guarantees.

4. Many arrangements needed to make it safe, especially with taking care, control and supervision, consultation, release on parole, family placing, general and professional educational programs and non-institutional solutions connected to these needed ot make arrangements to have suitable welfare, social standing and treatment measured to the committed crime.

In Point 2/B/iv the following known requirement drafted at adult (general) accusedes: the right for interrogate the witnesses but it does not include the compulsion, need or creat of confrontation. (The terminus is not in the convention). The official translated and published, proclaimed „to do manage” causative verb shows much rather that the interrogation through much rather the official defending counsel or maybe legal representative, executed by then under the needed special (act-form and spirit) procedure.

I studied the prove and procedure rules regulating the operational estate of international courts (standing and ad hoc tribunals) by international documents. The Haguean standing International Criminal Court (ICC), the ad hoc International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY – to punish acts seriously violate the international humanitarian law in the territory of former Yugoslavia), and the International Criminal Tribunal for the Rwanda (ICTR – to punish people in charge of violating the humanitarian law, genocide and other serious infringements in Rwanda and to punish Rwandanian

people in charge of genocide and other serious infringements in the neighbour states) organization and operation rules' sources are the statutums (fundamental rules)², but the procedure rules consisted in other codex, named Rules of Procedure and Evidence (RPE).

Neither investigation procedure consist the right for confrontation or the possibility of it for the court in procedure. The accused has the same classical „legal package”, detailed in the EJEE's fair procedure. This includes ther ingerrogation and motion competences, the witnesses and their said's reliability and authenticity and investigation of them. On the other hand these are allowed by considering the defence of injured party and witnesses.

I want to remark here that the confrontation also was not known on the Tribunal of Nurenberg, established after World War II, which was the historical preliminary of international criminal courts. The interrogation of witnesses and accusedes executed by cross-questions as a hard American and English influences, which gave serious problems for the German defending counsels, who used to the continental comprehension³.

I states with the international documents, notified in the previous list, about the international criminal cooperation that all of them supports the omission of confrontation (the direct confrontation between witnesses and accused or injured party) in the maximum defence of witnesses.

After all of these we can say that in spite of that the confrontation is a living and used mode in the searching of justice in the most of European continental countries, but cannot find in international within European conventions and statutums, procedure recommendations and directives.

As soon as the Anglo-Saxon influence prevails, included the Anglo-Saxon samples followed countries, first of all the USA and Great Britain's law, jurisprudence, jurist requirement system and mentality the confrontation is not exist moves in it's place the cross-question, oath etc., so other mode of searching justice moved into international (European) level and at last the omission of confrontation as a mode of collecting evidences. Besides the Anglo-Saxon influences the omission procedure of confrontation helped by in our days too, an international level of the defence of witnesses and injured parties in serious crimes and sometimes the accusant partners and penitent pentinos, too. I think we can account on this influence for a long time.

§ 4. Confrontation in the mirror of European Court of Human Rights decisions

The confrontation exists in the praxis of ECHR in spite of that the EJEE does not consist terms with it, but it can issue in each European states' legal practice adn sometimes it can exist and give grounds for infringemnets in domestic and other European countries' legal practices.

² Fundamental rule of standing International Criminal Court, called as Treaty of Rome of 18 July 1998, came into force on 1st July 2002, confirmed Hungary's signer status by Parliament Decision 72/2001 (XI. 7).

³ See: International and European Criminal Law by Péter M. Nyitrai. Osiris, Budapest, 2006, pages 58-62 and referred by him to The Nürenberg Suit and the International Criminal Law by I. Szabó. Officina Publisher's, Budapest, page 12, 1946).

Usually the requirements of fair procedure connects to the confrontation, the infringements usually exist in it⁴. Within the rules of interrogation the witnesses are really important. The EJEE, it does not name it, but draft the equal of arms in the terms of interrogation witnesses and the interrogation of experts. In the explain of Article 6 Point 3/d makes safe the following suitable and real chances for the accused:

- the interrogation of accusing-witnesses,
- summon of accusing-witnesses,
- Interrogation of saving-witnesses among as similar conditions as accusing-witnesses.

But the rights of accused about the interrogation of witnesses are non-absolute rights, in justified cases the restriction of it is acceptable. For example the witnesses and accusedes life and safe are protected by the Articles 2 and 8 of EJEE, so the fair procedure desires the balance of welfares.

In the legal practice of ECHR in contradictory proceeding the evidences needed to collect and examine on hearing. It does not mean that the witness allways has to do his confess in the courtroom, cause he can suffer psychological influences or unjustified pressure by the accused on the confrontation. In the name of efficient defence of witnesses participants can follow the procedure by video or other technical equipments. The general requirement is that the accused need chance, in one of procedure parts, to argue the witnesses' testifies, in that case the balance among the defence, the rights of witness and the state's jurisdiction task are safed.

The ECHR says it is acceptable that criminal court will not interrogate all witnesses suggested by the defence, but it is indispensable ot do it with people who know relevant facts in the name of justice. (For example: *Gergely vs Hungary*, admissible decision of 15 May 1996). It is acceptable to read the testifies from investigation period on the hearing period if the defence had a chance in one period of procedure to interrogate the witnesses, maybe on confrontation, and to check the witnesses' answers' authenticity and reliability. (For example: *P.S. vs Germany*, decision of 20 December 2001; *Destrehem vs France*, decision of 18 May 2004; *Tánczos vs Hungary*, admissible decision of 26 April 2005).

The Court said in *P.S. vs Germany* case that the German authorities infringed the Convention's Article 6 Point 1 (the right for fair procedure) with the fact that the accused, charged by rape, by only the injured party's mother's and policeman's testifies, who interrogated the injured party, in spite of the injured child was not interrepted cause to protect her moral progress so the accused could not ask questions for her to defend himself. (As appropriate confrontation was not held, too).

The anonymous witness's exist is a special case which have to be limited in a few cases, says ECHR and in this few cases the defence must has interrogate the witnesses in a way and to check the witness's authenticity, sot test it. But it is prohibited to sentence someone by only this type of witnesses. (See for example: *Kotovski vs The Netherlands*, decision of 20 November 1989; *Windisch vs Austria*, decision of 23 April 1997; *Lüdi vs Switzerland*, decision of 15 June 1992; *Saidi vs France*, decision of 20 September 1993; *Doorsen vs The Netherlands*, decision of 26 March 1996).

⁴ The 90 per cent of Hungarian complaints arrives to the ECHR cause the draw of procedure, offending the „fair” Article 6, See: Judicial ethics and the fair procedure by Ferenc Kondorosi – György Uttó – Antal Visegrády, Hungarian Official Journal Publisher's, Budapest, 2007, p. 77-109.

In *Lüdi vs Switzerland* infringement case the accused, charged by drug trade, has not got any chances to contest the mole's investigation testify. For the court did not intercept the witness, who's name was unknown for the accused, and did not try to absolve the opposite between the defence and prosecution. In his request argued that his right for fair procedure had been denied by do not confront with the agent-witness who was known for him in physical way (not the real identify) cause he met him five times. In similar special cases cannot leave out of consideration that the police authority wants to protect the real identify of it's agent in drug cases and to cooperate further.

Similar arguments were said in *Saidi vs France* case where the accused, charged by drug crime, did not have any chances either under investigation or hearing periods to ask questions for witnesses whose testifies absolutely used for charge him.

We can similar arguments in *Delta vs France* case, too. The accused had been charged by only the injured party's and his girlfriend's testifies from investigation period. These witnesses had been summoned by the court but they did not come and the court did not use any force actions against them and gave sentence without their presence. Moreover their interrogation was not done in the legal aid period, too.

It does not infringe the right for fair procedure if no so relevant witnesses be interrogated only under the investigation and give the minutes as a material of suit in the cas of it, if the defence also do not ask the summon of them. (See about it in: *Brandstetter vs Austria*, decision of 28 August 1991).

In the marked Doorson case the court also did not stated the infringe of Article 6 Point 3/d cause, it said, the problems what suffered by the defence included the accused were suitable solved.

The court of first instance took in consideration in the case the two testifies of anonymous witnesses by the examining judge and in the presence of defending counsel and an other named witness's testify form the police interrogation period which was repealed on the public hearing. At last an also named witness's testify had been took in consideration who also did it in the previous investigation and so cannot been interrogated by the defence.

The applicant contested the first decision. Under the appeal the defence could interrogate the two witnesses, but confrontation did not been held cause the witnesses further asked to keep in secret their identifies which was strengthen by the examining judge.

The Court of Appeal found guilty the applicant. After it the Court of Cassation refused his request of states void invalidate and after that the ECHR did not state the infringe of the convention, too.

The court explained itself that the defending counsel had chance to interrogate the witnesses. Besides it the witnesses identified the accused with pictures which used were used for identify the accused himself and accepted by him and the witnesses also gave descriptions about his clothing and physique. The court also gave importance for that the Court of Appeal of Amsterdam based or no based the guilty on only and conclusively the anonymous witnesses' testifies.

By the interrogations of witnesses the ECHR also said that the fair and equal in arms procedure requiers the ability of following the procedure either by the accused adn defending counsel (also the court and the sworms, in physical way, too) and to answer

the questions and give motions without suffer exaggerated exhaustion. Cause in this, infringement case the jury hearing took 2 days which finished at 4:00 am and all of the motions of adjournment by the defence had been refused by the court. (See: *Makhfi vs France*, decision of 19 October 2004).

It is a requirement of defending counsel, also rated in confrontation, that the provide of defence for needy is a duty of the state. Moreover not only the provide of official defending counsel needed but it has to be efficient (really skilled) under the whole period of procedure. (See about it in: *Artico vs Italy*, decision of 13 May 1980; *Pakelli vs Germany*, decision of 25 April 1983; *Gaddi vs Italy*, decision of 9 April 1984; *Daud vs Portugal*, decision of 21 April 1998; *T. and V. vs United Kingdom*, decision of 16 December 1999; *R.D. vs Poland*, decision of 18 December 2001)

The Court separate emphasized in Daud case that the requirement of efficient defence (which includes the presence, case knowledge, practice of licences forwarding cases, complainment right etc.) stands not only in the hearing period but in the preparatory (investigation) period, too.

Under the confrontation the accused also has the right for using his mother tongue and have a free interpreter if he in charge or been charged. (See: *Luedicke, Balkacem and Koc vs Germany*, decision of 28 November 1978). On the other hand the gurantee of interpreting by the state is not enough, it has to be „suitable” standard which does not mean that it is a minutes details. A general gurantee of interpreting by the state which also includes the abstences for a well defence more enough. (See: *Kaminski vs Austria*, decision of 19 December 1989).

The Article 13 of EJEJ on legal aid also connects to the confrontation. Exactly a Hungarian case connects to it, named *Balogh vs Hungary*, decision of 20 July 2004, which said, besides many insulting and non-insulting, that Article 13 did not happen in the applicant's case.

The applicant found injurious among others that he did not have suitable legal aid in this dishonest criminal procedure full with abuses and discrimination, too. The court examined that the needed solid and efficient national inquiry had happened or not because the complaint of applicant. (Article 13 also requires the complainant to take efficient part in the investigation by his complaint). In the relevant case the authorities were ready to investigate seriously the statements of complianant and did not refuse them immediately, by the satement of court. Inquiry did by three attorney level and the prosecutor's office started again (twice times) the procedure by the request of the National and Ethnic Minority Bureau. Under the investigation the applicant had been interrogated about what happened in the police department. The suspected policemen also had been interrogated by confrontation in the presence of the applicant, too. The policemen on duty and the partners of applicant also had been interrogated as witnesses. Medical expert also had been appointed to determine the nature and possible reasons of the injuries of applicant and the medical examination of National and Ethnic Minority Bureau also had been considered. The criminal procedure had been closed cause there were not enough evidence that the ear wounds had been caused by the suspected policemen. But the efficient of legal aid does not depend on the certainty of the favor result for applicant, in the view of Article 13.

The court said that the investigation by the request of applicant was substantiated and eligible to punish and identify the representatives of the state who are responsible

by the gathered evidences. After all of this the court weighed that the applicant had efficient legal aid.

I want remark here that the fair of procedure must be guaranteed under all judicial level by the court's general norm system, on the other side infringements on lower level can be remedy in the later periods of procedure so the honesty can be examined under the entire procedure. The weigh of evidences is the exclusive competence of the national courts, but the ECHR can overrule by the honesty in flagrant high-handed weighs.

Examining the ECHR within the past ten years cases of confrontation we can say that the court acted in this decade by the spirit of what written above.

I have found 27 cases, where the „confrontatio” (as expression especially not examined by state) can be found but I only chosed the following five which were worthy for examination and were relevant.

Hülki Günes vs Turkey (decision of 19 September 2003) case the court found the infringement of fair procedure cause the accused, charged for treason, could not meet the three witnesses under the entire procedure who identified him by 5 photos. His request for personal identify procedure had been rejected, he could not able to ask questions for witnesses, or confrontate them cause road-safety grounds the court did not summon the policemen witnesses in spite of the numbered request of defence. So he could not ask questions by his defending counsel, could not able to check the identify, trustworthy of witnesses or notice their behaviour in neither of periods of the procedure. His counsel also was not on the photograph present for identification os their signatures were not in the minutes of it.

The court did not find infringement in the part of *Belevitskiy vs Russia* decision of 1st March 2007, which been established on the applicant's objections that he had not got fair procedure under the investigations of witnesses. The rejection argument said that the accused, suspect later been charged for abuse of drugs, was already confronted to the witness, who testified against him, also on the trial in the first instance. There he and his counsel were able to ask the witnesses and examine the authenticity. (Here the court looked back on it's *Isgró vs Russia*, decision of 19 February 1991). On the repeated procedure the witness was not on it personally but the previous investigation and trial minutes stated by the new adjudication court, made them material proof and those were in harmony with other witnesses' testifies and other physical evidences, which referred to the guilty of the accused.

The court condemned in *Bak vs Poland* decision of 16 January 2007 cause the unreasonable length of procedure (but not for the previous long one). The applicant has been charged for two counts of armed robbery, which were organized, said the Polish government, so inspite of it solid trial and investigation were needed. For example they examined 300 evidences, interrogated 130 witnesses and confronted the accused in many times. But all of this did not give fund of this 7-year-long procedure (Applicant had been arrested on 28 September 1999 and the case was still on regional court level on 28 March 2006).

The court in it's 130 long argument found the serious infringement of Articles 3, 5 and 8 of the convention and found a significant compensation for the injured parties in *Elei and others vs Turkey*, decision of 24 March 2004. Here the applicants were Turkish

lawyers, had been arrested in December 1993 for violation of Criminal Code. Actually they were arrested for representing clients before the State Security Court and take part in human rights work. They said, as their complaint, they were tortured and had cruel treated under their detention.

The most of the lawyers confronted to a witness who gave a false but testify against them. He said about all of them that they were in contact with the Kurd Labour Party which is a terrorist organization. Some of their partners were not confronted but everybody charged by the confronted witness's false testify. After the confrontations and accuses applicants were forced to sign the minutes by detention. These contents could not be known by the applicants cause their eyes were covered under the whole detention.

It is sad in *Irfan Bilgin vs Turkey* decision of 17 October 2001 that in a complicated, ramifying and full with contradictions case like it was not been done a deep investigation and judicial inquiry by national authorities, moreover though nothing of their duties, said the Court of Strassbourg. By that they violated Article 2 (guarantee the right for life), Article 5 (right for liberty) and Article 13 (the right for suitable, efficient legal aid) of the convention. The substance of the case is that Ankara Security Directorate apprehended the applicant's brother. Later the applicant enquired for his brother but came to a dead end with either of authorities. All of the authorities said that his brother is not among the arrested ones. After it he hired a lawyer who made contact with the Human Right Council of Turkish National Assembly and reported what happened.

The applicant enquired further for his brother, turned to the chief prosecutor of Ankara, too. After it he collected 10 prisoners' written testifies what said that his brother was within the prisoners. But the testifies of prisoners were inconsistent with the statements of policemen and prison guards cause they denied that Kenan Bilgin, brother of the applicant, was in arrestment. At that time Selahattin Kemaloğlu was a prosecutor in Ankara did not start the investigation in Kenan Bilgin's case but Özden Tömük did it. When he got the case from the Ankara Security Directorate he asked for information about Kenan Bilgin's arrest. The Directorate said that they never arrested him. After it he listened to the witnesses and made sure that there is something wrong and as a prosecutor he must search for Kenan Bilgin or other similar disappearances. He applied for the chief prosecutor to join the cases but his application had been returned. He filed for action against the Security Directorate's leader cause he denied to cooperate with the authorities, but it was also unsuccessful. Many times he motioned to confront the affected policemen with the witnesses, but it was no happened cause nobody answered to his pleadings.

Anyway the confrontation or interrogation of the affected policemen must had to be done what could be by the prosecutor, the competent authorities never gave him the list of policemen.

At last I remark that because of the unjustified draw of pre-trial detentions there were many cases where under the term of investigation, except *Sulaoja* case, was confrontation but neither of the cases said the confrontation was responsible for the unjustified draw of detention. (See: *Conrada vs Italy*, decision of 24 August 1998; *Dikme vs Turkey*, decision of 11 July 2000; *Cesky vs Czeh Republic*, decision of 4 October 2000; 1, decision of 20 January 2004; *Belcher vs Bulgaria*, decision of 8 July 2004; *Vachev vs Bulgaria*, decision of 8 October 2004; *Sulaoja vs Estonia*, decision of 15 May 2005; *Mitev vs Bulgaria*,

decision of 22 March 2005; *Iovchev vs Bulgaria*, decision of 2 May 2006; *Celejenski vs Poland*, decision of 4 May 2006).

§ 5. Further discountable conclusions by the ECHR's decisions connected to confrontation

As is referred as stated above the confrontation in the convention is not be named in spite of that it can be found in the practice of ECHR, sometimes it needed and possible to deal with it cause the most of continental countries includes and us it in their domestic legal system.

It is well perceptible that the confrontation can be connected to the interrogations by the meaning of Strassbourg, cause in reality it is a special form of interrogation as might as in the cases of witnesses or accused. The court says the confrontation is a form of interrogation, a procedure act which able to help and fulfil the right within the accused (human right) legal package ordered in the Convention. Especially the right of accused that he can secure the authenticity of testifies or personality (behaviour) of witnesses against him or maybe other accusedes as personally with questions, deservations or simply surveillance.

The court says that the confrontation is a form which able, also in the period of investigation and trial, to exhaust the requirement that the defence (counsel, accused) to controll the person who makes testimony against them, or we can use the mean of confront, at least in one period of the procedure.

Just the default of confrontation, if besides it was possible to ask questions from incriminating persons by the defence, does not give fund for violate the fair procedure within the Convention.

We also say that the absence of confrontation for itself cannot be illegal, cause it is possible that it was not legal to sit two persons in front of each other cause rational reasons, within witness protection reason (e.g. case of anonymous).

Just only the great number of confrontations does not gave enough arguments in the practice for funding the unreasonable term of procedure, as regards it could be a justify circumstance for the delaying tactic behaviour of domestic authorities.

Some cases show that under confrontation sometimes possible not only the violation of fair procedure, legal aid, principles of the defence, but also the use of inhuman, humiliating treatment where the court must be so strict against them and emphasize the following noble idea, that not only the remedy of violation is the duty of the state, but also the prevention of it. Nor the act and the legal practice can contain „integrated” infringements what always scream for legal aid in all European states.

§ 6. Summon of the study

We can see that the confrontation is a very important part of criminal procedure. International and European Union decisions, conventions makes rulese for it. It is said, that in the 21st Century we can find to much negative cases, where the law, the fair procedure, the equal of arms, right for innocence suffer violation. Of course some of this special cases are from countries, where we cannot find a real legal state (e.g. Turkey,

where the real power is in the hands of the army), but we also can find similar cases in European countries. As I remarked, in Nürenberg the German defending counsels could not be efficient, cause the Anglo-Saxon type of cross-examination. The most of the accusedes did terrible, inhuman and cruel crimes against the human race, but everybody has a right for innocence until an impartial, independent court find him guilty. So I can remark the *Hülki Günes vs Turkey* (decision of 19 September 2003); *Belevitsky vs Russia* (decision of 1 March 2007); *Elci and others vs Turkey* (decision of 24 March 2004); and *Irfan Bilgin vs Turkey* (decision of 17 October 2001) etc.

It is a good fact, that there are many international conventions, like International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights, they are not only empty platitude, not just symbols of the legal state and independent judgement, but a living creatures what make the balance between the prosecution and defence. That balance is not a modern idea, but it can be found in the ancient Egyptian mythologic, when the spirit of the dead stands before the court of gods in the Hall of Justice, where the gods (Anubis, Thot and Osiris) give the fair procedure for him. So the fair procedure, equal of arms and other elements of a modern legal system are immortal.

L'intérêt de l'enfant à naître grâce à la procréation médicalement assistée en droit Camerounais

Dr. Ibrahim NDAM

*Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques
et Politiques, Université de Yaoundé II*



The interest of the unborn child through assisted medical reproduction in Cameroonian law

Abstract: Medically assisted procreation is a reality in Cameroon. Of medically assisted reproduction centers exist, particularly in the two largest cities in this country (Yaoundé and Douala). They are responsible for the birth of several children while artificial that no text specifically regulates the reproductive Cameroon. So, the question arises of how the interests of the unborn child of assisted reproduction are protected under Cameroonian law. Although Cameroon is lagging, like most states in the world that has not yet specifically regulated assisted reproduction, the interests of the unborn child techniques that procreation is indirectly protected by the law Cameroonian positive. This protection assuming adaptations of Cameroonian law currently in force in the new problems posed by the practice of assisted reproduction, it is inadequate and insufficient. Therefore, the interests of the unborn child are not being inappropriately and inadequately protected by the Cameroonian positive law. Assisted medical procreation is a reality in Cameroon. Centers for assisted medical procreation do exist, especially in the two very big cities of this country (Yaoundé and Douala). Many children are able to birth as a consequence of this medical artificial procreation, altho there is no special text regulating this act in Cameroon. Suddenly, the issue is posed in order to understand how the interests of children born through assisted medical thesis process of procreation are protected by the Cameroonian law. It is true that Cameroon lags behind, just like many other states of the world have-nots that yet particularly instituted regulatory mechanism or special rules in relation to assisted medical procreation, nevertheless, the interest of a child delivered using technical thesis is implicitly protected being not only through international Conventions ratified by this country, as well as view some provisions of domestic or national law and ontological texts. Cameroonian law in strength most adapted this protection in relation to the new problems Posed by the new practices of assisted medical procreation. Consequently, the interest of children born through this means clustering is not sufficiently and adequately protected by the positive law of Cameroon.

Keywords: the interest of children born, assisted medical reproduction, Cameroon.

§ 1. Introduction

«L'homme, pendant des millénaires, est resté ce qu'il était pour Aristote: un animal vivant, et de plus capable d'une existence politique; l'homme moderne est un animal dans la politique duquel sa vie d'être vivant est en question»¹.

Il semble curieux, très surprenant d'évoquer l'intérêt de l'enfant à naître grâce à la procréation médicalement assistée (PMA) en droit camerounais. La curiosité et la surprise se justifient par le fait que les textes juridiques nationaux et internationaux applicables au Cameroun, saisissent l'enfant dans son état passager de mineur, et le définissent comme un individu qui s'achemine vers l'âge adulte. D'une part, les textes juridiques internationaux applicables au Cameroun entendent par enfant *«tout être humain âgé de moins de dix-huit ans»²*. D'autre part, l'enfant est défini, selon les cas, en droit interne camerounais comme tout être humain qui n'a pas encore atteint l'âge de 14, 18, 20 ou 21 ans³.

L'enfant est donc juridiquement explicitement un adulte en devenir. Cela se comprend aisément: le mot *«enfant»* vient étymologiquement du latin *«infans»*, un individu de bas âge qui ne parle pas⁴.

Malgré tout, il est admis de nos jours d'avoir une acception plus large de la notion de l'enfant qui intègre non seulement l'enfant déjà né, mais l'enfant à naître, c'est-à-dire celui-là qui est simplement conçu, que cette conception soit faite naturellement à la suite d'un rapport sexuel ou artificiellement à travers les mécanismes de la procréation médicalement assistée. Cette approche large s'inspire des textes juridiques nationaux et internationaux ainsi que de certaines décisions jurisprudentielles. La Déclaration des droits de l'enfant reprise par la Convention internationale des droits de l'enfant, sans pourtant étendre son champ d'application aux enfants à naître à l'instar de ceux artificiellement conçus, les évoque insidieusement en ces termes *«l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance»*. L'approche extensive de la notion de l'enfant puise aussi sa source dans la maxime *«infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur»*, qui signifie que l'enfant conçu est considéré comme une personne chaque fois qu'il y va de son intérêt.

L'enfant n'est donc plus seulement celui qui est déjà né et n'a pas encore atteint l'adolescence, mais aussi celui simplement conçu. Dans ce dernier cas, l'enfant à naître dont l'intérêt est évoqué dans cet effort est précisément celui issu de la procréation médicalement assistée et qui n'est pas encore né, qu'il soit un embryon *in utero*, *in vitro* ou un produit d'un clonage humain reproductif.

¹ M. Foucault, *Histoire de la sexualité, t. 1 : La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 188.

² Cf. les articles 1^{er} de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) encore appelée Convention des Nations-Unies du 20 nov. 1989 et 2 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (CADBE) adoptée en juillet 1990 à Addis-Abeba en Ethiopie.

³ V. respectivement les articles 86 de la Loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant Code du travail, 80 du Code pénal, 2 al. 3 de la Constitutionnelle du 18 janvier 1996, 488 du Code civil de 1804 applicable au Cameroun.

⁴ Du latin *Infans*, ou *infantis*, ce mot est formé de: *in*-préfixe négatif et du participe présent de *fari* *«parler»*. L'enfant est donc celui qui ne parle pas.

La procréation médicalement assistée renvoie à un ensemble de trois techniques d'assistance médicale à la procréation destinées, soit à palier l'absence d'enfant due à l'infertilité d'un couple, soit à éviter la transmission à l'enfant d'une maladie grave et incurable⁵. La première technique consiste à inséminer artificiellement la femme en lui apportant mécaniquement la semence masculine. C'est ce qu'on appelle l'insémination artificielle (IA)⁶. La femme peut être ainsi inséminée soit avec le sperme de son mari (insémination avec conjoint, IAC), ou avec celui d'un donneur anonyme (insémination avec donneur ou IAD). La seconde consiste à capter un ovule par coelioscopie, à le féconder en éprouvette, c'est-à-dire à l'extérieur de l'organisme de la femme, par des spermatozoïdes centrifugés, lavés et recapités, et à réimplanter le zygote dans l'utérus d'une femme. C'est la fécondation *in vitro* (FIV)⁷. Après fécondation, le zygote peut être réimplanté dans l'utérus de la mère dont l'ovocyte est utilisé ou dans celui d'une mère simplement porteuse. La troisième est une technique hybride qui combine les deux premières. Il s'agit de «*gamète intra fellopian transfert*» ou GIFT. Elle s'apparente, d'une part, à la FIV parce qu'elle consiste à prélever l'ovule et le sperme avant de les déposer dans la trompe. La technique est, d'autre part, proche de l'insémination artificielle car c'est à l'intérieur du sein maternel que la fécondation aura lieu comme s'il avait été question d'une IAC ou d'une IAD.

La procréation médicalement assistée est revendiquée de nos jours, soit par un couple d'hétérosexuels dont le caractère pathologique de l'infertilité est médicalement diagnostiqué, soit par un couple d'homosexuels, de lesbiennes, de transsexuels dont l'impossibilité de la procréer est due à l'identité de sexe, soit par un célibataire qui ne peut procréer parce qu'il n'est pas humainement possible d'avoir un enfant en dehors de toute rencontre entre les gamètes males et femelles, soit par une veuve après le décès de son mari.

La procréation médicalement assistée est une réalité au Cameroun. Le 13 octobre 2011, le Président de la République a pris le décret n° 2011/336 portant création, organisation et fonctionnement du Centre Hospitalier de Recherche et d'Application en Chirurgie Endoscopique et Reproduction Humaine (CHRACERH). Etablissement public de type

⁵ Si la PMA reste un acte médical du fait de l'intervention du médecin, elle n'est pas, à proprement parler, un acte de soin pour une double raison. D'une part, elle n'a pas pour but de soigner l'infertilité d'un des membres du couple mais de palier l'absence d'enfant. D'autre part, elle ne tend pas, en principe, à soigner l'embryon atteint d'une maladie grave, mais à éviter la transmission d'une telle maladie à l'enfant en ne transférant dans l'utérus que des embryons non porteurs de cette maladie. Quand l'un des parents ou les deux sont porteurs hétérozygotes d'une anomalie génique grave connue, le diagnostic préimplantatoire permet d'éliminer les embryons porteurs d'anomalie. «Mais à partir de techniques empruntées à la transgénése et au clonage, il devient possible d'envisager de guérir l'embryon atteint au lieu de l'éliminer.» Cf. Ch. Thibault, «La nécessité de l'expérimentation sur l'embryon humain et de son contrôle», in B. Feuillet-le Mintier (sous dir.), *Les lois «bioéthiques» à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, Actes du colloques pluridisciplinaire, 12 et 13 nov. 1998, Rennes, PUF, 1^e éd., 1999, p. 238.

⁶ La première IA a été réalisée en Ecosse à la fin du XVIII^{ème} siècle. Pratiquée initialement à partir de sperme frais, l'IA se fait actuellement essentiellement à partir du sperme conservé par congélation à -196 degré.

⁷ La première naissance à partir de la FIV a eu lieu en 1978 en Grande-Bretagne et l'enfant porte le nom de Louise Brown. Au début du XIX^{ème} siècle, la France a réalisé les premières inséminations artificielles intraconjugales et a fait son premier bébé *in vitro* nommée Amandine en 1982.

particulier doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, le CHRACERH est, de façon générale, une structure de recherche, d'enseignement et de soins à vocation nationale et internationale. Il est particulièrement notamment chargé de mener des activités de recherche en matière d'endoscopie et de reproduction humaine et de dispenser des soins de santé de haut niveau dans plusieurs domaines, entre autres, l'assistance médicale à la procréation à travers la fécondation *in vitro*, l'injection intra cytoplasme du spermatozoïde, et toute autre technique équivalente. Avant cette institution publique, il existaient déjà tant à Yaoundé qu'à Douala des centres de procréation médicalement assistée. Dans le premier cas, l'on peut relever le Centre International de Recherche et d'Application en Chirurgie Endoscopique et Reproduction Humaine (CRACERH) de la Fondation Chantal Biya, créé en 1998 sous l'impulsion de la première Dame. Dans le second cas, il y a lieu de faire mention de la Clinique de l'aéroport du Docteur Guy Sandjong ou encore de la Clinique de l'Odysée du Docteur Ernestine Gwet Bell. Globalement, ces centres hospitaliers sont à l'origine de la naissance de plusieurs enfants artificiels.

La procréation médicalement assistée pose des problèmes généraux d'ordre éthique et juridique. Plus distinctement, certaines de ses techniques ne sont pas de nature à protéger l'intérêt de l'enfant à naître. Mais avant de démontrer cette défaillance, il importe de définir la notion d'intérêt de l'enfant.

En l'absence d'une définition légale, la notion d'intérêt de l'enfant a fait l'objet des critiques les plus véhémentes⁸. Certains auteurs pensent qu'elle est l'«*habillage d'un vide*»⁹, «*le vase que l'on remplit à sa guise*» ou une «*boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver*»¹⁰. Pour le Doyen Carbonnier, l'intérêt de l'enfant est tout simplement la «*notion clef*»¹¹ qui «*fait figure de formule magique*»¹². D'autres auteurs, estiment que l'intérêt de l'enfant est un «*Principe général de droit*»¹³, une «*notion clef... (qui) ouvre sur un terrain vague*»¹⁴, une «*notion protéiforme (...), fonctionnelle et opératoire, tantôt instituant, tantôt rebelle (ou) subversive*»¹⁵. D'autres encore soulignent qu'il s'agit d'une «*notion fluide*»¹⁶, «*passé-partout*»¹⁷ et «*attrape-tout*»¹⁸, qui semble «*presque mythique*»¹⁹.

⁸ Cf. par exemple J. Rubellin-Devichi, «Critique de l'idéologie de l'intérêt de l'enfant», in *Le divorce*, Université des femmes, Bruxelles, 1992, p. 143.

⁹ P. Grelley, «Intérêt de l'enfant: le clair-obscur», *Informations sociales* 2006/5, n° 133, pp. 53-54.

¹⁰ F. Dekeuwer-Defossez, «Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *RTD civ.* avril-juin 1995, p. 249.

¹¹ J. Carbonnier, *Droit civil, La famille*, t. 2, 16^e éd., PUF, 1993, n° 182, p. 287.

¹² Note sous CA. Paris, 30 avril 1959, D. 1960, p. 673.

¹⁴ H. Parcheminal, «Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant (Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales)», *RDS soc.* 1994, pp. 201 et s., sp. p. 203.

¹⁵ F. Ost, *Droit et intérêt, entre droit et non-droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, vol. 2, Bruxelles, 1990, sp. p. 185.

¹⁶ M. Donnier, «L'intérêt de l'enfant», D. 1959, chr. XXVI, p. 179 et s., sp. p. 180.

¹⁷ P. Jenard, «Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration», *RBDI* 1988, pp. 35 et s.

¹⁸ J. Hauser, «Des petits hommes ou des petits d'hommes?», in J. Rubellin-Devichi et R. Franck (sous dir.), *L'enfant et les conventions internationales*, PU Lyon, 1996, pp. 471 et s., sp. p. 481.

¹⁹ J. Rubellin-Devichi, «Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises», *JCP* 1994, éd. G., I, 3739, sp. n°1.

La notion d'intérêt de l'enfant qui est en réalité une notion-cadre, un concept mou, peut être comprise malgré tout comme «*son plus grand bien, le meilleur avantage quant à son mode de vie, son développement, son éducation, son avenir, son bonheur, son équilibre*»²⁰. Pour Emmanuel Dockes, l'intérêt de l'enfant n'est pas seulement ce qui importe, il n'est pas non plus une utilité ou un avantage particulier que pourrait retirer l'enfant, il est le fruit d'une pesée rationnelle des avantages et des inconvénients. Il est l'affirmation d'une préférence, d'un choix²¹.

Toutes ces définitions sont probablement imparfaites, mais elles ont le mérite de décrypter cette «*formule magique*» pour nous permettre de dire que l'intérêt de l'enfant artificiellement conçu réside dans ce qui lui fera le moins de mal possible. Il est un désir traduit en droit, quelque chose qui profite et est utile à l'enfant artificiel. Il peut être patrimonial ou extrapatrimonial; ces deux dimensions de l'intérêt apparaissant comme deux brins constituant une torsade qui touche à la fois la dignité et la vie de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée²². Il renvoie à une évaluation «*utilitaire*»²³. Par conséquent, sa meilleure protection impose des obligations positives et négatives tant à l'Etat, aux organisations internationales, aux juges, aux médecins et même aux parents. Ceux-ci doivent, au nom de l'intérêt de l'enfant à naître, veiller constamment que ses droits immédiats ou futurs ne soient pas menacés. Cela conduit à une double attitude positive et négative commandant respectivement la protection des droits de l'enfant et l'évitement de poser des actes qui iraient à l'encontre de ces prérogatives.

Plus distinctement, le souci de protéger au mieux l'intérêt de l'enfant artificiellement conçu à travers l'assistance médicale à la procréation, impose au législateur la mise sur pied d'une législation spécialement tournée vers cette finalité. Or, le législateur camerounais, n'ayant pas encore réglementé spécialement l'assistance médicale à la procréation, la question ne peut se poser de savoir, comment l'intérêt de l'enfant à naître par cette voie est protégé en droit camerounais.

L'interrogation est à la fois intéressante et délicate. De façon générale, elle est intéressante parce qu'elle pose des problèmes dépassant le cadre restreint de la science proprement dite pour toucher le statut de l'Homme et ses facultés de reproduction de l'espèce. Avec la procréation médicalement assistée, l'Homme maîtrise davantage son destin en améliorant sa condition de vie «*dans ce qu'elle comporte de souffrances et d'injustices individuelle*»²⁴. Grâce à ses techniques, l'Homme dispose notamment des moyens d'accéder aux mystères de l'hérédité, de booster les limites de la

²⁰ V. Gorny, *Priorité aux enfants: le nouveau pouvoir*, Hachette 1991, p. 92.

²¹ E. Dockes, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 157 et s., spéc. p. 157, cité par N. Cordier-Dumonnet, *Le détournement d'institution*, thèse, Université de Bourgogne, 2010, p. 62.

²² L'appréciation de l'intérêt de l'enfant à naître peut être faite par le juge à la fois *in concreto* et *in abstracto*, car cet intérêt permet «*une oscillation entre le droit et le fait, entre le concret et l'abstrait*». Cf. A. Gouttenoire, «Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE: la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant», *Petites affiches*, n° 200, 07 oct. 2010, p. 24.

²³ H. Hamadi, «Le statut européen de l'enfant», in *Le droit et les droits de l'enfant*, Actes de colloque des 2 et 3 décembre 2004 organisé à l'Université du Sud-Toulon-Var par le Centre d'études et de recherches sur le contentieux, L'Harmattan, 2007, Paris, p. 177.

²⁴ R. Badinter, «Droit de l'homme et progrès de la médecine», *Débats*, n° 36, 1985, p. 5.

ménopause²⁵, de saisir les déficiences génétiques avant la naissance, de transplanter des organes ou des substances d'origine humaine pour mieux traiter ceux qui sont atteints de maladies jadis incurables. En revanche, à travers la procréation médicalement assistée, l'Homme est entrain de se comporter de nos jours comme maître et possesseur de l'être humain. Il commercialise²⁶ les embryons humains, par eugénisme, il sélectionne ses descendants, et en supprimant les embryons surnuméraires, il dispose ainsi d'un droit de vie et de mort sur les enfants artificiels à naître. Bien plus, l'homme peut désormais décomposer le génome, prédire le destin génétique des humains et il n'est pas exclu qu'il puisse un jour procéder au clonage reproductif des humains. «*L'individu, étymologiquement indivisible et singulier, devient recombinaison ou indifférencié...*»²⁷. Il ne s'agit plus de modifier la nature et de décrire le monde et l'être humain qui en est issu, mais de décider de son devenir et de quelle manière le transformer, le mouler notamment dès le commencement de sa vie. Cet «*auto façonnage de l'humanité par l'humanité, ou de l'espèce par l'espèce*»²⁸ qui peut se concevoir dans l'absolu comme un processus dynamique de vitalité scientifique, risque avec la tentation eugéniste et de commercialisation des embryons, non seulement de porter gravement atteinte à l'humain dans l'Homme en modifiant son patrimoine génétique, mais aussi de devenir source de mort et de destruction. La liberté dont il dispose en manipulant l'embryon humain risque de cesser «*d'être une fin pour devenir un moyen de produire, sélectionner, et redistribuer des êtres humains sans se préoccuper de leur dignité*»²⁹.

Plus distinctement, l'interrogation trouve un intérêt spécial en droit camerounais où malgré l'existence des centres de procréation médicalement assistées qui ont déjà artificiellement mis en œuvre plusieurs enfants, la pratique n'est pas encore spécialement réglementée. Plus spécifiquement encore, la question est intéressante parce qu'elle conduit à défendre l'intérêt des plus faibles et vulnérables: ces enfants simplement conçus qui, par rapport aux parents naturels ou artificiels éprouvant parfois des désirs de procréation souvent morbides, sont sans aucune défense.

La question est délicate pour une double raison. D'une part, elle met en branle la sensibilité de plusieurs personnes, des médecins, des biologistes, des philosophes, des théologiens, des sociologues, des juristes qui se revendiquent généralement d'être des gardiens de la vie humaine qu'ils défendent parfois avec trop de passion. D'autre part, elle s'inscrit dans un domaine où les avancées de la science vont si vite, dans des directions

²⁵ L'on peut citer le cas de l'américaine Janise Wulf, une arrière-grand-mère qui a accouché de son douzième enfant à 62 ans par FIV. Egalement, une femme de 67 ans a donné naissance à des jumeaux dans un hôpital de Barcelone en Espagne en décembre 2006. Bien avant elle, une autre européenne, la roumaine Adriana Iliescu âgée de 67 ans a donné naissance en janvier 2005 à des jumeaux dont l'un n'a pas survécu.

²⁶ Sur ce commerce, v. entre autres J.-J. Lemouland, «Le tourisme procréatif», *Petites affiches*, 28 mars 2001, n° 62, pp. 24-33 ; I. Baque, *L'aide médicale à la procréation, Etude comparée des principales législations européennes*, thèse, Toulouse, 1999.

²⁷ C. Labrusse-Riou, «L'Enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne», *Droits*, n° 13, 1991, p. 20.

²⁸ Ph. Oliviero, «La notion de pré-embryon dans la littérature politico-scientifique», *Archives de philosophie du droit*, n° 36, 1991, p. 87.

²⁹ J. Sayah, «Dignité humaine, biologie et médecine», *In Etat de droit, Droits fondamentaux et diversité culturelle* (ouvrage collectif), Edition L'Harmattan, 1999, p. 226.

si imprévisibles, que des problèmes nouveaux, inattendus, surgissent tandis que les données et les réflexions éthiques ou juridiques que l'on croyait sûres, apparaissent très vite dépassées ou simplement sans objet.

Bien que le Cameroun soit à la traîne, comme la plupart des états dans le monde qui n'ont pas encore spécialement réglementé la procréation médicalement assistée, l'intérêt de l'enfant à naître des techniques de cette procréation est indirectement protégé non seulement par les conventions internationales ratifiées par ce pays, mais par certaines dispositions de droit interne³⁰, la jurisprudence et les textes déontologiques. Cette protection suppose donc des adaptations du droit positif camerounais aux problèmes nouveaux posés par la pratique de la procréation médicalement assistée. Elle ne saurait, par conséquent, qu'être inadaptée ou inadéquate et insuffisante.

Pour rendre compte de cette situation, il importe de convoquer plusieurs méthodes de recherche, notamment la méthode exégétique, l'analyse comparée de législations et l'exploitation jurisprudentielle. La méthode exégétique et l'analyse jurisprudentielle permettent d'examiner le droit positif camerounais sous l'angle de la protection de l'intérêt de l'enfant à naître. La méthode comparative permet de comparer la législation camerounaise avec certaines législations, notamment le droit français et européen afin de formuler quelques suggestions dont la principale est la mise sur pied d'un texte bioéthique.

L'usage combiné de ces différentes méthodes incline à réaliser un double constat. D'une part, l'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée est inadéquatement assuré en droit camerounais, car sa protection nécessite des adaptations du droit existant aux nouveaux aspects de cette procréation. D'autre part, au regard de la multiplication des nouveaux dangers non pris en compte par le droit positif camerounais résultant de la pratique de l'assistance médicale à la procréation dans ce pays, l'intérêt de l'enfant artificiel est insuffisamment protégé (II).

§ 2. Un intérêt inadéquatement protégé

Les enfants à naître, fruits d'une conception médicalement assistée, bénéficient-ils au Cameroun d'une protection organisée par le droit? *A priori* et en l'absence d'un corpus juridique réglementant spécialement la procréation médicalement assistée dans ce pays, la réponse à cette question semble négative.

En revanche, il apparaît à l'analyse que la réponse affirmative s'impose. En effet, l'intérêt de l'enfant artificiel est indirectement sauvegardé par des textes divers d'ordre international et interne et par la jurisprudence nationale ainsi que les textes déontologiques. Les textes internationaux sont constitués notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³¹, de la Convention internationale des droits de l'enfant, de la Charte africaine

³⁰ L'intérêt de l'enfant est sauvegardé par des textes divers, notamment, le Code civil de 1804 applicable au Cameroun, le Code pénal, l'Ordonnance n° 81/002 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques le Décret n° 87/1115 DU 17 août 1987 fixant les modalités de création et de fonctionnement des centres spéciaux d'état civil.

³¹ La CADHP est adoptée en juin 1981 à Nairobi au Kenya par l'Assemblée générale des pays membres de l'OUA, actuelle Union Africaine.

des droits et du bien-être de l'enfant³². Au rang des textes nationaux, l'on peut citer entre autres la Constitution³³, le Code civil de 1804 rendu applicable au Cameroun par le décret du 22 mai 1924³⁴, le Code pénal, le Code du travail, l'Ordonnance n° 81/002 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques. A côté de ce droit positif, l'intérêt de l'enfant à naître grâce à l'assistance médicale à la procréation est aussi indirectement sauvegardé par le droit virtuel camerounais, en l'occurrence les dispositions pertinentes de l'avant projet du Code des personnes et de la famille.

En exceptant les textes déontologiques inaccessibles notamment à cause de leur diversité et de l'absence de leur publication, l'exploitation des textes juridiques applicables aux Cameroun et de la jurisprudence nationale permet de réaliser que l'intérêt patrimonial et extrapatrimonial de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée est implicitement protégé par les juges (A) et par le législateur (B).

2.1. Un intérêt implicitement protégé par le juge

L'intérêt de l'enfant artificiel est notamment protégé par le juge camerounais reconnaissant non seulement que le corps humain est indisponible ou hors le commerce, mais la personnalité juridique à l'enfant seulement conçu en vertu de l'adage *«infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur»*³⁵.

En posant que le corps humain est hors du commerce³⁶, le juge camerounais protège indirectement l'intérêt de l'enfant artificiel car une chose hors du commerce s'entend selon l'article 1128 du Code civil, de ce qui ne *«peut faire l'objet des conventions»*. C'est que les contrats entre des parents et une mère de substitution qui ont notamment pour objet le don d'ovules en vue de leur fécondation *in vitro* et de leur implantation dans l'utérus d'une femme stérile, le prêt ou la location d'utérus d'une mère porteuse inséminée par le mari ou accueillant un embryon fécondé *in vitro*, sont généralement considérés comme nuls³⁷ ou, du moins, dépourvus de force

³² La CADBE est adoptée par la vingt-sixième Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA en juillet 1990 à Addis-Abeba en Ethiopie et ratifié par le Cameroun le 5 septembre 1996.

³³ Dans le préambule de la Constitution de 1996 (Loi n° 96-06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972), il ressort que *«l'être humain, sans distinction de race, de religion, de sexe, de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés»*. Bien plus, dans ce même préambule, l'on peut lire l'attachement du Cameroun *«aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte des Nations Unies, la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et toutes les conventions internationales y relatives et dûment ratifiées»*.

³⁴ G.H. Camerlynck, R. Decottignies, *Code civil de l'Union française*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 53.

³⁵ Sur cet adage, v. notamment *Adages du droit français*, n° 172 p. 327 et s., Rapp. G. Wicker, *Les fictions juridiques: contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1996, Bibliothèque dr. priv. t. 253, préface J. Amiel-Donat, n°s 182 s. p. 179.

³⁶ V. par exemple, CA du Littoral (Douala), arrêt n° 42/RF du 25 janv. 1995, aff. Wakem Kuimo Gilbert c/ Directeur Hôpital Général de Douala, *Juridis Périodique*, n° 33, 1996. Sur les choses hors commerce en général, v. I. Moine, *Les chose hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, L.G.D.J, 1997, 438 p ; J.-C. Galloux, «Réflexion sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français», *Les cahiers du droit*, vol. 30, n° 4, déc. 1989, p. 1011 et s.

³⁷ J. Rubellin-Devichi, «La gestation pour le compte d'autrui», D. 1985, Chron. p. 147; A. Seriaux, «Droit naturel et procréation artificielle: quelle jurisprudence?», D. 1985, Chron. p. 53; C. Atias, «Le contrat de substitution de mère», D. 1986, Chron., p. 67; D. Huet-Weiller, «Le droit de la filiation face aux nouveaux

contraignante³⁸ parce que leur cause et leur objet sont jugés illicites³⁹. En consacrant le principe de l'indisponibilité du corps humain, le juge camerounais jette les fondements de la proscription de tous ces contrats qui remettent en cause les principes de l'indisponibilité de l'état de personne.

Pour le cas spécifique de la protection de l'intérêt de l'enfant à naître à travers la maxime ci-dessus, il faut revenir sur la position du droit en ce qui concerne le point de départ de la personnalité juridique des personnes physiques. Le principe est que la naissance constitue le point de départ de la personnalité juridique, à la double condition toutefois que l'enfant naisse vivant et viable. Dès cet instant, le nouveau-né est apte à devenir titulaire de droits et d'obligations; il est un sujet de droit. Exceptionnellement, la jurisprudence postule dans l'intérêt de l'enfant à naître, qu'on doit le considérer comme une personne dès sa conception chaque fois qu'il y va de son intérêt. Cette maxime s'inspire d'une donnée naturelle: la vie, tout en ne suffisant pas à fonder la personnalité juridique, préexiste à la naissance⁴⁰.

Un exemple illustratif de l'effectivité pratique de cette protection est donné par l'arrêt Pagou Bello⁴¹ de la Cour d'appel de Maroua intervenu en matière successorale. Dans cet arrêt, le sieur Wapou Pagou était décédé le 25 août 1986, laissant une femme, Aïssatou Kébé enceinte de six mois, à laquelle il était coutumièrement marié. Le 26 novembre 1986, son père Pagou Bello saisissait le Tribunal de premier degré de Kaelé en vue d'être désigné héritier. Le 4 janvier 1987, pendant que la procédure suivait son cours, la veuve coutumière mettait au monde un petit garçon nommé Pagou Moïse. Immédiatement, son acte de naissance confirmant tout naturellement son état d'enfant légitime du *de cujus* fut dressé et versé au dossier en vue de contrer les prétentions du demandeur et d'amener le juge à faire échoir la succession à l'enfant. Le problème qui se posait au juge était celui de savoir si un enfant simplement conçu dans une union coutumière non transcrite peut succéder à son père. Il suffisait de reconnaître que le mariage coutumier non transcrit est valable en lui-même pour que la règle «*infans conceptus pro nato habetur...*» fasse le reste. Le premier juge avait répondu par l'affirmative à cette question en reconnaissant la qualité de veuve coutumière à dame Aïssatou, mais avait empêché le jeu de la règle sus citée en attribuant la succession au père du défunt. C'est cette erreur qui a été réparée par la Cour d'appel de Maroua, sur appel du Ministère public.

En plus de consacrer la validité d'une union coutumière non transcrite, cet arrêt a accordé des droits successoraux dans l'intérêt de l'enfant simplement conçu au moment du décès de son auteur en vertu de l'adage «*infans conceptus pro nato habetur...*». Il permet donc de réaliser que la meilleure protection de l'intérêt de l'enfant conçu consiste

modes de procréation», *Rev. de métaphysique et de morale*, 1987, p. 330, et spéc. p. 343. Sur la nullité des conventions portant sur du sperme, v. TGI de Toulouse, 26 mars 1991, *JCP* 1992, II, 21807, note Pedrot.

³⁸ J. Rubellin-Devichi, «Les procréations assistées: état des questions», *RTD civ, op. cit.*, p. 457.

³⁹ P. Kayser, «Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle», *D.* 1987, Chron., n° 11.

⁴⁰ Dans le même sens, P. Murat, «Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997)», *Dr. fam.* 1997, chron. p. 9.

⁴¹ CA de Maroua, Arrêt n° 89/C du 1^{er} sept. 1988, Aff. Ministère public C. Pagou Bello, note Joseph Fometeu, *in Juridis Périodique*, n° 26, 1996, pp. 24 -28.

à placer le point de départ de la personnalité juridique au moment de la conception, car en le faisant on modifie radicalement la dévolution successorale.

Certes, l'adage ci-dessus n'a pas été formulé par la jurisprudence pour protéger spécialement l'intérêt des enfants conçus artificiellement, à l'exemple de ceux *in vitro*. Mais, la généralité de ses termes permet l'extension de sa protection à tous les enfants conçus, c'est-à-dire aux enfants conçus par la voie naturelle des rapports sexuels et aux enfants conçus par la voie artificielle de l'assistance médicale à la procréation.

La sauvegarde de l'intérêt de l'enfant artificiellement conçu est davantage tacitement assuré par le législateur qui a adopté plusieurs textes de loi dont l'usage extensif peut conduire à cette finalité.

2.2. Un intérêt implicitement protégé par le législateur

Au Cameroun, l'intérêt de l'enfant conçu grâce à la procréation médicalement assistée est tacitement aussi bien assuré par le législateur civil (1) que par le législateur pénal (2).

Le législateur civil

L'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée est protégé par le législateur civil qui entérine la maxime d'origine jurisprudentielle *«infans conceptus pro nato habetur...»* dans certains domaines du droit (a). Il est aussi assuré par ce législateur à travers la réglementation des mariages extraordinaires (b) et l'adoption des mesures de protection de la femme enceinte (c).

L'entérinement de l'adage *«infans conceptus pro nato habetur...»*

Dans certains domaines du droit, le législateur camerounais entérine l'adage *«infans conceptus pro nato habetur...»*.

Selon les articles 725 et 906 du Code civil de 1804, pour succéder, il faut exister au moment de l'ouverture de la succession ou être simplement conçu, à condition de naître vivant et viable⁴². Dans le même sens, l'article 1082 du Code civil permet aux pères et mères ainsi qu'aux tiers (autres ascendants, parents collatéraux des époux et même aux étrangers) de pouvoir disposer au profit des enfants à naître de l'union. Il en est de même des articles 1048 et 1049 du Code civil qui traitent des substitutions autorisées. Les enfants non encore conçus qu'espère avoir un couple peuvent ainsi être considérés comme aptes à être titulaires de droits et donc traités comme des sujets de droit.

La règle *«infans conceptus pro nato abetur...»* est aussi inscrite dans l'avant-projet du Code des personnes et de la famille. Selon l'article 35 alinéa 1 et 2 de cet avant-projet de Code, la personnalité juridique *«commence à la naissance et cesse au décès»*, mais exceptionnellement *«la personne acquiert des droits dès sa conception à condition de naître vivante et viable»*.

L'enfant artificiellement conçu a donc la qualité de sujet de droit en droit camerounais, car la personnalité juridique est synonyme de qualité de *«sujet de droits»*⁴³.

⁴² A la suite du législateur, les juges camerounais rendent effective la protection de l'intérêt patrimonial des enfants conçus consacrée par ces textes. V. l'arrêt Pagou ci-dessus.

⁴³ Cf. S. Rials et D. Alland (sous dir.), *Dictionnaire de Culture juridique*, PUF, v° «Corps Humain»; *La vie Humaine mise sur le marché*, Colloque organisé à l'Université de Lille II, *Petites affiches*, 5 sept. 2002.

La maxime ci-dessus a donné lieu à des divergences d'interprétation⁴⁴. Pour certains, elle signifie que l'enfant acquière, dès sa conception, une personnalité conditionnelle que la naissance ne fait que confirmer. Pour cette partie de la doctrine, l'enfant existe dès lors qu'il est conçu, et il n'est plus, par conséquent, nécessaire d'avoir recours à une fiction pour justifier ses droits⁴⁵. La naissance devient donc le moment où l'embryon passe d'une personnalité juridique anticipée, potentielle, embryonnaire et incomplète à une personnalité juridique complète⁴⁶. Pour d'autres, la maxime est une fiction juridique, car l'enfant n'a d'existence proprement dite qu'à dater de sa naissance; jusque-là son existence se confond avec celle de sa mère dont il est une partie. La personnalité juridique n'est attribuée qu'à la naissance et l'adage susmentionné la fait remonter fictivement à la conception pour sauvegarder les intérêts de l'enfant⁴⁷. Quelle qu'en soit la thèse adoptée, une chose est certaine: l'adage protège l'intérêt de l'enfant conçu, spécialement ceux issus de l'assistance médicale à la procréation; il est plein d'humanité introduite en faveur des enfants⁴⁸.

Cependant, cette maxime ne protège pas totalement l'intérêt des enfants conçus en général et des enfants à naître de la procréation médicalement assistée en particulier. En effet, elle permet de réaliser que la personnalité juridique commence en principe dès la naissance. Or, un postulat scientifique généralement admis selon lequel la vie est un processus continu, remet en cause la valeur protectrice de cet adage en ce qui concerne les enfants conçus. Tout d'abord, parce que l'embryon humain vie, il est inadmissible de lui réserver un traitement différent de celui d'un enfant né car le caractère continu du déroulement du phénomène vital rend impossible le découpage de la vie, en catégories statutaires soumises à un droit différent. Ensuite, la complétude de la personnalité juridique de l'enfant conçu à la naissance est critiquable dans la mesure où *«elle continue à s'élaborer à la naissance, car un enfant, même viable ne peut se suffire immédiatement à lui-même puisqu'il doit être élevé et éduqué»*. Cela se comprend aisément parce que *«l'éducation poursuit normalement et nécessairement la gestation»*. Par conséquent, *«ce n'est donc pas à la naissance que peut se situer ni le commencement, ni l'achèvement de la personnalité»*⁴⁹. Enfin, cet adage crée un paradoxe en faisant de la naissance l'acte créateur de la personne, alors que cette naissance est souvent provoquée artificiellement.

L'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée est aussi indirectement protégé, en droit camerounais, à travers la réglementation des mariages extraordinaires.

La réglementation des mariages extraordinaires

Au Cameroun, le législateur protège l'intérêt de l'enfant artificiellement conçu à travers la réglementation des mariages extraordinaires. C'est le cas notamment du mariage

⁴⁴ Sur ces divergences, v. H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 2003, n° 1119, p. 389.

⁴⁵ J. Chantagrel, *Commentaire du Code Napoléon*, t. 2, éd. Cotillon, Libraire du conseil d'Etat, 1862, p. 47, note 2.

⁴⁶ P. Raynaud, «L'enfant peut-il être un objet de droit?», *Rec. I Dalloz Sirey*, 1988, Chron., p. 112.

⁴⁷ Ph. Salvage, «La viabilité de l'enfant nouveau-né», *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 725 et s; D. Vigneau, *L'enfant à naître*, thèse, Toulouse, 1988, dact., p. 12 et s.

⁴⁸ Sur le caractère humaniste de cet adage, v. E. Groult, *Du droit de tester*, Acte public pour la Licence, Faculté de droit de Caen, 1863, p. 32.

⁴⁹ P. Raynaud, «L'enfant peut-il être un objet de droit?», *op. cit.*, p. 112.

des morts ou mariage posthume et du mariage des mourants encore appelé mariage *in extremis*. Ces mariages extraordinaires, bien que pouvant avoir d'autres finalités⁵⁰, ont très souvent pour justification, l'intérêt de l'enfant.

Le mariage posthume est consacré par l'article 67 de l'Ordonnance n° 81/002 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques. Selon cet article, «(1) Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser le mariage de deux personnes dont l'une est décédée après accomplissement des formalités (...). (2) L'époux décédé est représenté à la transcription du mariage par son père, sa mère, son frère, sa sœur, son ascendant ou descendant ou le responsable coutumier. Mention de l'autorisation du Président de la République est portée en marge de l'acte de mariage».

Le mariage *in extremis* permet, quand la mort menace de trop près, de régulariser une ancienne liaison ou de légitimer des enfants. Il est institué par l'article 66 de l'ordonnance ci-dessus qui dispose: «(1) Après accomplissement des formalités (...), l'officier d'état-civil peut célébrer le mariage de deux personnes dont l'une, en péril imminent de mort, ne peut plus exprimer personnellement son consentement, ni se présenter devant lui. (2) Ce consentement est alors donné en ses lieux et place par son père, sa mère, son frère, sa sœur, son tuteur légal ou le responsable coutumier»⁵¹.

Comme l'on peut le constater, l'intérêt de l'enfant artificiel est à la fois absent et présent dans ces articles. Il est absent au niveau des termes employés par le législateur. Mais, il est présent d'une manière indirecte et sous-jacente au niveau des avantages évidents que ces textes peuvent procurer aux enfants, spécialement ceux à naître de la procréation médicalement assistée, notamment l'évitement du risque qu'ils naissent naturels. Cette protection indirecte et implicite est aussi assurée par les mesures de protection de la femme enceinte.

Les mesures de protection de la femme enceinte

Il existe, en droit camerounais, plusieurs mécanismes de prise en compte indirecte de l'intérêt de l'enfant conçu en général et, par conséquent, de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée, en particulier. Malgré leur pluralité, il est nécessaire de retenir les plus illustratifs de cette protection, notamment, le contrôle médical anténatal effectué sur la future maman et les dispositions favorables à la femme enceinte au travail.

Au Cameroun, la protection de la santé de l'enfant conçu est associée à celle de la femme enceinte. Elle est pratiquement assurée par des centres de Protection Maternelle et Infantile (PMI) qui conseillent les futures mères en leur assurant une surveillance sur le plan sanitaire et nutritionnel⁵². Les activités de ces centres consistent entre autres à la

⁵⁰ Ces mariages peuvent avoir pour finalité la validité des donations consenties par contrat de mariage à l'époux survivant ou de conférer le nom du prédécédé au survivant. (V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1989, Gaj. Civ., t. 1, 12^e éd. 2007, 36, pp. 265-274).

⁵¹ «Toutefois, poursuit l'alinéa 3 de cet article, le mariage ne peut être célébré s'il fait l'objet d'une opposition en cours d'examen ou si les personnes dont le consentement était requis ont refusé de le donner. Il en est de même, le cas échéant, lorsqu'aucune dispense de publication n'a été accordée ».

⁵² Elle est notamment organisée par la Loi n° 96/03 du 4 janvier 1996 portant loi cadre dans le domaine de la sante.

protection de la mère pendant la période prénatale avec surveillance sanitaire et hygiène générale, l'alimentation, la réduction des activités. Ils assurent la protection de l'enfant de la période néo-natale au nourrisson, jusqu'au deuxième âge (cinq ans environs) en attirant l'attention des parents sur les maladies, les précautions à prendre pour protéger l'enfant dans ces différentes étapes de sa vie.

En outre, l'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée est indirectement protégé par des dispositions du Code du travail réglementant le travail des femmes enceintes. En effet, certains travaux dangereux et insalubres peuvent être nuisibles non seulement à la femme enceinte en activité professionnelle, mais aussi à la santé de l'enfant qu'elle porte. Pour pallier ces risques, le législateur a mis sur pied un ensemble de mesures qui, sans doute, ne visent pas directement la protection de la santé de l'enfant, mais garantissent par ricoché cet objectif caché derrière l'objectif explicitement mentionné: celle de la protection de la femme enceinte au travail.

Tout d'abord, l'intérêt de l'enfant conçu par une femme exerçant une activité salariale est sauvegardé par les dispositions pertinentes du Code du travail contenues dans le chapitre II du titre V. En effet, l'article 87 du Code du travail interdit les travaux excédant les forces de la femme enceinte en ces termes *«(1) L'inspecteur du travail du ressort peut requérir l'examen des femmes et des enfants par un médecin agréé, en vue de vérifier si le travail dont ils sont chargés n'excède pas leurs forces. Cette réquisition est de droit à la demande des intéressés. (2) La femme ou l'enfant ne peut être maintenu dans un emploi reconnu au-dessus de ses forces et doit être affecté à un emploi convenable. Si cela n'est pas possible, le contrat est résilié sans préavis à la charge d'aucune des parties»*⁵³.

Ensuite, l'enfant conçu est indirectement protégé par les dispositions établissant la suspension et la rupture du contrat de travail de la femme enceinte. Le Code du travail camerounais permet à la femme enceinte de suspendre son contrat avant et après l'accouchement. L'article 84 alinéa (2) de ce Code dispose en effet que *«toute femme enceinte a droit à un congé de maternité de quatorze semaines qui commence quatre (4) semaines avant la date présumée de l'accouchement. Ce congé peut être prorogé de six (6) semaines en cas de maladie dûment constatée et résultant soit de la grossesse, soit des couches. Pendant la durée de ce congé, l'employeur ne peut rompre le contrat de travail de l'intéressée»*. Le Code du travail interdit à l'employeur de mettre fin au contrat de travail qui le lie à la femme enceinte du fait de la grossesse. Par contre, la femme enceinte dont l'état est médicalement établi bénéficie d'une faculté de rupture unilatérale de son contrat de travail conformément à l'article 84 alinéa (1) du Code du travail.

Enfin, dans le but de garantir la survie de la femme enceinte pendant la durée de la suspension de son contrat de travail et par voie de conséquence la bonne santé de l'enfant conçu, le droit camerounais organise le régime de l'indemnité journalière que doit verser la Caisse Nationale de Prévoyance Sociale à la femme enceinte pendant la durée du congé de maternité. Conformément à son article 84 alinéa (5), cette indemnité correspond à la rémunération effectivement perçue au moment de la suspension du contrat de travail. Cet alinéa *in fine* précise que la femme *«conserve le droit aux prestations en nature»*.

⁵³ Conformément à l'article 83 du Code du travail, les arrêtés n° 16 et 17/MTLS du 27 mai 1969 fixent la nature de ces travaux.

Toutes ces mesures protectrices de la femme enceinte au travail, sont de nature à sauvegarder indirectement l'intérêt de l'enfant conçu. Cependant, un équilibre alimentaire, une bonne hygiène, un travail décent, moins pénible et moins long, dépendent dans une certaine mesure de l'inexistence d'une maladie génétiquement transmissible à l'enfant. Par conséquent, pour bien sauvegarder l'intérêt de l'enfant à naître, qu'il soit conçu naturellement par la voie des rapports sexuels ou artificiellement par la voie de l'assistance médicale à la procréation, une précaution complémentaire mérite d'être prise. Il s'agit d'instituer un examen médical prénuptial avant tout mariage, le couple devant remettre à l'officier d'état civil chargé de la publication des bans, un certificat prénuptial datant de moins de trois mois par exemple. L'objectif de cette institution est clair: donner naissance à des enfants présentant moins de risques de pathologies que ceux conçus de manière aléatoire du point de vue des prédispositions génétiques. L'absence d'une pareille institution relativise un peu la portée de la protection de l'intérêt de l'enfant artificiel en droit camerounais assurée par le législateur civil. Quelle est la protection assurée par le législateur pénal?

Le législateur pénal

Le législateur pénal, tout comme le législateur civil, protège implicitement l'intérêt de l'enfant artificiellement conçu. Il le fait notamment à travers la condamnation de l'avortement (a), la répression des atteintes tant sur la femme enceinte que sur l'enfant à naître lui-même (b) et l'ajournement de l'exécution de la peine d'emprisonnement par la femme enceinte (c).

La condamnation de l'avortement

Le législateur camerounais protège le droit à la vie des enfants artificiels en condamnant l'avortement, sans distinction aucune entre un enfant conçu naturellement et un autre conçu artificiellement, à l'article 337 du Code pénal. Aux termes de l'alinéa (1) de cet article, le législateur punit «*d'un emprisonnement de quinze jours à un an et d'une amende de 5.000 à 200.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement la femme qui se procure l'avortement à elle-même ou qui y consent*». L'alinéa (2) de cet article punit des peines plus sévères toute personne qui procure l'avortement à une femme en ces termes: «*Est puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 100.000 à 2.000.000 de francs celui qui, même avec son consentement, procure l'avortement à une femme*». Dans cette même perspective de la condamnation de l'infraction d'avortement, le législateur pénal, dans l'alinéa 3 de cet article, double les peines de l'alinéa 2 sus évoqué à l'encontre non seulement de «*toute personne qui se livre habituellement à des avortements*», mais de toute autre «*personne qui exerce une profession médicale ou en relation avec cette profession*». Il assortit même ces peines des peines complémentaires: la fermeture du local professionnel et l'interdiction d'exercer la profession⁵⁴.

En disposant ainsi, le législateur pallie un vide juridique laissé par la Convention internationale relative au droit de l'enfant⁵⁵ en fixant le point de départ de la protection

⁵⁴ Ces peines complémentaires sont laissées à l'appréciation du juge qui peut les prononcer dans les conditions prévues aux articles 34 et 36 du Code pénal.

⁵⁵ Cette convention n'a pas fixé le début de l'enfance. Elle reconnaît néanmoins dans son préambule qu'avant la naissance, l'enfant a besoin d'une protection appropriée, laissant ainsi le choix aux États signataires d'ajuster leurs législations sur le droit à la vie du fœtus ou de l'enfant à naître.

de l'enfant au jour de la conception. Il garantit, par conséquent, le respect de tout être humain dès le commencement de la vie et postule que l'enfant à naître n'est pas, au Cameroun, un objet de caprices paternelles. A ce titre, le droit camerounais diffère sensiblement de certains droits des états européens⁵⁶ qui ravalent l'enfant conçu au rang des choses dont la femme peut disposer à sa convenance avant l'écoulement d'un certains délai en autorisant l'interruption volontaire de grossesse; portant ainsi gravement atteinte à la dignité humaine. Il en est ainsi notamment des droits français⁵⁷, allemand⁵⁸, belge⁵⁹ et suisse⁶⁰. Sans doute, l'interruption volontaire de grossesse, même limitée dans le temps, est un acte de destruction délibéré d'un embryon qui ramène l'enfant à naître au statut de chose dont la mère est autorisée d'en disposer à sa guise.

Une partie minoritaire de la doctrine camerounaise soutient la dépénalisation de l'infraction d'avortement au Cameroun parce que, selon elle, malgré la répression il existe de plus en plus des cas d'avortement⁶¹. Même si le Cameroun devient un «*avortoir*» délibérés et fantaisistes, nombreux étant souvent les cas où l'avortement est décidé pour des raisons de pure convenance, il y a lieu de maintenir l'infraction de l'avortement. Au-delà du fait que cette position porte atteinte au droit fondamental à la vie, elle n'est pas soutenable parce qu'elle entraînerait la dépénalisation de toutes les infractions dans la mesure où l'évolution sociale permet de constater que malgré la répression de ces dernières, certaines personnes s'obstinent à les commettre. En réalité, c'est parce que les comportements infractionnels se multiplient au jour le jour que le droit pénal à un sens et trouve une raison d'être. L'enfant à naître ne doit pas, dans notre société moderne, être «*le jouet du caprice paternel*»⁶².

En revanche, il ne faut pas exagérer la portée de la protection procurer indirectement aux enfants à naître par le législateur pénal camerounais. Si les dispositions du Code pénal sanctionnant l'interruption volontaire de grossesse protègent essentiellement la vie de l'enfant artificiel *in utero*, force est de constater qu'elles ne sont pas de nature à sauvegarder la vie de l'enfant *in vitro* et des embryons surnuméraires. En effet, en l'absence d'une définition légale, l'avortement peut être défini comme l'interruption volontaire d'une grossesse qu'une femme enceinte entreprend seul ou assistée d'autres personnes. Il implique que l'enfant soit dans le ventre de la femme. Par conséquent, la condamnation de l'avortement ne couvre pas les cas de consentement de la destruction des embryons *in vitro* avant toute transplantation dans l'utérus d'une femme et les cas de destruction des embryons surnuméraires.

⁵⁶ Il diffère aussi du droit tunisien où l'article 214 du Code pénal tel qu'il a été modifié par le décret-loi n° 73-2 du 26 septembre 1973, autorise l'IVG en Tunisie au cours des trois premiers mois.

⁵⁷ En droit français l'avortement est légalisé depuis la loi Veil du 17 janvier 1975. L'article 2 de loi française actuellement applicable n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'IVG et à la contraception fixe la période pendant laquelle une femme peut pratiquer de sa seule volonté une interruption de grossesse en France à douze semaines, soit quatorze semaines après le premier jour des dernières règles.

⁵⁸ Article 218 (a) du Code pénal allemand précise que l'IVG n'est pas punissable lorsque certaines conditions sont réunies, notamment la simple demande de la femme enceinte.

⁵⁹ L'art. 348 du Code pénal Belge autorise l'IVG avant la fin de la 12^e semaine de grossesse.

⁶⁰ V. les articles 119 et 120 du Code pénal suisse en vigueur depuis 2002.

⁶¹ En ce sens, D. Eyike-Vieux, *Le mineur et la loi pénale camerounaise: étude socio-judiciaire*, PUA, 2004, n° 46, p. 36-37.

⁶² I.-É. Pottier, *Droits du père de famille sur la personne et spécialement sur les biens de l'enfant avant et depuis le Code Napoléon*, thèse, éd. A. Durand, Librairie, Paris, 1859, p. 24.

La protection procurée à l'enfant artificiel par la condamnation de l'avortement est donc inadéquate, parce qu'elle implique des adaptations qui ne couvrent pas tous les enfants issus des techniques de procréation médicalement assistée. Il en va de même de la répression des violences sur la femme enceinte et sur l'enfant en train de naître.

La répression des violences sur la femme enceinte et sur l'enfant en train de naître

L'article 338 du Code pénal protège l'intégrité physique et morale des enfants à naître en général, et spécialement ceux issus des pratiques d'assistance médicale à la procréation, en réprimant les violences sur la femme enceinte et sur l'enfant en train de naître. Selon ce texte, *«Est puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende de 100.000 à 2.000.000 de francs celui qui par des violences sur une femme enceinte ou sur l'enfant en train de naître provoque, même non intentionnellement, la mort ou l'incapacité permanente de l'enfant»*.

Au regard de cet article, l'on peut dire que l'homicide volontaire et involontaire d'un enfant à naître est réprimée en droit camerounais. Le législateur n'ayant pas distingué entre un enfant conçu par la voie normale des rapports sexuels et un enfant conçu par la voie artificielle de l'assistance médicale à la procréation, il y a lieu de soutenir que cette protection s'étend à ce dernier. De même, la rédaction de cet article permet de soutenir que la protection s'étend non seulement aux enfants artificiels *in utero* mais aussi aux enfants *in vitro* parce que le législateur parle de *«violences sur une femme enceinte ou sur l'enfant en train de naître»*, sans autre restriction. Peu importe si l'incapacité est totale ou partielle.

Mais il faut se garder d'étendre, de manière illimitée, cette protection. En parlant de *«l'incapacité permanente de l'enfant»*, le législateur semble laisser en marge de la protection, les enfants victimes d'une incapacité non permanente. L'interprétation de la loi pénale étant restrictive, on devrait s'en tenir à ses dispositions vraisemblablement impératives. Pour une meilleure protection de tous les enfants à naître, il serait nécessaire que cet article soit modifié dans le sens d'étendre la protection aux enfants victimes d'une incapacité non permanente car malgré le caractère passager d'une incapacité, l'enfant atteint demeure une personne⁶³, et nul ne saurait profiter de la forte probabilité qu'il recouvrera rapidement un meilleur état de santé pour opérer une discrimination ou lui offrir des conditions de vie dégradantes.

En dépit de ces remarques, il y a lieu de relever à titre de droit comparé et sur ce point précis que, le droit camerounais protège l'intérêt des enfants à naître plus que le droit français qui ne considère pas l'atteinte à un fœtus comme étant une infanticide pouvant être pénalement réprimée. A défaut d'une telle infraction, la Cour de cassation⁶⁴ et le Conseil d'Etat français⁶⁵ ont été amenés à rendre des décisions qui, ignorant le

⁶³ P. Murat, «Réflexions sur la distinction être humain et personne juridique», Dr. Fam. 1997, chr. 9, p. 4.

⁶⁴ Cf. notamment Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, Bull. civ. I, n°155 et 156; Cass. ass. plén. 17 nov. 2000, JCP 2000, II, 10438, rapport P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose et note F. Chabas, D. 2001, 332, note D. Mazeaud et note P. Jourdain ; Gaz. Pal. 24-25 janv. 2001, rapport P. SARGOS, concl. J. Sainte-Rose et note J. Guigue.

⁶⁵ V. notamment CE, 2 juil. 1982, Rec., p. 266 ; Gaz. Pal. 14 avr. 1983, note F. Moderne; CE, 14 févr. 1997, Rec. p. 44, RFDA 1997, 374, concl. V. Péresse et note Mathieu.

foetus en tant qu'être vivant, font l'objet de vives polémiques, tant au plan éthique que juridique⁶⁶. L'une de ces décisions les plus controversées est l'arrêt rendu le 29 juin 2001 par la Cour de cassation française réunie en Assemblée plénière. Les faits de cette décision montrent que l'intérêt de l'enfant à naître est sacrifié en droit français. Un conducteur en état d'ivresse, a blessé une femme enceinte qui a perdu, des suites de l'accident, le foetus âgé de six mois qu'elle portait. En première instance, le conducteur avait été condamné pour blessures involontaires à l'égard de la femme et pour homicide involontaire à l'égard du foetus. La Cour d'appel de Metz, saisie de l'affaire, rend le 3 septembre 1998 un arrêt par lequel elle infirme la première décision. Elle retient uniquement les blessures involontaires sur la femme, exclut le chef d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître et décide que l'incrimination d'homicide involontaire ne peut être retenue que pour un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré⁶⁷.

L'affaire est ensuite portée devant la Cour de cassation, qui dans son arrêt du 29 juin 2001 décide que *«le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le foetus»*⁶⁸.

Il ressort de cet arrêt qu'en droit français, aussi longtemps que l'enfant conçu n'est pas né, il ne saurait être considéré comme une personne en droit pénal. Ce qui n'est pas le cas du droit camerounais qui, en plus de la répression des violences sur l'enfant en train de naître et sur la femme enceinte, ajourne l'exécution par cette dernière de la peine d'emprisonnement.

L'ajournement de l'exécution de la peine d'emprisonnement par la femme enceinte

L'article 27 alinéa (2) du Code pénal prévoit que *«Si une femme condamnée à une peine privative de liberté est enceinte ou vient d'accoucher, elle ne subit sa peine que six semaines après son accouchement.»* Si la lettre de l'alinéa (2) de cet article vise la protection de la bonne santé de la femme enceinte, son esprit incline à associer à cette protection, celle de l'enfant qu'elle porte.

Cependant, l'alinéa (3) du même article vient aussitôt semer un flou juridique, relativisant ainsi la portée de la protection de la femme et, par conséquent, du foetus. Il en ressort que *«La femme enceinte placée en détention préventive continue jusqu'à*

⁶⁶ Pour ces controverses, v. notamment F. Terre, «Le prix de la vie», *JCP* 2000, II, Act, n° 50, p. 2267; G. Memeteau, «L'action de vie dommageable», *JCP* 2000, I, 279; M. Gobert, «La Cour de cassation mérite-t-elle le pilori?», *Petites affiches*, 8 déc. 2000, p. 4; G. Viney, «Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion», note sous Cass. ass. plén. 17 nov. 2000, *JCP* 2001, I, 286; L. Aynes, «Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation», *D.* 2001, chron. 492; B. Markesinis, «Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche», *RTD civ.* 2001, 77; A. Seriaux, «L'arrêt «Perruche»: une liberté pour la mort?», *D.* 2002, chron. 2349.

⁶⁷ CA Metz, 3 sept. 1998, *JCP* 2000, II, 10231 et Cass. crim., 14 juin 1957, *D.* 1957, Jur. p. 512.

⁶⁸ V. cette décision sur le site de la Cour de cassation française à l'adresse: http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/troisieme_partie_jurisprudence_cour_124/droit_penal_procedure_penale_132/droit_penal_special_6034.html.

l'expiration du délai visé à l'alinéa précédent à bénéficiaire du régime de la détention préventive». La lettre de cet alinéa crée un doute: elle ne permet pas de savoir si une femme enceinte doit être maintenue en prison ou n'y être renvoyée qu'après l'accouchement. Si l'on s'en tient aux dispositions de l'article C27 alinéas (2) et (3) de la circulaire explicative du Code pénal, l'on peut valablement soutenir qu'elle doit y être maintenue pendant la grossesse⁶⁹.

Dans le souci d'assurer une protection par ricochet à l'enfant qu'elle porte, il serait judicieux, d'accorder une liberté provisoire sous surveillance judiciaire aux femmes enceintes déjà à terme. Une telle solution pourrait alors se justifier par le fait que la qualité des infrastructures en milieu carcéral n'est pas adaptée pour ce genre de femmes et, par conséquent, est de nature à nuire à la bonne santé physique et psychologique de l'enfant qu'elle porte.

Au demeurant, en dépit de l'inexistence d'un texte spécial réglementant la procréation médicalement assistée, l'on trouve des jurisprudences et des textes juridiques camerounais dont la généralité des termes permet une adaptation du système de protection qu'ils consacrent aux enfants conçus par la voie de l'assistance médicale à la procréation. La protection de ces enfants artificiels par le droit positif camerounais suppose donc des adaptations des textes et de la jurisprudence existants à l'évolution biomédicale. Elle est, par conséquent, inadaptée. D'ailleurs, au regard des nouveaux défis à la sauvegarde des droits des enfants artificiellement conçus auxquels la société camerounaise doit faire face, cette protection est aussi insuffisante et incline à réaliser que l'intérêt de l'enfant artificiel est insuffisamment protégé en droit camerounais.

§ 3. Un intérêt insuffisamment protégé

A l'opposé d'une certaine doctrine qui, pour des raisons relatives notamment aux libertés individuelles et au droit de l'homme, pense que *«le droit n'a pas à intervenir pour permettre ou pour interdire le recours à la procréation assistée, ni pour sanctionner le comportement des individus concernés, ni pour apprécier les recherches et les avancées technologiques des médecins et des biologistes»*⁷⁰, plusieurs raisons fondent l'urgence d'une intervention législative au Cameroun tout comme dans les autres pays du monde⁷¹. Objectivement, les problèmes posés par la pratique de la procréation médicalement assistée dépassent le cadre restreint de la science proprement dite pour toucher le statut de l'Homme et ses facultés de reproduction de l'espèce humaine. Subjectivement, si le souhait d'une intervention législative destinée à poser les directives à la procréation médicalement assistée est ardemment formulée par les biologistes eux-mêmes à l'instar des pères du premier bébé éprouvette français, les Professeurs René Frydman et Jacques Testart⁷², l'on ne peut *a fortiori* soutenir la thèse contraire.

⁶⁹ D. Eyike-Vieux, *Le mineur et la loi pénale camerounaise, étude socio-judiciaire, op. cit.*, p. 18.

⁷⁰ J. Rubellin-Devichi, «Les procréations assistées: état des questions», *op. cit.*, p. 457.

⁷¹ Sur la nécessaire réglementation de la bioéthique, v. notamment B. Mathieu, «La nécessité de la norme juridique en matière de bioéthique» et F. Kernaleguen, «Les principes fondamentaux des lois «bioéthiques» in B. Feuillet-Le Mintier (sous dir.), *Les lois «bioéthiques» à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives, op. cit.* respectivement pp. 21-34 et 35-42.

⁷² Cf. le journal *Le Monde*, 4 déc. 1985.

Il semble plus indiqué que les états africains, comme les États européens, puissent mettre sur pied des directives communes réglementant l'assistance médicale à la procréation. Une double raison justifie le souhait d'une législation commune aux états africains. D'une part, les techniques de la procréation médicalement assistée touchent aux valeurs spirituelles et morales de dignité humaine dont ils se font l'avocat⁷³. D'autre part, une législation commune éviterait que les législations nationales divergentes n'ouvrent une brèche dans ce patrimoine commun, créant ainsi des tentations de passage d'un pays à un autre plus tolérant. En attendant que cet idéal soit atteint, le législateur camerounais gagnerait à réglementer cette pratique qui a déjà cours dans ce pays. Tout comme la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine, la réglementation camerounaise aura pour objet général de garantir non seulement les droits et libertés fondamentales de chaque personne, notamment son intégrité, mais aussi la dignité et l'identité de l'être humain dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine⁷⁴. Elle aura pour objectif spécifique, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant à naître de l'assistance médicale à la procréation.

Face à la science qui s'assigne de connaître ce qui est, il revient au droit camerounais d'assurer sa fonction normative et de dire ce qui doit être⁷⁵. Pour ce faire, le droit camerounais devrait énoncer clairement les principes de protection des intérêts menacés par les techniques de procréation médicalement assistée, à l'instar de l'intérêt de l'enfant artificiel (A). Bien plus, elle devrait aller au-delà des considérations abstraites et idéologiques pour toucher du doigt les réalités imposées par ces techniques, afin d'assurer une protection matérielle de l'intérêt de l'enfant à naître (B).

3.1. Les principes de protection de l'intérêt de l'enfant artificiel

Les dangers que fait planer l'usage des techniques d'assistance médicale à la procréation ne leur sont pas propres, car toute découverte scientifique peut être utilisée à des fins épouvantables. En conséquence, le médecin ou le biologiste ne doit pas être considéré comme ce «*savant fou*» qui tente notamment de sélectionner les embryons pour constituer des races supérieures. Son travail doit être repensé dans le sens de satisfaire au maximum les intérêts mis en exergue. Compte tenu par exemple du fait que la fécondation *in vitro* peut permettre d'éviter les maladies génétiquement transmissibles, un trisomie 21 susceptible de vire aujourd'hui plus d'une soixantaine d'année coûtera plus cher à la collectivité qu'un individu né de cette fécondation. Il s'agit donc pour le législateur de repenser, d'encadrer l'œuvre épouvantable mais salvatrice à plusieurs égards du scientifique en posant des principes qui serviront de balises à ses interventions pour le bénéfice de l'espèce humaine toute entière y compris les enfants à naître.

Le législateur pourra combiner plusieurs principes⁷⁶, notamment le principe de la protection de la dignité humaine, le principe du respect du patrimoine génétique humain

⁷³ Cf. notamment les préambules de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

⁷⁴ V. le préambule de cette Convention.

⁷⁵ Paraphrase de la formule employée dans un rapport du Conseil d'État français: «Face à la science qui s'assigne de connaître ce qui est, il revient au droit d'assurer sa fonction normative et de dire ce qui doit être». cf. Rapport du CE, 1998, *Bioéthique et droit*, p. 269.

⁷⁶ Sur les principes gouvernant la bioéthique en général, v. par exemple, F. Kernaeguen, «Les principes fondamentaux des lois "bioéthique"», in B. Feuillet-Le Mintier (sous dir.), *op. cit.*, p. 35.

et le principe de l'extra-patrimonialité universelle des droits sur le corps humain. Malgré la pluralité de ces principes, un double constat s'impose. D'une part, parce que la dignité est une valeur primordiale, prééminente, innée et inaliénable⁷⁷, le principe du respect de la dignité humaine (1) semble assurer plus efficacement la protection de l'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée. D'autre part, en dépit de la singularité apparente des autres principes résultant de l'originalité de leur formulation, ils ne sont que des principes complémentaires au principe de la protection de la dignité humaine (2).

Le principe du respect de la dignité humaine

La notion de dignité humaine est une notion ambiguë; son équivocité conduisant à d'importants débats *philosophiques* et juridiques concernant sa valeur opératoire en tant que concept heuristique⁷⁸. De ces ambiguïtés, il ressort schématiquement, deux conceptions dominantes de la dignité humaine: l'une qui en fait l'égal attribut de toute vie humaine et l'autre qui insiste davantage sur l'autonomie de la volonté en tant que seul élément véritablement digne. La première acception renvoie à la dignité «fondamentale»⁷⁹, «inhérente»⁸⁰ ou «statique»⁸¹, celle qui revient à tout être humain du simple fait de l'appartenance à l'humanité et indépendamment de toute autre considération. La seconde acception renvoie à la dignité «actuelle»⁸², éthique ou «dynamique»⁸³, celle qui ne s'applique pas à l'être de la personne, mais à son action qui varie en fonction des manifestations et se traduit par les droits de la personnalité.

Dans le cadre de la procréation médicalement assistée, c'est la dignité fondamentale de l'enfant à naître et par extension, de tout être humain en tant qu'Homme qui est menacée. Par conséquent, la notion de la dignité humaine renvoie, en bioéthique, à une qualité qui serait liée à l'essence même de chaque Homme; ce qui expliquerait qu'elle soit la même pour tous et qu'elle n'admette pas de degré, de morcellement. Elle renvoie à l'idée que «quelque chose est dû à l'être humain du fait qu'il est humain»⁸⁴. Prise dans ce sens, le principe du respect de la dignité humaine est donc en bioéthique, le principe selon lequel une personne ne doit jamais être traitée comme un objet ou comme un moyen, mais comme une entité intrinsèque. Elle mérite un **respect inconditionnel**,

⁷⁷ B. LewaszkiwiczPetrykowska, «Le principe du respect de la dignité de la personne humaine», in *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, actes du Séminaire Uni-Dem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc-Roussillon et la Faculté de droit-Commission européenne pour la démocratie par le droit, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-25.

⁷⁸ Sur cette équivocité, v notamment A. Schulman, «Bioethics and the Question of Human Dignity», in *Human Dignity and Bioethics*, rapport du Conseil du Président des Etats-Unis sur la bioéthique, mars 1998, pp. 3-18 et A.-M. Pourhiet, «Touche pas à mon préambule», *Le Figaro*, 24 mai 2008.

⁷⁹ B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, la Documentation française, 1999, pp. 50-51.

⁸⁰ R. Andono, «La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?», in *Revue Générale de Droit Médical*, n° 16, 2005, pp. 95-102.

⁸¹ R. Andono, *supra*, note 12.

⁸² B. Maurer, B., *op. cit.*, note 11, p. 51.

⁸³ R. Andono, *supra*, note 12.

⁸⁴ P. Ricoeur, in J.-F. de Raymond, *Les Enjeux des droits de l'homme*, Paris, Larousse, 1988, pp. 236-237.

indépendamment de son âge, de son sexe, de son état de santé physique ou mentale, de sa condition sociale, de sa religion ou de son origine *ethnique*.

Ainsi cernée, la dignité humaine est le fondement principal de la protection de l'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée et, par conséquent, le principe du respect de la dignité humaine est un principe prééminent de sauvegarde de cet intérêt. Ce principe implique «*de préserver à travers le corps et le génome les valeurs abstraites de dignité et de liberté qui s'attachent au concept de personne et de gène humain*»⁸⁵. Cela suppose que la dignité humaine reconnue à l'enfant à naître, ne doit se fonder sur aucun fait que celui d'être humain. Cette acception est celle qui ressort du préambule de la Constitution camerounaise où l'on peut lire que «*d'être humain, sans distinction de race, de religion, de sexe, de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés*». Certes, en énonçant dans ce même préambule l'attachement du peuple camerounais «*aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte des Nations Unies, la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et toutes les conventions internationales y relatives et dûment ratifiées*», la Constitution du Cameroun consacre le principe du respect de la dignité humaine parce que ce principe se trouve dans les préambules de ces importants textes internationaux. Mais, cela ne suffit pas car la reconduction de ce principe dans le cadre d'une loi régissant la bioéthique, permet de résoudre les questions liées à ses applications spécifiques dans ce domaine.

Le principe du respect de la dignité de la personne humaine implique, pour le législateur camerounais, d'adopter une conception globale de l'Homme, celle-là qui l'appréhende non pas seulement comme un sujet doué de raison, mais aussi comme un génome humain en gestation, car «*protéger l'embryon, c'est protéger par là même l'espèce humaine*»⁸⁶. Il s'agit pour le législateur de ne pas souscrire ni recourir à la dissociation entre la dignité de l'enfant à naître et celle de l'être humain adulte. Une telle dissociation, ne peut que conduire à l'arbitraire et à la compromission de la dignité humaine toute entière. En dépit de ce que laisse croire la notion de «*personne potentielle*» utilisée par le Comité national d'éthique français pour caractériser la personne des enfants conçus, l'on ne peut parler de dignité potentielle ou virtuelle pour les enfants et de dignité effective pour les adultes ou, tout au moins les enfants nés vivants et viables, sans empiéter sur la dignité humaine prise globalement. La dignité est un tout indissociable, elle est totale ou ne l'est pas.

En outre, comme l'a relevé Jamil Sayah, «*l'irrésistible évolution de la biologie, en ce qu'elle parcellise l'unité de l'être humain, impose une conception juridique qui appréhende l'homme dans son ensemble, c'est-à-dire l'homme en tant que personne et l'homme en tant que corps*»⁸⁷. Pour mieux protéger l'intérêt de l'enfant à naître, le législateur devrait procéder à une confusion entre son corps et sa personne, car ces deux composantes de l'être humain forment un tout indissociable tant chez l'enfant déjà né, un adulte que chez l'enfant à naître. «*Le corps c'est la personne* disait Marie-Angèle Hermite, cela

⁸⁵ C. Labrusse-Riou, «L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne», *Droits* n° 13, 1991, p. 20.

⁸⁶ J. Sayah, «Dignité humaine, biologie et médecine», in *Etat de droit, Droits fondamentaux et diversité culturelle (ouvrage collectif)*, Edition L'Harmattan, 1999, p. 246.

⁸⁷ J. Sayah, *op. cit.*, p. 228.

signifie qu'il ne peut être ravalé au rang de bien, de ce fait il est indisponible⁸⁸. Si «L'être humain est à la fois âme et corps, les deux demeurant indissociablement liés»⁸⁹, peu importe qu'il soit un enfant né mais qui n'a pas encore atteint la maturité, ou tout au plus, un enfant à naître. Concrètement, cette indissociabilité entre le corps et la personne de l'enfant à naître a pour conséquence l'interdiction de la commercialité des embryons. En l'absence d'un texte bioéthique et au regard de l'évolution des progrès scientifiques vers une médecine consumériste, le risque est très élevé de voir le rôle du médecin camerounais évoluer vers une médecine non pas tant de la maladie, que du désir ou de la demande, mais plutôt «vers une médecine consumériste du confort individuel»⁹⁰. Rien n'empêcherait les médecins de conserver des embryons humains à des fins commerciales ou eugénistes.

Contrairement à la doctrine qui soutient que l'embryon est une chose⁹¹, une partie de la femme qui peut en disposer librement, le principe du respect de la dignité humaine impose de le considérer comme un sujet de droit. L'embryon ne peut pas être une chose ni un animal parce qu'il est le fruit d'une descendance humaine ayant, par conséquent, un patrimoine génétique humain qui ne vivra jamais sous la forme d'un scarabée ou d'une grenouille. Il est un être humain dès la première cellule. Cette qualification produit une rupture dans l'échelle des êtres vivants et exige l'extension du respect dû aux enfants nés et au adultes à tous les enfants à naître même s'ils sont *in vitro*⁹².

Bien plus, la considération de l'embryon humain comme un sujet de droit entraîne la limitation du droit de propriété de la femme enceinte sur son propre corps. En effet, pour mieux sauvegarder l'intérêt de l'enfant à naître, il est nécessaire de reconnaître que l'enfant est une partie de la femme enceinte dont elle ne peut disposer librement. Dans cette perspective, il sera reconnu à la femme enceinte, à condition qu'elle respecte certaines restrictions légales, de disposer de son corps parce qu'elle en est propriétaire. Cela lui permettrait par exemple, de prêter son utérus à un couple d'hétérosexuels mariés en difficulté de procréation dont les gamètes ont servi à la fécondation et dont la femme ne peut porter l'enfant⁹³.

C'est donc dans l'aménagement du droit de propriété de la femme sur son corps que l'intérêt de l'enfant est mieux sauvegardé. Cet aménagement doit conduire à éviter que toute chose dont on a la propriété devienne une marchandise. Cela signifie par exemple que l'enfant à naître bien que faisant partie de sa maman ne peut faire l'objet

⁸⁸ M.-A. Hermitte, «Le corps hors du commerce, hors du marché», *Archives de philosophie du droit*, n° 23, 1998, p. 338.

⁸⁹ C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme: de quel droit?*, PUF, 1987, p. 16.

⁹⁰ E. Guigou, Préface de l'ouvrage sous la direction de B. Feuillet-Le Mintier, *Les lois "bioéthique" à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, Actes du colloques pluridisciplinaire des 12 et 13 nov. 1998 à Rennes, PUF, 1^e éd., 1999, p. 6.

⁹¹ J. Rubellin-Devichi, «Les procréations assistées: état des questions», *Rev. trim. dr. civ.*, 86 (3), juil.-sept. 1987, p. 478.

⁹² Avec la mécanisation à outrance de la vie, un auteur relève qu'entre chose et personne, l'identité de l'Homme vacille car il est et ne l'est pas à la fois. Cf. B. Edelman, *Ni chose ni personne. Le corps humain en question*, Hermann Editeurs, 2009, p. 143.

⁹³ Cette possibilité doit être envisagée strictement. Par conséquent, elle ne peut être reconnue qu'à un couple d'hétérosexuels mariés, à la condition que leurs propres gamètes puissent servir à la fécondation.

d'un commerce parce qu'il est un être humain dès la première cellule. Dans cette perspective, les gamètes, en tant que forces génétiques de l'individu, échappent en principe à la volonté individuelle et, par conséquent, ne peuvent être l'objet ni d'une donation, ni d'une vente.

Le principe du respect de la dignité humaine implique la prohibition de toute pratique de procréation médicalement assistée conduisant à la réification de l'enfant à naître. Son application conduit à l'adoption d'un texte de portée générale encadrant l'intervention du biologiste sur les embryons selon lequel toute action sur l'embryon humain au sujet de laquelle existe un doute, doit être appréciée par rapport à la dignité humaine. Il peut ainsi servir de fondement idéologique à l'interdiction de la destruction, de la commercialisation des embryons, du clonage humain reproductif⁹⁴, de la création des embryons à des fins purement de recherche, de la constitution d'embryon ou de bébé-médicament et de l'eugénisme. Il est donc un principe axiologique⁹⁵ de protection de l'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée. Malgré cette prééminence, le législateur peut, associer à ce principe bien d'autres qui lui sont complémentaires.

3.2. Les principes complémentaires au principe du respect de la dignité humaine

En plus du principe du respect de la dignité humaine, une bonne protection de l'intérêt de l'enfant à naître impose au législateur de prendre en compte d'autres principes complémentaires, notamment le principe de la protection du patrimoine génétique universel (a), le principe de l'extra-patrimonialité universelle des droits sur le corps humain (b) et le principe de la reconnaissance du droit à et sur l'enfant artificiel (c).

Le principe de la protection du patrimoine génétique universel

L'expression «*patrimoine génétique*» caractérise un ensemble complexe, cohérent et transmissible de matériels génétiques humains considérés comme un «*bien inné*», c'est-à-dire des «*objets qui se confondent avec l'existence même de la personne*»⁹⁶. Le patrimoine génétique humain est considéré comme une richesse dont des générations futures auront besoin pour mieux vivre. Par conséquent, le génome humain cesse d'être individuel pour devenir une chose commune, un patrimoine universel qui nécessite une protection à ce titre. Le principe de la protection du patrimoine génétique humain universel peut

⁹⁴ L'application de ce principe en ce qui concerne spécialement le clonage humain conduirait à l'adoption d'un texte selon lequel «*Est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort*». Dans cette perspective, «*l'expression être humain génétiquement identique à un autre être humain signifie un être humain ayant en commun avec un autre l'ensemble des gènes nucléaires*». V. art. 1 du Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, Paris, 12/01/1998.

⁹⁵ Sur la valeur axiologique de la dignité de la personne humaine en général, v. J. Andrian Tsimbazovina, «La dignité et le droit international et européen, Quelques considérations sur le traitement de la dignité de la personne humaine par le droit positif», in *Justice, éthique et dignité: actes du colloque international de Limoges les 19 et 20 novembre 2004*, Entretiens d'Aguesseau, textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, Limoges, 2006, pp. 131-142.

⁹⁶ Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 2, *Les Biens*, 6^e éd., Martin, 1935, p. 8.

donc servir à mettre sur pied des textes qui ont pour but de protéger le génome humain des manipulations susceptibles de modifier l'espèce humaine.

De façon générale, il s'agit pour le législateur de sauvegarder son intérêt en interdisant toute pratique eugéniste pouvant entraîner la modification de son code génétique car cela produira un effet général d'atteinte à l'espèce humaine toute entière. Pour atteindre cet objectif, le législateur pourrait prendre un texte selon lequel toute «*intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance*»⁹⁷.

Plus spécifiquement, il s'agit aussi de prohiber toute intervention médicale ayant pour but de sélectionner le sexe de l'enfant par convenance personnelle. En effet, l'application des techniques de diagnostic des embryons au stade préimplantatoire entraîne des risques de dérives dans le cadre de la fécondation *in vitro* puisque le diagnostic fait avant l'implantation de l'embryon *in utero* peut conduire à une sélection du sexe de l'enfant à venir, par convenance personnelle. Le choix du sexe de l'enfant à naître se fait par la séparation des chromosomes contenus dans les cellules spermatiques déterminant le sexe au travers d'une centrifugeuse avant de procéder à la fécondation *in vitro* en utilisant que des spermatozoïdes contenant les chromosomes Y, si l'on veut un garçon, ou de chromosomes X, si l'on veut une fille. Si l'on reconnaît au couple la possibilité de choisir librement le sexe de leur enfant à naître, on retrouverait, pour emprunter au Doyen Carbonnier, le «*choix du roi*»⁹⁸ dans nombre de famille. La sélection du sexe par convenance personnelle est dangereuse dans des sociétés où la naissance des filles ou des garçons n'est pas désirée⁹⁹.

Toutefois, une interdiction absolue de toute possibilité de choix du sexe de l'enfant artificiellement conçu est de nature à porter atteinte à ses intérêts. Dans certains cas, il va dans l'intérêt de l'enfant à naître d'autoriser l'eugénisme thérapeutique consistant notamment à sélectionner le sexe pour lutter contre les maladies liées au sexe. Il en est ainsi du choix du sexe féminin dans le cas où le diagnostic prénatale montre que le couple souffre d'une maladie génétiquement transmissible aux seuls garçons (hémophilie, myopathie de Duchenne) ou du choix du sexe masculin dans le cas de maladie qui affectent exclusivement les filles (syndrome de Turner).

Dans l'intérêt de l'humanité en général et des enfants à naître en particulier, il importe donc de proscrire tout diagnostic préimplantatoire qui aurait pour but la sélection des sexes non pas pour des raisons thérapeutiques mais par convenance personnelle ou simplement la modification de l'espèce humaine. En clair, le législateur poserait le principe de la proscription de l'eugénisme et assortirait ce principe des exceptions thérapeutiques relatives à la lutte contre les maladies liées au sexe. L'application de ce principe conduirait à l'adoption d'un texte qui, comme l'article 14 de la Convention sur les droits de l'homme

⁹⁷ V. article 13 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine de 1997.

⁹⁸ Cf. Rapport de synthèse au colloque «Génétique, Procréation et Droit», Acte du colloque de Lausanne des 29-30 nov. 1985, p. 154.

⁹⁹ En Chine par exemple, l'infanticide des filles a été pratiquée pendant longtemps. V. à ce sujet, J. Sayah, *op. cit.*, p. 249.

et la biomédecine de l'Union européenne, énoncerait que *«L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe.»*

Dans le cadre de l'autorisation de l'eugénisme thérapeutique, le législateur protégerait le droit à la vie des enfants à naître en restreignant considérablement les cas pour lesquels un diagnostic préimplantatoire pourrait conduire à la destruction de l'embryon *in vitro*, car c'est particulièrement une forme d'eugénisme que de chercher à éliminer les « tarés », les « faibles » ou « les dégénérés »¹⁰⁰.

Dans ce sens, il n'est pas soutenable d'interdire toute recherche sur les embryons *in vitro*. Il y a lieu de limiter ces recherches à des fins essentiellement utilitaires comme celles pouvant contribuer à améliorer la condition humaine des malades, notamment celles conduisant à la connaissance d'une maladie liée aux gènes. Par conséquent, le législateur camerounais protégerait mieux l'intérêt de l'enfant en adoptant un texte selon lequel *«l'intérêt de l'enfant à naître doit prévaloir sur tous les autres intérêts, notamment ceux des parents, de la société ou de la science»*. Il le ferait davantage en complétant la prééminence de l'intérêt de l'enfant à naître à travers l'adoption d'un texte qui va dans le même sens que l'alinéa (2) de l'article 18 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine. Cet alinéa précise que *«La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite.»* Ce texte à adopter exprimerait le sens même des droits fondamentaux fondés sur le principe de la dignité humaine et sur le principe de la protection du patrimoine génétique universel qui ont le mérite de lutter contre la réification des embryons humains. En effet, il est certains que la constitution des embryons aux fins exclusives de recherches que l'on détruirait volontairement après ses travaux traduit une totale réification de ce dernier.

L'absence d'une telle réglementation pourrait faire courir un grave danger de modification des caractères génétiques de l'homme. Elle est aussi de nature à porter atteinte à l'intégrité des enfants artificiels dont le principe de l'extra-patrimonialité universelle des droits sur le corps humain vise à protéger.

Le principe de l'extra-patrimonialité universelle des droits sur le corps humain

L'idée de l'invulnérabilité ou de l'inaliénabilité du corps se justifie par l'universalité des droits sur le corps humain. La liberté de disposer de soi-même disparaît derrière l'universalité des droits que l'humanité a sur le corps humain parce que nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine¹⁰¹.

¹⁰⁰ A. Carrel, *L'homme cet inconnu*, Paris, Denoël, 1935, cité par J. Sayah, *op. cit.*, p. 253.

¹⁰¹ Ce principe semble mieux protéger l'intérêt de l'enfant artificiel que le principe classique de l'indisponibilité placé sous l'égide de l'article 1128 du Code civil aux termes duquel «il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions» et utilisé par la Cour de cassation française pour condamner la maternité de substitution (Ass. Plén. 30 mai 1991, 417, rapport Chartier, note Thouvenin, JCP, 1991, II, 21752, concl. Dontenville, note Terre). En fait le principe de l'indisponibilité semble paradoxalement se situer dans l'ordre patrimonial car l'indisponibilité est a priori la qualité d'un bien; celui qui ne peut faire l'objet de disposition. Or, en tant qu'un homme, l'enfant bien qu'artificiel ne peut être considéré comme un bien ou une chose même indisponible. Les révolutionnaires français avaient été plus nets en proclamant dans l'article 18 de la Déclaration des droits du 24 juin 1793 que *«Tout homme peut engager ses services, son temps, mais il ne peut se vendre ni être vendu; sa personne n'est pas une propriété aliénable.»*

En imposant ainsi le respect du corps humain parce qu'il fait partie du patrimoine de l'humanité, toute opération sur l'enfant à naître de nature à faire de son corps un objet sans valeur ni signification sociale serait considérée comme illégitime. Concrètement, l'application de ce principe aboutit à l'interdiction de toute convention à titre onéreux portant sur des embryons ou sur des gamètes. Les contrats conclus entre le laboratoire et ceux qui désirent avoir un enfant apparaissent beaucoup plus comme des contrats d'entreprise ou de fourniture dans lesquels l'enfant est considéré comme un produit industriel ou un objet à fabriquer et pas comme une personne. L'enfant ne saurait être traité comme un objet, un produit fabriqué ou une marchandise. Qu'il s'agisse des contrats entre des parents et une mère de substitution, qu'il s'agisse d'un don d'ovules en vue de leur fécondation *in vitro* et de leur implantation dans l'utérus d'une femme stérile, ou d'un contrat dit de prêt ou de location d'utérus d'une mère porteuse inséminée par le mari ou accueillant un embryon fécondé *in vitro*, ils sont généralement considérés comme nuls¹⁰² ou du moins comme dépourvus de force contraignante¹⁰³ parce que leur cause et leur objet sont jugés illicites¹⁰⁴. Tous ces contrats remettent en cause le principe de l'extra-patrimonialité universelle des droits sur le corps humain.

Bien plus, l'application de ce principe exige l'interdiction de la pratique rependue dans certains pays à l'exemple des États Unis qui consiste, pour un homme, à déposer son sperme dans un centre de conservation puis à se faire stériliser et à recourir à sa banque de sperme lorsqu'il désire procréer. Cette pratique est de nature à faciliter le commerce des gamètes et l'insémination *post mortem*. La fonction de la notion de l'extra-patrimonialité universelle est précisément de poser le principe de la protection de l'intégrité du corps de l'enfant à naître en tant qu'élément du patrimoine de l'humanité. Son application permet de mettre sur pied un principe selon lequel le corps humain et ses éléments, qu'ils soient des embryons, ne sont pas, en leur état naturel, considérés comme des inventions ou des sources de profit. Cela suppose aussi une réglementation stricte du droit à et sur l'enfant artificiel.

Le principe de la reconnaissance du droit à et sur l'enfant artificiel

Avec la procréation médicalement assistée, la question s'est posée de savoir si la distinction fondamentale entre le sujet et l'objet de droit n'est pas abandonnée¹⁰⁵, ou du moins si le droit d'avoir un enfant (ou de ne pas avoir) ne s'oppose pas à l'intérêt de l'enfant¹⁰⁶. Selon la forte formule de François Terre, «*il n'y a (...) ni «droit» à l'enfant, ni «droit» d'en faire un pour autrui. Il y a la «liberté» d'en désirer un et la «liberté» d'aider l'autre à en avoir un*»¹⁰⁷. Plusieurs arguments sont évoqués au soutien de la

¹⁰² J. Rubellin-Devichi, «La gestation pour le compte d'autrui», D. 1985, Chron. p. 147; A. Seriaux, «Droit naturel et procréation artificielle: quelle jurisprudence?», D. 1985, Chron. p. 53; C. Atias, «Le contrat de substitution de mère», D. 1986, Chron., p. 67 ; D. Huet-Weiller, «Le droit de la filiation face aux nouveaux modes de procréation», *Rev. de métaphysique et de morale*, 1987, p. 330, et spéc. p. 343.

¹⁰³ J. Rubellin-Devichi, «Les procréations assistées: état des questions », *RTD civ, op. cit.*, p. 457.

¹⁰⁴ P. Kayser, «Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle», D. 1987, Chron., n° 11.

¹⁰⁵ F. Terre, «L'enfant de l'esclave», *Génétique et droit*, spéc. p. 121.

¹⁰⁶ J.-L. Baudouin, et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme, De quel droit?*, p. 277, cité par P. Raynaud, «L'enfant peut-il être objet de droit?», *Rec. D. Sirey*, Chron. 1988, p. 109.

¹⁰⁷ F. Terre, «L'enfant de l'esclave», *op. cit.*, p. 128.

méconnaissance du droit à l'enfant et du droit sur l'enfant¹⁰⁸. Pour certains, «*Les œufs humains ne peuvent être l'objet de quelque droit que ce soit (...)*»¹⁰⁹; l'enfant est une personne et ne peut faire l'objet d'un droit subjectif¹¹⁰. Pour d'autres, le droit à l'enfant et, *a fortiori*, le droit sur l'enfant ne devraient pas exister parce que ces deux droits n'ont pas de débiteur et leur reconnaissance entraînerait la réification de l'enfant¹¹¹.

Malgré tout, il va de l'intérêt de l'enfant à naître de reconnaître tout en traçant nettement leur limite, non seulement le droit personnel à l'enfant, mais aussi le droit sur l'enfant. Dans l'intérêt de l'enfant, ces deux droits doivent être reconnus exclusivement au couple d'hétérosexuels mariés. Le mariage fournit au couple le droit à l'enfant parce que l'intérêt de ce dernier est présumé sauvegardé dans le cadre marital¹¹². Les références à l'âge nubile et à la différence de sexe des époux renverraient apparemment à celle-ci¹¹³ d'autant plus que ce couple dispose d'un droit de fonder une famille qui emporte «*implicitement mais certainement celui de procréer des enfants*»¹¹⁴. Le médecin est le débiteur du droit à et sur l'enfant artificiel. Étant tenu d'une obligation de soigner les malades, l'infertilité du couple marié officiellement ou les maladies génétiquement transmissibles aux enfants dont le couple souffre, sont des maladies qu'il peut soigner à travers la procréation médicalement assistée.

Toutefois, ce droit ne saurait être un droit absolu. Ses limites doivent être tracées dans l'intérêt de l'enfant à naître. L'intérêt de l'enfant à naître exige la limitation du bénéfice du droit à l'enfant artificiel au seul couple d'hétérosexuels officiellement mariés, à la condition que les gamètes de ce couple puissent servir à la fécondation. C'est dans le cadre de ce couple qu'existe une réelle volonté d'avoir un enfant et un cadre idéal pour son épanouissement. *A contrario*, la sauvegarde de cet intérêt suppose la méconnaissance du droit à l'enfant artificiel à toute personne qui est obligée de recourir à la procréation médicalement assistée de convenance. L'on pense notamment au célibataire qui, sans avoir besoin d'un partenaire sollicite d'avoir un enfant, au couple d'homosexuels, de transsexuels et de lesbiennes. Ces personnes n'offrent pas un cadre idéal d'épanouissement de l'enfant. En effet, l'un des droits de l'enfant est de devenir un adulte responsable et heureux. Or, comment l'enfant peut-il après sa naissance devenir

¹⁰⁸ V. par exemple, B. Feuillet-Le Mintier, «Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation», in *Les lois "bioéthique" à l'épreuve des faits Réalités et perspectives*, op. cit., p. 198 et s.

¹⁰⁹ J. Rubellin-Devichi, «Les procréations assistées: état des questions», *RTD civ.*, op. cit., p. 484.

¹¹⁰ B. Feuillet-Le Mintier, «Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant: droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives», in *Les filiations par greffe, adoption et procréation médicalement assistée*, Actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, Cornu Gérard (éd.), LGDJ, Paris, 1997, p. 69.

¹¹¹ P. Raynaud, «L'enfant peut-il être objet de droit?», op. cit., pp. 109-112.

¹¹² Une réflexion *a contrario* permet de soutenir l'existence du droit à l'enfant. Lorsque la femme recourt à l'interruption volontaire de grossesse pour plusieurs raisons légalement prévues, elle met en exergue le droit de ne pas avoir un enfant qui n'est que la face opposée du droit à l'enfant, voire le droit sur l'enfant.

¹¹³ Cf. les articles 52 et suivants de l'ordonnance de 1981.

¹¹⁴ J. Velu et R. Erge, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 576.

un adulte heureux s'il n'a que deux parents dont l'identité de sexe lui posera l'éternel problème de la détermination de son papa et de sa maman, ou s'il est né orphelin d'un parent? L'on pense également au couple d'hétérosexuels mariés, mais obligés à recourir au don de gamètes ou d'embryons. Ici, l'enfant à naître est exclusivement voué à l'adoption par ses parents artificiels qui partiellement (cas de don de spermatozoïde ou d'ovule) ou totalement (cas de don d'embryon) ne sont pas ses parents biologiques.

S'agissant spécifiquement du droit sur l'enfant artificiel à naître, il doit être d'un domaine très restreint. Comme le droit sur la personne de l'enfant mineur qu'accorde notamment l'autorité parentale à ses parents, le droit sur la personne de l'enfant artificiel doit avoir une finalité nettement affirmée. Par conséquent, il ne doit être accordé que pour protéger l'enfant artificiel «*dans sa sécurité, sa santé et sa moralité*»¹¹⁵. Il pourra fonder la possibilité reconnu au couple de demander au médecin de procéder à un eugénisme thérapeutique consistant notamment à sélectionner le sexe de l'enfant à naître pour lutter contre les maladies liées au sexe. Il en sera ainsi du choix du sexe féminin dans le cas où le diagnostic prénatal montre que le couple souffre d'une maladie génétiquement transmissible aux seuls garçons (hémophilie, myopathie de Duchenne) ou du choix du sexe masculin dans le cas de maladie qui affectent exclusivement les filles (syndrome de Turner). Il pourra aussi fonder le droit reconnu au médecin de procéder au lavage des spermés pour éviter les maladies sexuellement transmissibles aux enfants à naître.

Le droit sur l'enfant ne doit jamais consister en un droit de vie ou de mort; l'embryon devant être considéré comme un être humain dès la première cellule parce qu'il est l'expression morphologique d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort. Ceci implique de proscrire toute intervention sur l'embryon devant conduire à sa destruction. Plus spécifiquement, la production des embryons qui ne doivent pas être transplantés devrait être prohibée. Pour ce faire, la logique consisterait à éviter toute production des embryons surnuméraires en demandant au médecin de ne recourir qu'à une seule fécondation. Et c'est dans le cas où cette fécondation échoue indépendamment de sa volonté ou de la volonté des époux que le biologiste pourra effectuer une deuxième ou une troisième fécondation¹¹⁶. Or, à l'étape actuelle d'évolution de la bioéthique, les biologistes ne peuvent pas éviter toute production d'embryon surnuméraires car il n'est pas encore possible de congeler les ovules¹¹⁷. C'est pour cette raison qu'il est nécessaire de se limiter, pour le moment, à l'interdiction de production d'embryons qui ne sont pas destinés à la transplantation, notamment les embryons *in vitro* destinés à des recherches, à des expérimentations ou à des études. Du moment où la science parviendra à congeler les ovules fécondables sans anomalie une fois sorties de l'azote liquide, la solution consistant à interdire plusieurs fécondations s'imposera.

¹¹⁵ V. Art. 371-2 du Code civil français.

¹¹⁶ Certes cette exigence est de nature à faire souffrir la femme, car l'intervention afin de prélever l'ovocyte, qu'elle soit faite sous contrôle coelioscopique (avec anesthésie générale) ou sous guidage échographique (avec anesthésie locale), n'est jamais bénigne. Cependant, il s'agit d'un minimum de souffrance qu'impose tout traitement d'une maladie, et de surcroît qui protège l'intérêt non seulement de l'enfant à naître mais de l'espèce humaine toute entière.

¹¹⁷ Sur cette impossibilité, v. Ph. Pedrot, «La recherche sur l'embryon: un consensus impossible?», B. Feuillet-Le Mintier (sous dir.), *Les lois "bioéthique" à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, op. cit., p. 245.

Le droit sur l'enfant à naître ne doit pas aboutir à faire de l'enfant une chose au sens du droit commun, et cela pour éviter son exploitation commerciale. Autrement dit, il ne doit pas être confondu à un droit de propriété pouvant entraîner l'aliénation des enfants à naître¹¹⁸.

Au demeurant, la nécessité d'assurer la protection de l'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée implique la reconnaissance d'un droit à et sur l'enfant exclusivement au couple d'hétérosexuels mariés et la reconnaissance de la liberté d'aider ceux-ci d'avoir un enfant. Pour éviter les abus, il importe d'organiser le contrôle des expérimentations faites sur les fœtus, notamment à travers la création des Comités d'éthique indépendants et pluridisciplinaires pour éviter que les scientifiques soient juge et partie. Ces organes seront chargés d'évaluer, de manière indépendante, les pratiques de la procréation médicalement assistée tant au point de vue juridique, de leur pertinence scientifique que sur le plan éthique, de dignité humaine et de protection de l'espèce humaine. Pour que ces centres puissent atteindre leurs objectifs, il importe au préalable que le législateur ait pris des mesures visant à assurer la matérialisation de la protection de l'intérêt de l'enfant artificiel.

La matérialisation de la protection

Comme l'a relevé le Professeur René-Jean Dupuy, «*étude et la promotion des droits de l'enfant illustrent la nécessité de passer d'une vision globale et abstraite des droits de l'homme à des approches situationnelles*»¹¹⁹. En conséquence, pour mieux rendre compte des mesures à prendre par le législateur camerounais dans le but de sauvegarder l'intérêt de l'enfant artificiellement conçu, l'approche situationnelle des techniques de procréation médicalement assistée mérite d'être privilégiée. Cette approche impose de distinguer selon que la procréation médicalement assistée n'est pas de convenance (1) et selon qu'elle est de convenance (2).

La PMA n'est pas de convenance

La procréation médicalement assistée n'est pas de convenance lorsqu'elle est un remède, c'est-à-dire lorsqu'elle tend exclusivement à permettre à un couple d'hétérosexuels mariés de satisfaire leur désir d'avoir un enfant à partir de leurs propres gamètes ou de remédier aux maladies particulièrement graves et génétiquement transmissibles aux enfants dont souffre ce couple. Peu importe que dans le cadre de la fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple, la réimplantation ait lieu dans l'utérus de la mère génitrice ou de la mère gestatrice. Au Cameroun, il peut s'agir d'un couple officiellement, ou tout au moins traditionnellement marié¹²⁰. Certes le mariage n'est pas une certitude de stabilité,

¹¹⁸ Ceux qui refusent l'idée d'un droit sur l'enfant semblent croire que ce droit renvoie *ipso facto* au droit de propriété qui, selon eux, est en toute hypothèse illimité alors qu'il est, en réalité, limité. Sur cette limitation, v. J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993, p. 225.

¹¹⁹ R.-J. Dupuy, cité par J.L. Clergerie, «L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant», *Rev. Dr. Public*, 1990, p. 436.

¹²⁰ Il ressort de l'article 81 al. (1) de l'ordonnance de 1981 que «*Les mariages coutumiers doivent être transcrits dans les registres d'état civil du lieu de naissance ou de résidence de l'un des époux*». Contrairement à cette ordonnance, l'avant-projet du Code des personnes et de la famille ignore le mariage coutumier.

mais par rapport aux concubins, les époux sont dans une union qui dénote leur engagement de mener une vie commune durable. Dans le mariage, la procréation médicalement assistée correspond à un désir de fonder une famille exprimé par des personnes qui, sur le plan juridique et même moral, bénéficient d'une présomption de sérieux et de responsabilité. Toutefois, il conviendrait que cette procréation médicalement assistée soit une solution subsidiaire. Par conséquent, le couple d'hétérosexuels mariés ne devraient être autorisés à en recourir que s'il n'existe aucune autre solution permettant de pallier leur difficulté au regard de l'évolution actuelle de la biomédecine.

De prime à bord, lorsqu'un couple marié sollicite l'assistance médicale à la procréation, pour remédier à leur infertilité en utilisant leurs gamètes, aucun problème relatif à la protection de l'intérêt de l'enfant conçu ne semble se poser. À l'analyse, force est de constater que dans certains cas l'intérêt de l'enfant artificiel est menacé. En conséquence, pour mieux sauvegarder l'intérêt de l'enfant artificiellement conçu, il faut distinguer selon qu'il s'agit de l'insémination artificielle, de la fécondation *in vitro* ou du *gamète intra fellopian transfert*.

En ce qui concerne l'insémination artificielle et le *gamète intra fellopian transfert*, lorsqu'ils sont réalisés *inter vivos* avec le sperme du mari, il ne se pose guère de problème, même éthique; l'enfant étant biologiquement celui de ses père et mère.

S'agissant de la fécondation *in vitro*, lorsqu'elle est faite avec les gamètes d'un couple d'hétérosexuels mariés, la situation est assimilable à l'insémination artificielle *inter vivo* avec le sperme du mari. *A priori*, aucun problème ne se pose parce que l'enfant est issu des gamètes de ses père et mère biologiques. À la naissance de cet enfant, la filiation juridique pourra toujours coïncider avec la vérité biologique. Cela est généralement le cas lorsque la réimplantation est faite immédiatement après la fécondation *in vitro*.

Cependant, lorsque la réimplantation est faite après congélation de l'embryon, une difficulté est envisageable au regard du droit positif camerounais. L'on peut être confronté à la question de la détermination de la date de la conception de l'enfant lorsque par exemple le géniteur décède après la fécondation *in vitro* mais avant le transfert dans l'utérus de la mère, c'est-à-dire pendant le temps où l'embryon est conservé par cryocongélation¹²¹.

Conformément à l'article 315 du Code civil applicable au Cameroun, l'enfant né plus de 300 jours après la mort du mari n'est pas légitime parce qu'il est présumé conçu après le mariage qui normalement prend fin à la mort de l'un des conjoints. Certes même si conformément à l'article 311 du Code civil cette présomption peut tomber devant la preuve contraire, la question demeure de savoir si la fécondation *in vitro* peut être assimilable à la conception. En vérité, la fécondation *in vitro* diffère de la conception qui se passe au sein maternel. Pour cela, il est important, pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant, de l'assimiler à la conception dans ce cas spécifique. Plusieurs raisons militent en faveur de cette assimilation. En l'absence d'une telle assimilation, l'enfant ne pourra

¹²¹ Cette situation diffère de l'insémination *post mortem* avec le sperme du conjoint, car la mort du géniteur intervient quand le processus de vie a déjà commencé même si l'enfant n'est qu'encore *in vitro*. La solution envisagée dans le cadre de l'analyse de l'insémination *post mortem*, à savoir son interdiction pure et simple, ne saurait être efficace dans le cadre de la fécondation *in vitro* suivie d'une réimplantation *post mortem*.

qu'être difficilement rattaché à son géniteur; car il faudra que sa maman apporte la preuve contraire de sa légitimité. Bien plus, le défaut d'assimilation est de nature à pousser les veuves à refuser cette réimplantation, créant ainsi un individu qui s'éternisera au laboratoire, sera voué à la destruction ou ferait l'objet d'un commerce illégal.

Dans le cas spécifique où la réimplantation, après fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple, est faite dans l'utérus d'une mère porteuse, des difficultés cruciales liées à la protection de l'intérêt de l'enfant sont envisageables au regard du droit positif camerounais. Ces difficultés diffèrent selon que la mère porteuse est mariée ou pas.

Si la mère porteuse n'est pas mariée, l'ordonnance du 29 juin 1981¹²² fait de la vérité biologique la valeur prépondérante en matière de filiation naturelle. Elle fonde la filiation maternelle naturelle sur la maxime *mater semper certa est* en affirmant que l'accouchement vaut reconnaissance à l'égard de la mère¹²³, et en exigeant que la déclaration de naissance indique le nom de la mère¹²⁴. Or dans ce cas où la mère porteuse n'a pas transféré son patrimoine génétique à l'enfant, la vérité biologique résultant de la prise en compte du seul fait d'accouchement, n'est qu'apparente. Par conséquent, pour mieux sauvegarder l'intérêt de l'enfant, il est nécessaire d'interdire toute filiation à l'égard de la mère porteuse et d'établir la filiation à l'égard de la mère biologique. La solution est, de nos jours, celle qui s'impose parce qu'il est désormais facile d'établir avec certitude la preuve positive ou négative de la maternité biologique.

L'ordonnance de 1981 subordonne l'établissement de la filiation paternelle naturelle à l'existence du lien de sang. L'article 41 alinéa 2 de cette ordonnance dispose en effet que «*La reconnaissance et la légitimation, à l'exception de la légitimation adoptive, sont fondées sur le lien de sang. Quand celui-ci est établi, nul ne peut faire obstacle à la reconnaissance.*»¹²⁵. Cette exigence s'applique aussi bien lorsque la filiation est établie par voie administrative que par voie judiciaire. Afin de garantir la coïncidence entre la vérité biologique et la vérité juridique dans l'établissement par voie administrative de la filiation paternelle naturelle, l'ordonnance de 1981 exige que la déclaration du père naturel prétendu soit reçue par l'officier d'état civil après consentement de la mère et en présence de deux témoins¹²⁶. Dans ce cas, lorsqu'aucun conflit ne s'installe entre la mère porteuse et le couple dont les gamètes ont servi à la fécondation *in vitro*, l'établissement de la filiation paternelle en faveur du père biologique peut être facile. Cependant, en cas de conflit, il importe pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant, de consacrer son rattachement à son père biologique dès lors que ce dernier prouve le lien de sang entre cet enfant et lui. Certes, «*le droit ne se réduit pas toujours à l'enregistrement de données naturelles*»¹²⁷, mais la logique paraît de relier la personne à ses parents biologiques.

¹²² Ordonnance n° 81-02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques.

¹²³ Cf. art. 41 al. (1) par. 2 ord. du 29 juin 1981 et 280 al. (1) de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille.

¹²⁴ Cf. art. 34 ord. du 29 juin 1981.

¹²⁵ L'ordonnance de 1981 consacre ainsi la jurisprudence antérieure de la Cour suprême. V. CS arrêt n° 10 du 7 déc. 1973, Bull. n° 27, p. 3687; CS arrêt n° 2/L du 24 oct. 1974, Bull. n° 31, p. 4541.

¹²⁶ Cf. art. 44 al. (1), par. 2.

¹²⁷ J.-P. Gridel, «Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993)», D.S. 1993, chron. p. 191.

Sur le plan judiciaire, le rattachement de l'enfant à ses pères biologiques est déjà organisé par l'ordonnance de 1981 et l'avant-projet du Code des personnes et de la famille qui érigent ainsi la vérité biologique en principe tant dans l'établissement¹²⁸ que dans la contestation de la filiation naturelle et dans le règlement des conflits de filiations. Cependant, l'ordonnance de 1981 n'a pas tiré toutes les conséquences de l'exigence de la vérité biologique dans l'établissement de la filiation naturelle. Son article 45 ouvre en effet l'action en contestation de la reconnaissance d'enfant naturel uniquement aux personnes qui revendiquent la paternité sur le même enfant. En sont par conséquent exclus: l'enfant lui-même, l'auteur de la reconnaissance, le Ministère public etc. Cette solution restrictive est remise en cause par l'avant-projet du Code des personnes et de la famille dont l'article 283 alinéa 1^{er} dispose que *«la reconnaissance d'un enfant naturel par le père, de même que toutes les réclamations de la part de l'enfant, peut être contestée par tous ceux qui y ont intérêt»*.

L'ordonnance de 1981 ne comporte aucune disposition relative aux conflits de filiations. Elle prévoit seulement l'hypothèse où la paternité est revendiquée par plusieurs personnes avant l'établissement de l'état civil. Dans ce cas, l'article 44 alinéa (5) impose que la filiation soit établie uniquement par voie judiciaire et le Code civil de 1804 applicable au Cameroun ne contient aucune directive générale relative au règlement des conflits de filiations¹²⁹. En cas de conflit entre la mère porteuse et le couple dont les gamètes sont utilisées, il semble nécessaire d'ouvrir une action en revendication de paternité biologique en faveur de ce couple, une action en recherche de paternité biologique qui pourra être exercée par l'enfant seul ou accompagné des deux ou de l'un de ses parents biologiques et une action en contestation de maternité qui sera exercée par la mère porteuse si les parents biologiques ne veulent plus reconnaître leur progéniture. C'est ce que semble instituer l'avant-projet du Code de personne et de la famille. En effet, cet avant-projet énonce de manière expresse un critère de règlement des conflits de filiations. Son article 267 dispose que les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autres principes, en déterminant par tous moyens de preuve, la filiation la plus vraisemblable. Ceci facilite l'établissement de la filiation biologique vis-à-vis des parents biologiques.

Si la mère porteuse est mariée, l'établissement de la paternité biologique devient difficile au regard du droit positif camerounais¹³⁰. En effet, la filiation légitime est

¹²⁸ Le principe de vérité biologique dans l'établissement de la filiation naturelle résulte d'abord de l'exclusion de la possession d'état comme mode d'établissement de ce type de filiation. L'ordonnance de 1981 et l'avant-projet du Code ne retiennent que deux modes d'établissement de la filiation naturelle: la reconnaissance (cf. chapitre 1^{er} du titre V de l'ordonnance et art. 281 de l'avant-projet du Code) et la recherche de paternité ou de maternité naturelle (cf. art. 46 de l'ordonnance de 1981 qui ne parle que de la recherche de paternité et les art. 285 et s. de l'avant-projet du Code). Le principe de vérité biologique résulte également de l'exigence posée par les deux textes qui disposent que la reconnaissance est fondée sur le lien de sang [cf. art. 42 al. (2) de l'ordonnance et art. 281 al. (2) avant-projet de Code].

¹²⁹ Dans ce sens, G. Jioque, «Vérité biologique et droit camerounais de la filiation: réflexions à la lumière de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille», *Revue générale de droit*, 2007, 21-96, p. 93.

¹³⁰ A l'égard de la mère porteuse, c'est toujours la maxime *mater semper certa est* qui s'applique. A cet effet, les suggestions évoquées pour atténuer sa rigueur, peuvent être reconduites ici. C'est le système consacré par l'avant-projet du Code des personnes et de la famille aussi bien pour la maternité légitime que pour la maternité naturelle [cf. art. 255 al. (1)].

principalement régie en droit camerounais par le Code civil de 1804 et la jurisprudence française antérieure à 1960, dont il est établi qu'ils ne sont guère attachés à la coïncidence des filiations juridique et biologique¹³¹.

D'abord, le Code civil fonde la filiation paternelle légitime sur des présomptions: présomption *pater is est*¹³², présomptions de durée légale de grossesse¹³³ et de date de conception, possession d'état d'enfant légitime. Ces différentes présomptions ont été réaffirmées par l'avant-projet du Code des personnes et de la famille¹³⁴, alors que se pose la question de leur opportunité dans la mesure où les preuves et les connaissances scientifiques permettent aujourd'hui d'identifier avec certitude l'auteur génétique d'un enfant ou de déterminer avec précision la date de la conception. Nonobstant le développement des preuves et des connaissances scientifiques, les présomptions utilisées par le droit de la filiation sont toujours justifiées dans leur principe¹³⁵. «*Certaines d'entre elles devraient cependant, par souci de réalisme, subir certaines atténuations*»¹³⁶. Il est ainsi dans l'intérêt de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée, soutenable de solliciter l'atténuation de la rigueur de la présomption *pater is est* et de la possession d'état d'enfant légitime dans ce cas spécifique où la femme porteuse n'est pas biologiquement la mère de l'enfant artificiel.

La possession d'état d'enfant légitime est certes un moyen de preuve de la filiation¹³⁷, mais également une présomption en ce sens que même lorsqu'elle est établie, elle ne fait présumer la filiation que jusqu'à preuve contraire¹³⁸. Par conséquent, elle conduit à établir la filiation de l'enfant en faveur du mari de la mère porteuse. La vérité biologique inclinant plutôt à établir cette filiation à l'égard du mari de la femme en difficulté de procréation, il est nécessaire d'atténuer la rigueur de cette présomption en permettant à celui-ci d'apporter la preuve contraire. Cette preuve est d'ailleurs facile à établir dès lors que la conception est faite à travers la fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple en difficulté de procréation.

¹³¹ V.M.-J. Gebler, *Le droit français de la filiation et la vérité*, Paris, LGDJ, 1970, p. 13 et s.

¹³² Cf. art. 312 al. (1) C. civ.

¹³³ Contrairement à la présomption de durée légale de grossesse qui a une origine légale [cf. art. 312 al. (2) C. civ.], la présomption *omni meliore momento* a, en droit camerounais, une origine prétorienne. Il s'agit de la jurisprudence française antérieure à 1960 qui est considérée comme jurisprudence camerounaise en vertu de la succession juridique. V. Cass. Req. 23 sept. 1940, D.C. 1941, 4, note Lalou; Gaz. Pal. 1940, 2, 154, concl. Lyon-Caen; Rouast, «Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime», *RTD civ.* 1940, 1941, p. 223.

¹³⁴ Pour la présomption de durée légale de grossesse, v. art. 259. Pour la présomption *pater is est*, cf. art. 258 al. (1) et 260. Pour la possession d'état d'enfant légitime, cf. art. 262 al. (2).

¹³⁵ Plusieurs arguments sont invoqués au soutien du maintien de ces présomptions. V. notamment, F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 2005, 7e éd, note 4, n° S 677 et s.; J. Hauser, D. Huet-Weiller, *Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., note 41, p. 340; J. Vidal, «Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation», *Mélanges P. Hébraud*, p. 887 s., spécialement n° 2, p. 888.

¹³⁶ G. Jiogue, *op. cit.*, p. 49.

¹³⁷ Cf. art. 320 C. civ. de 1804. Alors qu'en droit camerounais la possession d'état n'est utilisée que comme mode de preuve de la filiation légitime, en droit français, elle constitue un mode d'établissement de la filiation de tous les enfants, qu'ils soient nés dans ou hors mariage [cf. art. 310-3 C. civ. (ord. du 4 juill. 2005)].

¹³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, Bull. civ. I, n° 277; Defrénois 1991, 672, note Massip; *RTD civ.* 1991, 510, obs. Huet-Weiller.

Il ressort des dispositions du Code civil de 1804 encore applicables au Cameroun consacrées à la présomption *pater is est* et de la jurisprudence y relative, trois critères de légitimité: la conception dans le mariage¹³⁹, la naissance dans le mariage¹⁴⁰ et la gestation dans le mariage¹⁴¹. La question se pose en droit camerounais de savoir si le mariage coutumier peut constituer une source de cette présomption. La jurisprudence l'a admis à plusieurs reprises¹⁴², même pour les mariages coutumiers non transcrits¹⁴³ comme l'exige pourtant l'ordonnance de 1981. L'avant-projet du Code n'a retenu que les critères de conception et de naissance dans le mariage¹⁴⁴ et a ignoré le mariage coutumier. Il en résulte que si cet avant-projet est adopté et promulgué en l'état, seuls les enfants conçus ou nés des père et mère mariés à l'état civil seraient légitimes en vertu de la présomption de paternité.

En attendant l'adoption du nouveau texte, il importe de réfléchir de façon générale, c'est-à-dire en ce qui concerne le mariage officiel tout comme le mariage coutumier. Comme toute présomption, la présomption *pater is est* conduit à la «*filiation vraisemblable*» ou à la «*filiation vécue, qui peut ne pas coïncider avec la filiation véritable*»¹⁴⁵. Par conséquent, elle incline à attribuer l'enfant au mari de la mère porteuse alors que ce dernier ne lui est pas rattaché par un lien de sang. Le Code civil réserve au mari de la mère l'exclusivité de la contestation directe de la paternité légitime¹⁴⁶. L'article 258 alinéa (2) de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille prévoit même que le mari peut désavouer l'enfant en justice s'il justifie des faits de nature à démontrer qu'il ne peut en être le père. Il dépend donc de ce dernier que la vérité biologique ne soit jamais connue. Par conséquent, il serait nécessaire pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant à naître, d'instituer une reconnaissance directe de la paternité au père biologique. Cela passerait par la reconnaissance à ce dernier d'une action en reconnaissance de paternité et à l'égard de l'enfant d'une action en recherche de paternité biologique dans le cas où le mari de la mère porteuse refuse de le désavouer. Cette dernière action peut être engagée soit par l'enfant qui recherche en justice la filiation biologique dont il prétend avoir été privé, soit par son représentant légal avant sa majorité, soit enfin par ses héritiers¹⁴⁷. Il peut l'exercer seul ou accompagné de ses pères et mères biologiques.

La solution est davantage soutenable. Tout d'abord, que l'enfant ait été conçu ou né dans le mariage, ou qu'une partie de sa gestation se situe dans le mariage, il ne devrait

¹³⁹ Cf. art. 312 et 313 al. (2) C. civ. de 1804.

¹⁴⁰ Énoncée implicitement par l'art. 314 C. civ. de 1804, cette solution a été consacrée par le célèbre arrêt Degas (Civ. 8 janv. 1930, D.P. 1930, I, 51, note G.P.; S. 1930, I, 257, note Geny; GAJC, n° 37, p. 208). V. également Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1954 (arrêt Bozzi), D. 1954, 397; Cass. civ., 4 janv. 1935 (arrêts Heranval), D. 1936, I, 17, note Esmein.

¹⁴¹ Cf. arrêt Dewalle: Cass. civ. 2 juillet 1936, D.P. 1936, I, 118, note Gaudin De Lagrange.

¹⁴² C.S. 1^{er} avr. 1960, Bull., p. 69; C.S. 24 févr. 1961, Bull. p. 9; C.S. 24 mai 1961, Bull., p. 4; C.S. 13 mars 1965, A n° 32, Bull. 12, p. 1032; C.S. 18 avr. 1972, A n° 91, Bull. 26, p. 3500.

¹⁴³ V. CA de Maroua, arrêt n° 89/C du 1^{er} sept. 1988, Ministère public c/ Pagou Bello, *op. cit.*

¹⁴⁴ Cf. son art. 260: «*L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari de la mère de l'enfant*».

¹⁴⁵ G. Jiogue, *ibidem.*, p. 27.

¹⁴⁶ Cf. art. 312 al. (2) C. civ. L'action en désaveu peut cependant être exercée par les héritiers si le mari est mort avant de l'avoir exercée, mais étant encore dans le délai pour le faire. (cf. art. 317 C. civ.) mère. Il s'agit là d'une lacune qui devrait être corrigée.

¹⁴⁷ Les art. 329 et 330 C. civ. Vont dans ce sens.

être couvert par la présomption de légitimité que si la paternité du mari de la mère est vraisemblable. Il en résulte que cette présomption devrait être exclue dans cette situation spécifique où la mère porteuse n'est pas la mère biologique de l'enfant; la fécondation avec les gamètes du couple en difficulté de procréation constituant une circonstance rendant cette vraisemblance hautement improbable ou particulièrement fragile. Ensuite, la paternité biologique est aujourd'hui, grâce à la spectaculaire avancée de la biologie et de la génétique depuis la deuxième moitié du XX^e siècle¹⁴⁸, facilement accessible avec certitude. Enfin, chaque enfant a droit d'accéder à ses origines biologiques¹⁴⁹.

Du côté du couple porteur de l'enfant, à côté de l'action en désaveu de l'enfant déjà ouverte en droit camerounais, il est nécessaire de reconnaître une action en contestation de la maternité biologique dans le cas où le couple dont les gamètes sont utilisées adviennent à refuser la paternité biologique de l'enfant. Cette action ne semble pas être visée par les dispositions de l'article 322 alinéa (2) du Code civil relatives à la contestation de la maternité légitime ou contestation d'état¹⁵⁰. En effet, la contestation de la maternité légitime a toujours été largement admise sur le fondement de cet article interprété *a contrario* lorsque l'enfant dont l'état est contesté est supposé n'avoir aucun lien de sang ni avec sa mère prétendue, ni avec le mari de cette dernière. Le demandeur à l'action prétend en effet que l'enfant n'est pas né de la femme mariée que désigne son acte de naissance ou sa possession d'état, soit parce que cette femme n'a jamais accouché, soit parce que l'enfant n'est pas celui qu'elle a mis au monde. Toutes ces hypothèses diffèrent de la contestation de la maternité biologique d'une mère porteuse parce que dans ce cas, cette dernière ne peut nier avoir accouché de l'enfant, ni avoir un lien de sang avec cet enfant. C'est seulement son mari qui peut prouver l'inexistence d'un lien de sang entre l'enfant et lui.

Que la procréation médicalement assistée avec les gamètes du couple d'hétérosexuels mariés soit réalisée à travers l'une ou l'autre des trois techniques sus évoquées, des précautions d'ordre général nécessitent d'être prises par le législateur pour protéger pratiquement l'intérêt des enfants à naître.

Tout d'abord, il est important de poser le principe de l'interdiction de la gestation pour autrui. La gestation pour le compte d'autrui est illicite voire immorale non pas seulement en raison de l'atteinte à la filiation de l'enfant, mais aussi parce qu'elle porte atteinte à l'indisponibilité du corps de la femme. Elle est immorale parce que le tiers-générateur est instrumentalisé dans la partie la plus intime de son être au profit du couple¹⁵¹. Malgré tout, il semble dans l'intérêt de l'enfant de tirer une exception à ce principe qui autorise une femme à prêter gratuitement son utérus à une autre mariée en difficulté de

¹⁴⁸ J.-P. Gridel, «Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993)», D.S. 1993, note 6, p. 192.

¹⁴⁹ Ce droit est énoncé par l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant et protégé par la Cour européenne des droits de l'homme au titre du droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH), v. CEDH, 7 juill. 1989, Gaskin c. Royaume Uni, Gacedh, n° 36, Berger, n° 149.

¹⁵⁰ Cette action ne semble pas avoir été prise en compte dans les dispositions de l'article 273 de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille qui fait de la contestation de la maternité légitime un droit exclusif de la femme qui figure dans l'acte de naissance comme la mère. V. dans le même sens, l'article 275 de cet avant-projet de Code.

¹⁵¹ F. Dekeuwer-Defossez, «Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *RTD. civ.* avril-juin 1995, p. 249.

procréer à la condition que les gamètes du couple puissent servir à la fécondation. Dans le cadre de cette gestation exceptionnelle pour autrui, la protection de l'intérêt de l'enfant impose la prohibition de tout secret notamment celui relatif à ses origines biologiques. En effet, le secret est de nature à faciliter la substitution d'identité car il est en général «porteur d'obscurité, de ténèbres, de dissimulation, d'opacité, de clandestinité, de déloyauté»¹⁵². Or, cette substitution entraîne une «déshumanisation des relations dans le cadre des procréations médicalement assistées»¹⁵³. De même, le souci de sauvegarde de l'équilibre psychologique de l'enfant fonde l'interdiction du silence vis-à-vis de l'enfant sur l'intervention d'un tiers dans sa conception. une révélation intempestive des origines biologiques de l'enfant pourrait lui être préjudiciable car elle est de nature à lui causer des troubles psychologiques graves. Les psychologues français «conseillent de plus en plus de ne pas cacher la vérité à l'enfant, et de (la) lui révéler progressivement, en répondant aux seules questions qu'il pose»¹⁵⁴.

Ensuite, il est nécessaire de réglementer la preuve biologique pour faciliter l'aboutissement des actions en revendication, en recherche et en contestation de paternité ou de maternité biologique sus évoquées. Les rédacteurs de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille ont soumis les actions aux fins d'établissement¹⁵⁵ et de contestation de la filiation légitime et naturelle au système de la liberté de preuve. Il en résulte que le lien de filiation pourra être établi par tous moyens: titre, possession d'état, témoignages, présomptions de l'homme, preuves scientifiques. Mais si le recours aux quatre premiers modes de preuves ne pose pas beaucoup de difficultés, il n'en est pas de même de l'utilisation des preuves scientifiques dans l'établissement comme dans la contestation de la filiation.

La doctrine relève que cette utilisation soulève en effet de nombreuses questions auxquelles le droit camerounais n'apporte pas toutes les réponses¹⁵⁶. Une demande d'expertise biologique est-elle obligatoire? Peut-on faire recours à l'expertise biologique en dehors d'une procédure judiciaire? Doit-on subordonner le recours à l'expertise biologique au consentement du défendeur? Quelles doivent être les conséquences du refus de se soumettre à une expertise biologique? Doit-on admettre une expertise biologique post-mortem? Le juge est-il lié par le résultat de l'expertise biologique?¹⁵⁷ Il s'agit là d'autant de questions que devraient régler le législateur et le juge afin de limiter les abus et les dérapages que pourrait provoquer l'utilisation des preuves scientifiques en droit de la filiation au Cameroun.

¹⁵² J.-C. Magendie, «Pouvoir, dans la transparence, prétendre à une part irréductible de secret», in E. Hirsch et J.-C. Magendie (sous dir.), *Éthique, Justice et médecine. Rencontres au tribunal de grande instance de Paris*, col. Espace éthique Vuibert, nov. 2005, p. 15.

¹⁵³ Delaisi de Parseval, «Le désir d'enfant saisi par la médecine et par le droit», *Esprit*, n° 156, nov. 1989, p. 86 et s. V. aussi P. Murat, «Procréation assistée et droits de l'enfant», *RD sanit. soc.* 1991, p. 394.

¹⁵⁴ J. Rubellin-Devichi, «Les procréations assistées: état des questions», *RTDciv.*, *op. cit.*, p. 463.

¹⁵⁵ V. notamment l'art. 276 de l'avant projet du Code de la Famille.

¹⁵⁶ V.G. Jioque, *op. cit.* p. 61 et s.

¹⁵⁷ Cette question est réglée en droit camerounais en ce qui concerne le résultat de l'expertise en général, par l'article 128 du Code de procédure civile. Aux termes de ce texte, «le tribunal n'est point astreint à suivre l'avis des experts si sa conviction s'y oppose».

En s'inspirant notamment des droits français et allemand, le Professeur Grégoire Jioque a suggéré plusieurs solutions qu'il convient d'approuver. Il en est ainsi entre autres, de la consécration du caractère obligatoire de l'expertise biologique tant en demande qu'en défense¹⁵⁸, de l'interdiction aux laboratoires d'effectuer des expertises biologiques privées, de l'autorisation du recours à l'examen biologique sous contrainte et de la consécration du caractère obligatoire de principe du résultat de l'expertise biologique effectuée suivant les normes scientifiques requises¹⁵⁹.

Enfin, le législateur pourrait prendre une disposition établissant l'intérêt supérieur de l'enfant à naître en cas de conflits entre les parents artificiels et les parents biologiques. La solution ne serait efficace que s'il prohibe toute procréation médicalement assistée de convenance.

La PMA est de convenance

La procréation médicalement assistée est de convenance lorsqu'elle n'est sollicitée que pour satisfaire un désir pathologique de procréer et ne vise pas à lutter contre une infertilité d'un couple d'hétérosexuels mariés à partir de leurs gamètes. C'est celle qui a pour but l'eugénisme négatif¹⁶⁰ et non un objectif thérapeutique, ou qui ne tient pas compte de l'intérêt de l'enfant à naître. Par conséquent, il s'agit d'une assistance médicale à la procréation qui conduit notamment à mettre au monde soit un enfant biologiquement totalement ou partiellement orphelin, soit un enfant simplement à adopter ou un enfant dont les parents biologiques ne sont pas unis par un lien de mariage. Il s'agit aussi de toute procréation médicalement assistée qui vise à faciliter la naissance d'un enfant monoparental ou «*unilinéaire*»¹⁶¹, ou dont les deux parents géniteurs ou l'un des deux tout au moins seront différents des parents artificiels.

Concrètement, cette procréation médicalement assistée est celle sollicitée, soit par une femme après le divorce d'avec son mari ou après le décès de celui-ci, soit par un célibataire qui désire se procurer un enfant sans recourir au mariage même traditionnel, soit par un couple de concubins, de transsexuels, d'homosexuels ou de lesbiennes. C'est aussi une assistance médicale à la procréation sollicitée par un couple d'hétérosexuels mariés dont les gamètes ne peuvent même pas servir à une fécondation *in vitro*.

Dans toutes ces hypothèses, la solution qui semble protéger au mieux l'intérêt de l'enfant à naître est l'interdiction pure et simple de tout recours à une telle procréation médicalement assistée et l'encouragement de l'adoption des enfants déjà nés. De façon générale, la procréation médicalement assistée de convenance fait courir des graves risques à l'enfant artificiel¹⁶². Tout d'abord, à l'opposé de la procréation médicalement

¹⁵⁸ La Cour de cassation française a déclaré que l'expertise biologique est de droit en demande et en défense. Sur l'abondante jurisprudence de la Cour de cassation, v. A. Pascal, M. Trapero, «Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation», Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004, La Doc. Fr., 2005, et www.courdecassation.fr.

¹⁵⁹ Pour toutes ces suggestions, v. J. JIOQUE, *op. cit.*, p. 61 et s.

¹⁶⁰ L'eugénisme négatif doit être distingué de l'eugénisme positif ; ce dernier consistant notamment à sélectionner le sexe de l'enfant à naître pour éviter de lui transmettre des maladies liées au sexe.

¹⁶¹ G. Cornu, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 135.

¹⁶² Pour comprendre le danger que court l'enfant à naître d'une PMA de convenance, il est nécessaire de lire ne serait-ce que les faits de l'arrêt rendu par la CA de Toulouse le 21 sept. 1987 (obs. J. Rubellin-Devichi, *Rev. trim. dr. civ.* 1987, 725 et s, note D. Huet-Weiller, *D.* 1988, 184). Ne pouvant pas avoir un enfant de son concubin, une femme divorcée réussit à obtenir de lui une double

assistée sollicitée par un couple d'hétérosexuels mariés, l'assistance médicale de convenance n'a pour but que l'utilisation des enfants ou des personnes uniquement afin d'en tirer du plaisir. Dans cette procréation, c'est la satisfaction du désir d'avoir un enfant qui prime sur le souci de sauvegarde de l'intérêt de ce dernier. Or, ce désir d'avoir un enfant artificiel est un «*désir volatil ne correspondant pas à un profond besoin d'enfants*». Il diffère ainsi du désir d'avoir un enfant artificiel entrepris par un couple d'hétérosexuels officiellement mariés à partir de leurs gamètes qui correspond à un projet parental construit par des personnes conscientes de leurs responsabilités. De même, elle permet la naissance d'un enfant exclusivement voué à l'adoption parce que l'un ou ses deux parents biologiques sont inconnus. C'est le cas lorsque le couple a été obligé de recourir au don anonyme d'embryon, d'ovocyte ou de sperme. C'est aussi le cas de procréation médicalement assistée sollicitée par les célibataires, les transsexuels, les homosexuels. Ensuite, elle conduit à la naissance des enfants sans géniteur biologique. C'est le cas lorsqu'elle est effectuée sous anonymat. Enfin, elle facilite la naissance d'un enfant monoparental, dans le cas spécial où elle est sollicitée par un célibataire, homme ou femme qui désire se procurer seul un enfant. Il en va de même lorsqu'elle est sollicitée par une femme après le décès de son mari. Ainsi, faut-il le relever, elle contribuerait à porter psychologiquement atteinte à l'enfant après sa naissance. Les psychologues et les psychiatres font remarquer qu'un enfant a besoin d'un père et d'une mère, et que l'absence de père ou de mère résultant non d'un événement malheureux à l'instar du décès, mais de la volonté délibérée de la mère ou du père, peut être extrêmement nuisible au développement de l'enfant¹⁶³.

Dans ces hypothèses, la consécration de la possibilité de recourir à la procréation médicalement assistée entraîne pour conséquence la condamnation de l'enfant à venir au monde dépourvu totalement ou partiellement du lien biologique avec son ou ses véritables géniteurs. Or, le maillon qui relie chaque homme à ses ancêtres, est une part intime et essentielle de son être; le lui soustraire au nom d'un quasi désir pathologique

concession: celle de consentir «par devant le C.E.C.O.S.» à son insémination avec le sperme d'un donneur anonyme et celle de reconnaître l'enfant à l'état civil comme étant le sien, ce qu'il fit le trois juin 1983. L'enfant naquit le 29 juillet 1983. Quelques temps plus tard, une brouille intervint entre les concubins. La femme se remis en ménage avec son ex-mari avec le projet de l'épouser à nouveau et de faire légitimer l'enfant par mariage. L'amant demanda en justice l'annulation de sa reconnaissance fictive d'enfant naturel. Le 2 fevr. 1987, le TGI de Toulouse retint comme recevable et bien fondée la demande d'annulation de la reconnaissance, il n'hésita pas non plus, sur demande reconventionnelle de la femme (abandonnée entre temps par son futur mari) et de la tutrice *ad hoc* de l'enfant, à condamner l'amant à une double réparation. La première, 20. 000 francs, devrait profiter à son ex-concubine pour avoir tromper sa confiance en transgressant « les obligations implicites contenues dans le consentement à l'insémination». La seconde, 100.000 francs, était octroyée à l'enfant en vue de compenser le grave préjudice qu'il avait subi (ne se trouvait-il pas dépourvu de toute paternité?). La CA de Toulouse confirma la décision tant en ce qui touchait à l'annulation de la reconnaissance qu'en ce qui regardait l'octroi des dommages et intérêts à l'enfant. Cependant, elle débouta la mère de sa demande en réparation tout en lui suggérant délicatement d'assigner en responsabilité éventuelle le praticien qui s'était chargé de l'insémination. Sur ces faits, v. A. Seriaux, «La procréation artificielle sans artifices: illicéité et responsabilités, D. 1988, Chron. XXXI, p. 201 et s.

¹⁶³ Cf. notamment les travaux du 11^e Congrès international de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, «*New approaches to infant, child, adolescent and family mental health*», Paris 21-25 juil. 1986.

d'avoir un enfant n'est ni juste, ni raisonnable. En privant l'enfant pour partie ou en totalité de tout repère génétique, la procréation médicalement assistée de convenance fait courir à ce dernier un grave risque sanitaire car il est scientifiquement démontré que pour efficacement guérir certaines maladies, il faut connaître les antécédents génétiques du malade.

Bien plus, l'assistance médicale à la procréation de convenance facilite l'arrivée au monde d'un enfant dont les parents sont de mêmes sexe. C'est le cas, lorsqu'elle est sollicitée par des homosexuels. Or, à moins de verser dans l'ingratitude, l'égoïsme et l'individualisme à outrance, deux parents de sexe différent, c'est ce qu'il y a de mieux pour tout enfant. Quoi que l'on dise, cet enfant fera face à l'éternel problème insoluble de la détermination de son papa et de sa maman. Dans toutes les hypothèses ci-dessus, les intérêts mis en jeu sont antagonistes et n'ont pas le même poids: celui de l'enfant, à la fois physique et moral, est intrinsèque à sa personne et, par conséquent, l'emporte largement sur la simple frustration des parents potentiels. L'un appartient à l'ordre de l'être; l'autre relève seulement du mieux être. Le recours à la procréation médicalement assistée de convenance, c'est-à-dire celle qui fait intervenir un tiers extérieur au couple dans la conception de l'enfant, est d'autant juridiquement inacceptable parce qu'elle conduit à l'adoption, solution déjà prévue en droit camerounais¹⁶⁴ et fait courir un risque de traumatisme à l'enfant dès lors qu'il sera informé du secret qui entoure ses origines biologiques¹⁶⁵.

Plus distinctement l'examen cas par cas, des hypothèses de procréation médicalement assistée de convenance permet de découvrir des difficultés juridiques qui leur sont propres au regard du droit positif camerounais.

S'agissant du couple de transsexuels, force est de constater que le droit positif camerounais ne comporte pas de prévisions spécifiques ayant trait aux transsexuels et plus précisément, à la reconnaissance juridique de leur nouveau sexe. La société camerounaise se montre peu tolérante envers eux. Pour la plupart de Camerounais, le transsexualisme est une déviance inclinant à prendre soin des transsexuels comme des incapables mineurs ou majeurs¹⁶⁶. L'intérêt de l'enfant à venir est *a priori* en contradiction avec la structure familiale transsexuelle car, en dehors de toute ingratitude, l'homme naturellement aimerait avoir des parents de sexe opposé pour ne pas apparaître comme un être extraordinaire.

En ce qui concerne, le couple d'homosexuels, la reconnaissance de la procréation médicalement assistée pour leur permettre d'avoir un enfant entraînerait certainement une validation de leur union pourtant impossible, en tout cas, en l'état actuel du droit camerounais. L'article 52 alinéa 3 de l'Ordonnance de 1981 susmentionnée prévoit qu'aucun mariage ne peut être célébré au Cameroun «*si les futurs époux sont de même sexe*». La reconnaissance de la possibilité de recourir à la procréation médicalement

¹⁶⁴ Au regard du coût élevé de la PMA et de la gratuité de l'adoption, il semble difficile de soutenir la consécration de celle-là en lieu et place ou en concurrence de celle-ci.

¹⁶⁵ Certes, il n'est pas impossible que l'enfant n'ait jamais connaissance de son origine réelle et du secret dont elle est entourée. Mais, il n'est pas aussi impossible qu'il ne soit pas informé de ce secret.

¹⁶⁶ En droit positif français, si un individu réussit à changer son sexe biologique par une intervention chirurgicale, il peut obtenir la reconnaissance juridique de son nouveau sexe.

assistée aux homosexuels serait une violation de cette disposition car elle fragiliserait l'interdiction du mariage homosexuel¹⁶⁷.

Pour mieux sauvegarder l'intérêt de l'enfant à naître de l'assistance médicale à la procréation, le législateur camerounais gagnerait à maintenir sa législation prohibant le mariage homosexuel et interdirait explicitement le mariage transsexuel. Au nom du principe de l'égalité, la légalisation du mariage des personnes de même sexe impliquant le mariage homosexuel et transsexuel, entraîne inmanquablement la procréation médicalement assistée pour tous à travers la gestation pour autrui, toute chose qui contribue à chosifier l'enfant et à faciliter le commerce des êtres humains¹⁶⁸.

S'agissant d'un ou d'une célibataire qui manifeste le désir d'avoir seul un enfant par le biais de l'assistance médicale à la procréation ou encore de simple concubins, il y a lieu de relever que le droit camerounais encourage le mariage. Par conséquent, la reconnaissance en leur égard de la possibilité de recourir à cette procréation, constituerait une remise en cause de l'institution du mariage¹⁶⁹. D'ailleurs, contrairement à l'ordonnance de 1981 dont l'article 81 alinéa 1 autorise la transcription des mariages coutumiers «*dans les registres d'état civil du lieu de naissance ou de résidence de l'un des époux*», l'avant-projet de Code des personnes et de la famille ignore le mariage coutumier¹⁷⁰. Si cet avant-projet de Code est adopté en l'état, la reconnaissance de l'assistance médicale à la procréation aux simples concubins, entraînerait une remise en cause de ce choix législatif. Il ne va pas de l'intérêt de l'enfant à naître dans une famille monoparentale. S'il n'est pas déjà acceptable, dans l'intérêt de l'enfant, de reconnaître la possibilité de recourir à la procréation médicalement assistée à un couple d'hétérosexuels mariés dont l'infertilité les oblige à recourir au don de gamètes, il n'y a pas *a fortiori*, lieu de penser que les célibataires profitent d'une telle possibilité. Bien plus, en l'état actuel du droit successoral camerounais, il n'est pas de l'intérêt des enfants de soutenir la reconnaissance de la procréation médicalement assistée hors mariage. En effet, le législateur camerounais privilégie la famille légitime au détriment de l'union des sexes hors mariage. Cette inégalité

¹⁶⁷ En droit européen, le juge de Strasbourg a abandonné ses réticences initiales en permettant que les demandes des transsexuels relatives au mariage aboutissent. En revanche, sa position face aux homosexuels est inébranlable: cette minorité sexuelle ne peut pas s'appuyer sur la Convention européenne des droits de l'homme pour accéder au mariage. Il a ainsi créé une discrimination injustifiée entre les couples homosexuels et transsexuels. Cf. CEDH, C.M. et L.M. c/ Royaume-Uni, 9 oct. 1989, n° de requête 14753/89; CEDH, Parry c/ Royaume-Uni, 28 nov. 2006 et R. et F. c/ Royaume-Uni, 28 nov. 2006, RTD civ., 2007, p. 287, obs. J.P. Marguénaud.

¹⁶⁸ Immédiatement après la Nouvelle-Zélande, le 19 avril 2013, la France est devenue, le mardi 23 avril 2013, le 14^e Etat au monde ayant légalisé le mariage homosexuel à travers le vote du projet de loi ouvrant le mariage civil et l'adoption aux personnes du même sexe.

¹⁶⁹ D'aucuns invoqueraient la possibilité d'adoption par des célibataires (article 343-1 du Code civil français) pour soutenir que ceux-ci peuvent être autorisés à recourir à la PMA. Mais, dans l'un et l'autre cas, les données sont différentes. Lorsqu'il y a adoption, l'enfant est déjà né et a été abandonné par ses parents biologiques; il est donc certainement préférable pour lui d'avoir un seul parent plutôt que de ne pas avoir de parent du tout. Lorsqu'il y a procréation artificielle, l'enfant n'est pas né et il n'y a aucune raison de favoriser une telle situation. Il conviendrait d'ailleurs de s'interroger sur les motivations profondes du célibataire qui veut un enfant sans père ou sans mère.

¹⁷⁰ L'assimilation des concubins aux couples mariés dans le cadre de la PMA est contestée, v. G. Raymond, «L'assistance médicale à la procréation (après la promulgation des lois bioéthiques)», *JCP*, 1994, I, 3796, n° 75.

prend sa source dans l'article 745 du Code civil qui consacre l'égalité successorale à l'égard des seuls enfants légitimes. En présence d'un enfant légitime, l'enfant naturel n'a droit qu'à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime¹⁷¹. Il n'a, par ailleurs, aucun droit sur les biens des parents de son père ou de sa mère¹⁷².

Lorsque la procréation médicalement assistée est sollicitée *post mortem*, la femme se faisant inséminer après la mort de son mari grâce au dépôt de sperme préalablement effectué, elle suscite une difficulté liée à la filiation de l'enfant. En effet, l'enfant né plus de 300 jours après la mort de son géniteur est considéré, conformément à l'article 315 du Code civil applicable au Cameroun, comme conçu après le décès de celui-ci¹⁷³. Par conséquent, étant considéré comme un enfant naturel de sa seule mère, il ne peut hériter de son père. Le souci de sauvegarder au maximum l'intérêt de l'enfant artificiel commande l'interdiction de l'insémination artificiel *post mortem*. Pour renforcer cette mesure, il semble indiqué que le législateur interdise toute constitution de sperme dans le but de réaliser de descendance *post mortem*. Certes, cette interdiction porterait atteinte au désir de l'homme de réaliser son immortalité, mais elle mérite d'être davantage soutenue dans la mesure où cette immortalité n'a qu'un but de convenance et ne se soucie pas de l'intérêt de l'enfant orphelin de père *ab novo*. La solution est en conformité avec l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ratifiée par le Cameroun qui prévoit que l'enfant à «*dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux*». Bien plus, cette procréation n'est pas de nature à donner un droit successoral à l'enfant parce que pour succéder il faut, conformément à l'article 725 du Code civil, exister à l'instant de l'ouverture de la succession (au moment du décès) ou être déjà conçu et naître viable.

Lorsqu'une femme mariée mais stérile dont les ovocytes ne peuvent même pas servir à une fécondation *in vitro* sollicite l'assistance médicale à la procréation pour se procurer, à tout prix, un enfant dont la nature lui refuse, elle contribue à la réification de l'enfant à naître car ce dernier ne pourra qu'être exclusivement voué à l'adoption. Par conséquent, il est dans l'intérêt de l'enfant d'interdire cette procréation médicalement assistée qui contribue à sa chosification.

En organisant l'adoption plénière et simple, le droit positif camerounais fournit déjà une solution qui préserve l'intérêt de l'enfant adopté parce qu'elle évite toute chosification de ce dernier¹⁷⁴. L'adoption simple serait mieux indiquée dans la mesure où elle permet

¹⁷¹ V. art. 758, C. civ.

¹⁷² V. art. 757, C. civ.

¹⁷³ Art. 315 du Code civil.

¹⁷⁴ Dans le cadre de l'adoption, le juge contrôle la motivation des demandeurs, écartant des demandes lorsqu'elles ont notamment pour but d'avoir un enfant pour combler une solitude (CE 18 fevr. 1994, *D.*, 1994, IR, p. 78, *JCP*, 1994, IV, p. 131, note Rouault), pour remédier à une crise au sein du ménage ou pour remplacer un enfant décédé (P. Verdier, «L'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'État à la lumière de la pratique et de la jurisprudence», *Rev. dr. san. soc.*, 1992, p. 354). Cependant, la PMA de convenance conduit à la procréation des enfants dans ces hypothèses, car les médecins ne recourent pas à ce contrôle. Une enquête réalisée en France par le Centre de recherche juridique de l'ouest (Faculté de droit et de science politique de Rennes) a même révélé que l'ensemble des médecins admettait l'assistance médicale à la procréation dans ces cas. (V. «L'application des lois du 29 juillet 1994», Rapport CRJO pour le GIP Justice, Ministère de la Justice, oct. 1998). Cette dichotomie est choquante.

aux deux familles de se connaître. D'ailleurs, elle ressemble à la pratique qui a cours en Afrique en général et au Cameroun en particulier qui consiste à remettre un enfant à une famille d'accueil sans pour autant cesser d'être ses parents biologiques. Il s'agit ici d'une institution coutumière qui pratiquée jusqu'à nos jours, ne pose pas de problème au sein de la société africaine. Par conséquent, s'il faut tenir compte de la pratique camerounaise en matière d'adoption, il serait plus indiqué de proposer au législateur d'instituer l'adoption coutumière comme solution à l'interdiction de la procréation médicalement assistée de convenance.

Lorsque l'insémination artificielle est sollicitée par une femme qui désire avoir un enfant malgré le divorce intervenu entre elle et son ancien mari, elle est de convenance et menace sérieusement l'intérêt de l'enfant qui naîtra ainsi dans une tension entre ses géniteurs. D'apparence, cette hypothèse semble irréalisable, mais elle peut se produire si le mari avait déposé son sperme dans un centre de conservation. Dans ce cas, l'enfant né après 180 jours du divorce, est considéré comme un enfant naturel qui n'a pour seul parent que sa génitrice¹⁷⁵.

§ 4. Conclusion

Au terme de cette réflexion sur l'intérêt de l'enfant à naître grâce à la procréation médicalement assistée en droit camerounais, une double observation s'impose.

D'une part, parce qu'étant à la traîne comme certains états qui n'ont pas encore spécialement réglementé la procréation médicalement assistée, l'intérêt de l'enfant est inadéquatement assuré par des dispositions éparses du droit camerounais, la jurisprudence nationale et des textes déontologiques. En dehors de ces derniers textes qui n'ont pas fait l'objet de notre analyse, l'exploitation des textes juridiques applicables aux Cameroun et de la jurisprudence nationale permet de réaliser que l'intérêt patrimonial et extrapatrimonial de l'enfant à naître de la procréation médicalement assistée est implicitement protégé non seulement par les juges, mais aussi par le législateur. D'un côté, il est notamment protégé par le juge camerounais reconnaissant non seulement le caractère indisponible du corps humain, mais la personnalité juridique à l'enfant conçu en vertu de l'adage *«infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur»*. De l'autre, l'intérêt de l'enfant artificiel est sauvegardé par le législateur civil qui a entériné la maxime d'origine jurisprudentielle *«infans conceptus pro nato habetur...»* dans certains domaines du droit, réglementé les mariages extraordinaires et adopté les mesures de protection de la femme enceinte. De même, en condamnant l'avortement, en réprimant les atteintes sur la femme enceinte et sur l'enfant à naître lui-même et en ajournant l'exécution de la peine d'emprisonnement par la femme enceinte, le législateur pénal protège indirectement l'intérêt de l'enfant artificiel. Cette protection étant tacite et nécessitant des adaptations de la jurisprudence et des textes juridiques aux problèmes particuliers générés par l'application des techniques de la procréation médicalement assistée, elle est inadéquate.

D'autre part, en l'absence d'un texte spécial réglementant les techniques d'assistance médicale à la procréation et eu égard au caractère très évolutif de ces mécanismes,

¹⁷⁵ Cf. art. 77 de l'ordonnance de 1981 *op. cit.*

l'intérêt de l'enfant est insuffisamment protégé en droit camerounais. Pour remédier à cette situation, il semble plus indiqué que les états africains puissent mettre sur pied des directives communes réglant l'assistance médicale à la procréation. Mais en attendant que cet idéal soit atteint, le législateur camerounais gagnerait à réglementer spécialement cette pratique qui a déjà cours dans ce pays. Pour atteindre ces desseins, la nouvelle réglementation devrait énoncer clairement les principes de protection des intérêts menacés par les techniques de procréation médicalement assistée, à l'instar de l'intérêt de l'enfant artificiel. Bien plus, elle devrait aller au-delà des considérations abstraites et idéologiques pour toucher du doigt les réalités imposées par ces techniques, afin d'assurer une protection matérielle de l'intérêt de l'enfant à naître.

Dans le premier cas, la réglementation spéciale tiendrait en compte plusieurs principes, notamment le principe de la protection de la dignité humaine, le principe du respect du patrimoine génétique humain et le principe de l'extra-patrimonialité universelle des droits sur le corps humain.

Dans le second cas, la loi spéciale pourrait autoriser la procréation médicalement assistée, remède à l'infertilité d'un couple et interdire toute assistance médicale à la procréation de convenance. De façon générale, la procréation médicament assistée devrait être conçue par le législateur comme une technique subsidiaire, qui ne doit être envisagée que lorsque les autres méthodes de traitement de l'infertilité ou des maladies génétiquement transmissibles aux enfants ont échoué, ou lorsqu'il existe un risque sérieux autrement insurmontable pour l'enfant et/ou pour la mère. Elle ne devrait donc être considérée comme un remède à l'infertilité d'un couple d'hétérosexuels mariés et/ou aux maladies génétiquement transmissibles, et pas plus. Plus distinctement, le législateur sauvegarderait au mieux l'intérêt de l'enfant artificiel en prenant plusieurs mesures d'ordre pratique. D'abord, la procréation médicalement assistée ne devrait être réalisée qu'avec les gamètes du couple. La transplantation devrait en principe être réalisée dans l'utérus de la femme mariée dont les gamètes associées à celles de son mari ont servi à la fécondation. Ce n'est que dans le cas très exceptionnel où il y a impossibilité pour la femme mariée de porter l'embryon que le législateur pourrait envisager le recours à une mère porteuse, à la double condition que la fécondation ait eu lieu avec les gamètes du couple d'hétérosexuels mariés et que la mère de substitution n'en retire aucun avantage matériel. Ensuite, le législateur devrait instituer un droit exclusif à et sur l'enfant en faveur du couple d'hétérosexuels mariés dont les gamètes peuvent servir à la fécondation et une liberté d'aider ceux-ci à avoir un enfant. Enfin, il est important de consacrer l'intérêt supérieur de l'enfant à naître par rapport à tous les autres intérêts, notamment ceux de la science et des parents.

Tout cela suppose une adaptation constante du droit camerounais aux progrès sans cesse vertigineusement croissants de la médecine et de la bioéthique. Du coup, une inquiétude surgit: le droit n'est-il pas nécessairement perdant dans sa course pour rattraper cette science très mouvante?

Considerații cu privire la sistemul judiciar din Albania

Lector univ. dr. Bledar ILIA
Universiteti Akademia e Biznesit (Tirana-Albania)



Considerations regarding the judiciary system from Albania

Abstract: Are identified the main institutions that ensure the functioning judicial system in Albania, an important emphasis is laid on way of organizing the Constitutional Court, but also the overview of Constitution from Albania in 1998.

Keywords: Constitution of Albania, judge, law, trial, High Court of Justice, member, mandate, president.

§ 1. Puterea judecătorească

Puterea judecătorească se exercită prin Înalta Curte de Justiție, Curtea Constituțională, Curtea de Apel și alte instanțe, precum și prin Procuratură.

Președintele are o foarte mare putere asupra procesului judiciar din Albania. Acesta prezidă Înalta Curte de Justiție și numește judecătorii tuturor curților.

Curtea Constituțională garantează respectarea Constituției, se supune numai acesteia și este compusă din 9 membri, care sunt numiți de către Președintele Republicii, cu acordul Adunării. Judecătorii sunt numiți pe un mandat de 9 ani, fără dreptul de a fi reales, din rândul juristilor cu înaltă calificare și cu o experiență de cel puțin 15 ani în profesie. O treime din componența Curții Constituționale se reînnoiește la fiecare 3 ani, în conformitate cu procedura stabilită de lege.

Președintele Curții Constituționale este desemnat din rândul membrilor săi de către Președintele Republicii, cu acordul Adunării pentru un mandat de 3 ani care își exercită atribuțiile în continuare până la numirea succesorului său.

Judecătorii Curții Constituționale nu pot fi urmăriți penal fără acordul Curții Constituționale. Aceștia pot fi reținuți sau arestați doar în cazul comiterii unei infracțiuni grave. Organul competent notifică imediat Curtea Constituțională. În cazul în care Curtea Constituțională nu își dă consimțământul în termen de 24 de ore pentru a trimite un judecător arestat în instanță, organul competent este obligat să-l elibereze.

Mandatul de **judecător al Curții Constituționale** se încheie în momentul în care acesta:

- este condamnat, printr-o hotărâre definitivă pentru comiterea unei infracțiuni;
- lipsește nemotivat, pentru mai mult de 6 luni;

- împlinește vârsta de 70 ani;
- demisionează;
- este declarat inapt de a-și exercita funcția prin hotărâre judecătorească definitivă.

În cazul în care locul de judecător este vacant, Președintele Republicii, cu acordul Adunării numește un nou judecător, care rămâne în funcție, până când mandatul inițial de judecător se încheie.

Un judecător al Curții Constituționale poate fi revocat din funcție de către Adunare cu votul a două-treimi dintre membrii săi pentru încălcări ale Constituției, comiterea unei infracțiuni, incapacitate fizică sau psihică, săvârșirea unor acte sau manifestarea unui comportament care îi discreditează poziția și reputația. Decizia Adunării este analizată de Curtea Constituțională, care, la verificarea existenței unuia dintre aceste motive, declară înlăturarea din funcția de membru al Curții Constituționale.

Membrii Curții Constituționale își încep exercitiul funcției, după ce depun un jurământ în fața Președintelui Republicii.

Funcția de Judecător al Curții Constituționale este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată ori de natură politică.

Deciziile Curții Constituționale au forță general-obligatorie și sunt definitive. Deciziile Curții Constituționale intră în vigoare la data publicării lor în Monitorul Oficial. Curtea Constituțională poate decide că legea sau actul normativ trebuie să fie invalidat la o altă dată. Opiniile minoritare sunt publicate împreună cu decizia.

Curtea Constituțională decide cu majoritatea tuturor membrilor săi numai la solicitarea:

- Președintelui Republicii;
- Primului-ministru;
- nu mai puțin de o cincime dintre deputați;
- Președintelui Înalțului Control al Statului;
- fiecărei instanțe în conformitate cu articolul 145, alineatul (2) din Constituție;
- Avocatului poporului;
- organelor administrației locale;
- organelor comunităților religioase;
- partidelor politice și altor organizații;
- persoanelor fizice.

Judecătorii sunt independenți și se supun numai Constituției și legilor țării.

Judecătorii dau decizii în numele Republicii.

În fiecare caz, deciziile judiciare sunt anunțate public.

Înalțul Consiliu de Justiție este format din Președintele Republicii, președintele Înaltei Curți, ministrul justiției, 3 membri aleși de către Adunare și 9 judecători de toate nivelurile, care sunt aleși de către Consiliul Judiciar în cadrul Conferinței Naționale. Membrii aleși rămân în funcție timp de 5 ani, fără drept de realegere imediată.

Președintele Republicii este președintele Consiliului Suprem de Justiție.

Procurorul efectuează urmărirea penală și reprezintă acuzarea în instanță, în numele statului, îndeplinind și alte atribuții stabilite prin lege. Procurorii sunt organizați și funcționează în sistemul judiciar ca un organ centralizat. În exercitarea competențelor lor, procurorii sunt supuși Constituției și legilor țării.

Procurorul General este numit de către Președintele Republicii, cu acordul Adunării. Procurorul General poate fi eliberat din funcție de către Președintele Republicii la propunerea Adunării pentru nerespectarea Constituției sau grave încălcări ale legii, pentru incapacitate fizică sau psihică, pentru săvârșirea de acte sau manifestarea unui comportament de natură a discredita poziția și reputația procurorului.

Ceilalți procurori sunt numiți și eliberați din funcție de către Președintele Republicii la propunerea procurorului general.

Procurorul General informează Adunarea periodic cu privire la rata criminalității.

§ 2. Constituția albaneză

Pentru a înțelege ce reprezintă constituția trebuie abordate mai multe puncte de vedere. Unele definesc constituția, în raport cu statul, altele în raport cu sistemul legislativ, iar altele în raport cu cetățenii.

Dintr-un anumit punct de vedere, **constituția** a fost considerată un contract încheiat între cetățeni și conducerea statului unde erau prevăzute drepturile fiecărei părți¹.

Constituția este legea fundamentală a unui stat în care sunt consemnate principiile de bază ale organizării lui, drepturile și îndatoririle fundamentale ale cetățenilor.

O constituție este un sistem, frecvent codificat într-un document scris, care indică regulile și principiile care guvernează o organizație. În cazul națiunilor, acest termen se referă specific la o *constituție națională*, care definește principiile politice fundamentale ale statului și descrie puterile și obligațiile guvernului respectiv. Majoritatea constituțiilor naționale stabilesc drepturile și datoriile principale ale cetățenilor, sistemul electoral, organizarea organelor supreme și locale etc., reflectând astfel stadiul de dezvoltare socială, economică și politică la un moment dat a statului respectiv. Anterior evoluției constituțiilor naționale codificate, termenul constituție putea fi folosit pentru a descrie orice lege importantă.

Constituția albaneză a fost adoptată la 28 noiembrie 1998, definind Albania ca republică parlamentară. Potrivit constituției Republica Albania are un parlament unicameral compus din 140 deputați care aleg președintele țării și Consiliul de Miniștri compus din primul-ministru, vice prim-ministru și miniștri.

În 1998, Constituția a fost structurată în 18 părți care reglementează democrația parlamentară, suveranitatea poporului, drepturile fundamentale ale cetățenilor etc.

De-a lungul istoriei, Albania ca stat independent a adoptat mai multe constituții ca urmare a instabilității politice. Inițial, în 1913 Albania a fost monarhie, apoi pentru o scurtă perioadă – republică (1920), redevenind monarhie în 1928. Mai târziu a devenit republică socialistă până la instalarea democrației în 1990. Albanezii dețin o veche moștenire în ceea ce privește aplicarea legii și a diferitelor reglementări juridice.

Printre legile vechi se numără așa-numitul, „Kanun” (Canon), perceput ca o constituție respectată de majoritatea albanezilor din Nordul Albaniei. Codul lui Leke Dukagjini, care potrivit unor scrieri a fost adoptat în secolul al XV-lea este unul dintre renumitele reglementări în materie. În timpul Renașterii Naționale din secolul al XIX-lea albanezii au înființat Liga din Prizren și, în același timp, un guvern pentru populația albaneză aflat sub conducerea Imperiului Otoman.

¹ O. Luan, Anastasi A., *E drejta kushtetuese*, Shtepia Botuese ABC, Tirane, 2008, p. 23.

În 1913, Albania a fost recunoscută ca țară independentă. Granițele trasate de puterile europene au lăsat în afara Albaniei mai mult de jumătate dintre teritoriile populate de albanezi. Cu toate acestea, chiar după Primul Război Mondial, Albania se afla în pericolul de a fi „sectionată” între țările balcanice și Italia. Împotriva acestei tendințe liderii albanezi au organizat Congresul din Lushnje, unde au decis să apere suveranitatea Albaniei și să lupte împotriva oricărei invazii străine.

În anul 1920 Albania a trecut printr-o instabilitate politică și o rapidă succesiune guvernamentală. În 1924 un grup de revoluționari a preluat conducerea statului prin forță, după care 6 luni mai târziu Ahmet Zogu a pus capăt revoluției.

În 1925 Republica Albaneză s-a proclamat sub o constituție bazată pe modelul francez. Republica a avut un parlament bicameral (Camera Deputaților și Senatul) ce a ales președintele care era, totodată, șeful statului și al guvernului (Consiliul de Miniștri) pe un mandat de 7 ani.

Trei ani mai târziu, în 1928, Albania a fost proclamată monarhie democratică parlamentară. Organul legislativ era compus dintr-o singură cameră, iar puterea executivă aparținea șefului statului, regelui și unui cabinet format din primul-ministru și alți miniștri.

Odată cu invazia fascistă italiană din 1939 constituția a fost abrogată. Colaborarea de tip fascist din Albania i-a oferit tronul lui Victor Emmanuel al III-lea, regele Italiei, printr-un act care a încălcat grav Constituția Regatului Albanez. Noul guvern a adoptat propria constituție în 1939.

După ce a preluat conducerea regimul comunist, Albania a fost declarată republică și s-a promulgat noua constituție la 11 ianuarie 1946. Această constituție a fost ulterior înlocuită în 28 decembrie 1976 de Constituția Republicii Poporului Socialist Albanez.

În 1976 constituția a definit Albania ca „Republică Socialistă Populară” și un stat al conducerii dictatoriale proletare. La conducerea statului se afla Partidul Muncitoresc Albanez.

În concepție socialistă, constituția garanta anumite drepturi și privilegii cetățenești, cum ar fi scutirea de taxe. Organele statului, Adunarea Populară ca organ legislativ, Prezidiul Adunării Populare ca organ de conducere, *de facto* și Consiliul de Miniștri ca ramură executivă au fost definite ca funcționând similar democrațiilor parlamentare.

Acțiunile acestor structuri se constituiau în subiecte de orientare și decizie pentru Partidul Muncitoresc Albanez, în timp ce organizațiile sale nu erau conturate de Constituție. Primul secretar al partidului a fost Comandantul Forțelor Armate și Șeful Consiliului de Apărare.

Constituția din 1976 a rămas în vigoare până în 1991 când o lege fundamentală temporară a fost promulgată pentru a legaliza sistemul pluralist și reintroducerea democrației. Pe baza acestui document, care definea Albania ca republică parlamentară, noua constituție a fost adoptată în 1998. Multe proiecte de legi, precum cele propuse în 1994, nu au fost ratificate.

Constituția actuală a fost ratificată prin referendum național în 1998. Această constituție are un caracter declarativ și afirmă câteva dintre principiile, valorile și scopurile principale ale statului de drept din Albania.

BIBLIOGRAFIE SELECTIVË:

- Elezi Elmaz, *E drejta Penale, Shtepia botuese TOENA*, Tirane, 2004;
Kushtetuta e Republikës së Shqipërisë, 1998, Tirane, 2009;
Omari Luan, Anastasi Aurelia, *E drejta kushtetuese*, Shtepia Botuese ABC, Tirane, 2008
Omari Luan, *Sistemi parlamentar, lindja dhe evolucioni i parlamentarizmit. Parlamenti në Shqipëri (veshtrim historiko-juridik)*, Botimet Elena Gjika, Tirane, 2000;
Korrupsioni në Shqipëri; perceptime dhepërvoja, Idra, Tirane, 2005;
Noli S. Fan, *Scanderbeg*, Argo, Lecce, 1993;
Milo Paskal, *Bashkimi Evropian. Ideja integrimi, identiteti, e ardhmja, Shtepia Botuese Albpaper*, Tirane, 2002;
Omari Luan, *Historia e shtetit dhe e së drejtës në Shqipëri*, Luarasi, Tirane, 2001;
Omari Luan, *Parime dhe institucione të së drejtës publike*, Botimet Elena Gjika, Tirane, 2007;
Dhrami, Jorgo, *I pandehuri dhe prokurori*, Kistalina-KH Tirane, 2011.

Drepturile creditorilor la partaj

Lector dr. Dan-Constantin TUDURACHE
Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași



The creditors rights on sharing

Abstract: The attitude of the legislature toward the common property on share part - way of property right - has made some changes over time. Thus within the Civil Code of 1864 we can't find regulated the common property; in turn, was regulated only the way in which end the property right, since this sharing. The new civil Code, in Book III About goods, Title II Private property, common property, Chapter IV Common property is regulated by articles 631-686.

Also, creditors' sharer situation is different in the two codes. Thus, under the provisions from the civil Code of 1864, a sharer creditors could not seek and obtain dissolution of the sharing unless they understand their objection to the division and in contempt of their opposition, division would be made in their absence. New civil Code, keeping this solution adds other situations in which creditors of a sharer can attack a division already done.

Keywords: action aside, intervention, opposition, the abolition of the division, common property on share part, indivision successional.

1. Proprietatea comună constituie una dintre modalitățile dreptului de proprietate. Dacă întinderea dreptului de proprietate este determinată printr-o cotă-parte ideală și abstractă, suntem în prezența proprietății comune pe cote-părți, iar când cota-parte urmează a fi stabilită numai la momentul încetării comunității, suntem în prezența unei proprietăți comune în devălmășie. Proprietatea comună pe cote-părți, în raport de posibilitatea de a i se pune capăt, se împarte în proprietate comună pe cote-părți obișnuită sau temporară și proprietate comună pe cote-părți forțată și perpetuă¹.

Atitudinea legiuitorului față de proprietatea comună pe cote-părți - modalitate a dreptului de proprietate - a înregistrat unele schimbări de-a lungul timpului. Astfel, în Codul civil de la 1864 nu găsim reglementată proprietatea comună; în schimb, era reglementată numai modalitatea prin care i se pune capăt unei atare stări a dreptului de proprietate, fiind vorba despre împărțeală². Se observă că legiuitorul de la 1864 a avut

¹ Pentru detalii, a se vedea D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună pe cote-părți și aplicațiile sale practice*, Ed. Științifică, București, 1973, pp. 5-61.

² A se vedea T. Carabașiu, *Partajul*, Ed. Muntenia, Constanța, 1997, p. 8.

o atitudine potrivnică în privința proprietății comune, considerând că aceasta ar fi o stare anormală a dreptului de proprietate careia trebuie să i se pună capăt cât mai repede.

În schimb, în noul Cod civil, în Cartea a III-a Despre bunuri, Titlul II Proprietatea privată, Capitolul IV Proprietatea comună, este reglementată în articolele 631-686.

Și în privința tratamentului acordat creditorilor personali ai copărtașilor se remarcă diferențe între reglementarea din Codul civil anterior și reglementarea actualului Cod civil.

2. Creditorii personali ai copărtașilor aveau dreptul de a provoca împărțeala, ca modalitate de exercitare a acțiunii oblice reglementate de art 974 din Codul civil din 1864, în conformitate cu care „*Creditorii pot exercita toate drepturile și acțiunile debitorului lor, afară de acelea care îi sunt exclusiv personale*”. Dat fiind că dreptul a introduce acțiunea de partaj succesoral nu este unul strict personal, provocarea împărțelii poate fi efectuată și de către creditorii personali ai copărtașilor.

Dreptul creditorilor personali de a provoca împărțeala a fost evocat și de dispozițiile art. 1825 din Codul civil din 1864 (text existent anterior adoptării O.U.G. nr. 138/2000), unde se arăta: „...*partea nedivizată a unui coerede în imobilele unei succesiuni nu poate fi pusă în vânzare de către creditorii săi personali înaintea împărțelii sau a licitației ce pot provoca creditorii, dacă vor găsi de cuviință, sau în care au dreptul de a interveni*”.

Dispozițiile art. 493 al Codului de procedură civilă anterior arătau: „*Creditorii personali ai unui debitor coproprietar sau codevălmaș nu vor putea să urmărească partea acestuia din imobilele aflate în proprietate comună, ci vor trebui să ceară mai întâi împărțeala acestora*”.

Creditorii personali pot urmări însă cota-parte determinată a debitorului lor din imobilul aflat în coproprietate, fără a mai fi necesar să ceară împărțeala”.

Astfel cum s-a arătat în literatura juridică³, pasivitatea debitorilor în realizarea drepturilor lor din succesiune și, chiar, încercarea de a fraudă interesele legitime ale creditorilor ar fi cauzele pentru care legiuitorul a prevăzut în favoarea creditorilor dreptul de a porni împărțeala bunurilor debitorilor lor, păstrând în același timp, toate acțiunile directe pe care le aveau rezultate din raporturile lor juridice cu debitorii.

Că provocarea împărțelii de către creditorii personali ai copărtașilor nu este altceva decât o formă de manifestare a exercitării acțiunii oblice o demonstrează faptul că acțiunea creditorilor se impunea a fi respinsă în cazul în care s-ar fi demonstrat că anterior ar fi fost introdusă o acțiune de către moștenitori⁴.

În articolul 785 al Codului civil din 1864, se arăta: „*Creditorii unuia dintre coîmpărțitori, ca nu cumva împărțeala să se facă cu viclenie în vătămarea drepturilor lor, pot pretinde să fie prezenți la împărțeală, pot dar să intervină cu spezele lor; nu pot însă să atace o împărțeală săvârșită, afară numai de s-a făcut în lipsă-le și fără să se țină seamă de opoziția lor*”. Această regulă a fost instituită pentru asigurarea unui regim

³ A se vedea E. Safta-Romano, *Examen teoretic și practic referitor la acțiunea oblică și la acțiunea pauliană*, RRD, nr. 9-12/1989, p. 101; V.M. Ciucă, *Procedura partajului succesoral*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 184.

⁴ A se vedea E. Safta-Romano, *Dreptul de moștenire. Doctrină și jurisprudență*, Vol. II, Ed. Graphix, Iași, 1995, p. 265.

aparte pentru raporturile ce trebuie să se deruleze între copărtași până la lichidarea stării de coproprietate și ulterior acestui moment, precum și pentru stabilitatea împărțelii⁵. Se considera că bunul, odată ieșit din starea de indiviziune, să nu mai fie supus riscului să cadă din nou în stare de coproprietate ori să fie cât mai redus acest risc. În altă ordine de idei, din perspectiva securității dinamice a circuitului civil, restrângerea posibilității desființării împărțelii a fost considerată benefică; de cele mai multe ori, copărtașul care obține bunul la partaj, devenind proprietar exclusiv, de îndată săvârșește acte de dispoziție, transferând dreptul de proprietate, dezmembrându-l ori grevându-l cu vreo sarcină. Or, reîntoarcerea dreptului de proprietate în starea anterioară (în modalitatea proprietății comune) ar fi afectat în mod automat dreptul dobândit de către cel care a contractat cu persoana care în urma partajului va fi dobândit drepturi asupra bunului.

Reiese că în materie de împărțală, legiuitorul a prevăzut această modalitate specială de prevenire a fraudelor pe care copărtașii le-ar putea săvârși în dauna creditorilor lor. Adică, în locul acțiunii pauliene, li s-a pus la dispoziție calea de a desființa împărțala numai atunci când au făcut opoziție, iar împărțala s-a făcut în lipsa lor fără a se ține seama de această opoziție, caz în care legea ar fi prezumat că împărțala s-ar fi făcut în mod fraudulos⁶.

Dispoziția din articolul 785 al Codului civil din 1864 era completată de prevederea articolului 976 din același cod, care excludea exercițiul acțiunii pauliene în privința actelor relative la succesiuni, obligând creditorii să se conformeze dispozițiilor din materia succesiunilor. Cu toată rigoarea acestor reguli, astfel cum s-a arătat în literatura juridică⁷, jurisprudența a admis creditorilor dreptul de a ataca împărțala chiar dacă nu au intervenit, când partajul s-ar fi făcut printr-o grabă frauduloasă prin care comostenitorii ar fi pus pe creditorii personali în imposibilitate de a interveni.

Legea nu prevedea nicio formă în care să fie făcută opoziția creditorilor; prin urmare, aceasta nu putea fi restrânsă la forma notificării adresate prin intermediul executorului judecătoresc. În mod corect, s-a considerat că „...este valabilă opoziția făcută prin orice act din care ar rezulta lămurit intenția creditorilor de a se opune la partaj”⁸. Au fost și trebuie să fie considerate opoziție la împărțală cererea de împărțală făcută pe calea acțiunii oblice, urmărirea unui bun comun, acțiunea pentru pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de act de vânzare-cumpărare având ca obiect un imobil succesoral, înscrierea urmării în cartea funciară, luarea unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor copărtașului debitor și înscrierea acestora în registrele de publicitate imobiliară cu privire la bunul comun⁹.

Nu era necesar ca opoziția să fie făcută mai înainte de începerea procedurii de

⁵ A se vedea M.B. Cantacuzino, *Elementele Dreptului civil*, Ed. All Educational, București, 1998, p. 444, nr. 542. C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de Drept civil român*, Vol. III, Ed. All, București, 1998, p. 344, nr. 813.

⁶ A se vedea D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 335, nr. 232.

⁷ A se vedea M.B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 444, nr. 542; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 346, nr. 818.

⁸ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 344, nr. 814.

⁹ Pentru detalii, a se vedea F. Deak, *Tratat de Drept succesoral*, Ed. Actami, București, 1999, p. 575, nr. 345.

partaj și era suficient să ia cunoștină copărtașii de manifestarea de voință a creditorului¹⁰. Apreciem că nu era necesar să ia cunoștință toți copărtașii, fiind suficient ca numai unul (altul decât copărtașul debitor) sau parte dintre copărtași să fi luat cunoștință de opoziția creditorului.

Ca efect al opoziției creditorilor, respectiv al participării creditorilor la partajul bunurilor debitorului lor, partea ce revenea copărtașului debitor la împărțeală, fie bunuri, fie bani, era indisponibilizată – efectul de poprire al partajului –, astfel că nicio plată de bani și nicio predare de bunuri din partea altui copărtaș nu era opozabilă creditorului intervenient, cât timp acesta din urmă nu a fost plătit¹¹.

Ca urmare a opoziției creditorilor, copărtașii erau obligați să cheme pe creditorii oponenți să participe la operațiunile de împărțeală, indiferent că era vorba despre un partaj voluntar ori de procedura judiciară a partajului. Creditorii aveau dreptul doar de a supraveghea regularitatea operațiunilor de împărțeală, adică de a verifica numai corecta stabilire a drepturilor copărtașilor și a întinderii acestora, a bunurilor și a valorii lor, dacă erau sau nu comod partajabile, ca loturile să fie echilibrate, în conformitate cu întinderea cotelor-părți deținute de către copărtași. Controversată a fost chestiunea de a ști dacă putea pretinde ca împărțeala să fie realizată conform intereselor sale. Astfel, într-o opinie s-a considerat că ar fi fost în măsură să ceară atribuirea bunului imobil ipotecat în timpul indiviziunii de către debitorul său, pentru a evita desființarea ipotecii ca efect al dispozițiilor art. 786, prin atribuirea imobilului în favoarea altui copărtaș¹². Potrivit unui alt punct de vedere, s-a apreciat că nu ar fi fost permis să pretindă ca imobilul succesoral să fie atribuit în lotul debitorului său, pentru cazul în care criteriile de atribuire ar fi pledat în favoarea altui copărtaș¹³.

3. În Noul Cod civil, în articolul 678, cu nota marginală „*Executarea silită privitoare la bunul comun*”, se arată: „(1) *Creditorii unui coproprietar pot urmări silit cota lui parte din dreptul asupra bunului comun sau pot cere instanței împărțeala bunului, caz în care urmărirea se va face asupra părții de bun sau, după caz, asupra sumei de bani cuvenite debitorului.*

(2) *În cazul vânzării silite a unei cote-părți din dreptul de proprietate asupra unui bun, executorul judecătoresc îi va notifica pe ceilalți coproprietari cu cel puțin două săptămâni înainte de data stabilită pentru vânzare, înștiințându-i despre ziua, ora și locul licitației. La preț egal, coproprietarii vor fi preferați la adjudecarea cotei-părți.*

(3) *Creditorii care au un drept de garanție asupra bunului comun ori cei a căror creanță s-a născut în legătură cu conservarea sau administrarea acestuia au dreptul să urmărească silit bunul, în mâinile oricui s-ar găsi, atât înainte, cât și după partaj.*

(4) *Convențiile de suspendare a împărțelii pot fi opuse creditorilor numai dacă, înainte de nașterea creanțelor, au dobândit dată certă în cazul bunurilor mobile sau au fost autentificate în cazul bunurilor imobile și s-au îndeplinit formalitățile de publicitate*

¹⁰ A se vedea Dan Chirică, *op. cit.*, p. 336, nr. 233.

¹¹ V.M. Ciucă, *op. cit.*, p. 185; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 344, nr. 816; F. Deak, *op. cit.*, 575-576, nr. 346.

¹² C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 344, nr. 817.

¹³ F. Deak, *op. cit.*, 575-576, nr. 346.

prevăzute de lege, dacă este cazul”.

În primul rând, este recunoscut dreptul creditorilor de a urmări cota-parte din dreptul de proprietate ce aparține debitorului lor, dat fiind că asupra cotei-părți ideale și abstracte din dreptul de proprietate debitorul are un drept exclusiv conform art. 634 din cod.

În al doilea rând, este reafirmat dreptul creditorilor personali ai unui copărtăș de a cere partajul bunului comun, pentru a urmări, ulterior, bunurile pe care debitorul le va deține în proprietate exclusivă.

În cazul în care creditorul optează pentru urmărirea silită a cotei-părți din dreptul de proprietate asupra bunului se recunoaște celorlalți coproprietari dreptul de preferință la adjudecare, drept al cărui scop este simplificarea raporturilor dintre coproprietari sau chiar încetarea coproprietății prin dobândirea tuturor cotelor-părți de către un singur coproprietar. Este necesar ca participând la licitație, coproprietarul care intenționează să valorifice acest drept, să ofere un preț egal cu cel mai mare preț oferit.

În articolul 679, sub nota marginală **„Drepturile creditorilor personali ai coproprietarului”**, se dispune: *„(1) Creditorii personali ai unui coproprietar vor putea, de asemenea, să intervină, pe cheltuiala lor, în partajul cerut de coproprietari ori de un alt creditor. Ei nu pot însă să atace un partaj efectuat, afară numai dacă acesta s-a făcut în lipsa lor și fără să se țină seama de opoziția pe care au făcut-o, precum și în cazurile când partajul a fost simulat ori s-a făcut astfel încât creditorii nu au putut să intervină în proces.*

(2) Dispozițiile alin. (1) sunt aplicabile și în cazul creditorilor care au un drept de garanție asupra bunului comun ori al celor a căror creanță s-a născut în legătură cu conservarea sau administrarea acestuia”.

În mod judicios, a fost reglementat în mod expres dreptul creditorului personal al unui copărtăș de a putea să atace un partaj efectuat atunci când a fost făcut astfel încât creditorii nu au putut să intervină. Argumentele expuse în literatura juridică anterioară noului Cod civil, pe care le-am evocat mai sus, își mențin valabilitatea și întăresc soluția adoptată de legiuitor.

Cât privește recunoașterea, pentru creditorul personal al unui copărtăș, a dreptului de a ataca un partaj simulat, constituie tot materializarea unei soluții care a fost promovată de literatura juridică anterioară actualei codificări¹⁴. Ce este inexplicabil, este menționarea expresă la această materie, a posibilității atacării partajului simulat, de vreme ce în noul Cod civil, în cuprinsul articolelor 1.289-1.294 este reglementată materia simulației.

4. În materia partajului succesoral, în cuprinsul articolului 1.156, cu nota marginală **„Situația creditorilor personali ai moștenitorilor”** se dispune: *„(1) Înainte de partajul succesoral, creditorii personali ai unui moștenitor nu pot urmări partea acestuia din bunurile moștenirii.*

(2) Creditorii personali ai moștenitorilor și orice persoană ce justifică un interes legitim pot să ceară partajul în numele debitorului lor, pot pretinde să fie prezenți la partajul prin bună învoială sau pot să intervină în procesul de partaj.

(3) Ceilalți moștenitori pot obține respingerea acțiunii de partaj introduse de către creditor, plătind datoria în numele și pe seama moștenitorului debitor.

(4) Creditorii pot solicita revocarea partajului fără a fi obligați să dovedească fraudă

¹⁴ A se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 346, nr. 818.

copărtașilor numai dacă, deși au cerut să fie prezenți, partajul s-a realizat în lipsa lor și fără să fi fost convocați. În toate celelalte cazuri, acțiunea în revocarea partajului rămâne supusă dispozițiilor art. 1.562.

(5) Din bunurile moștenirii atribuite la partaj, precum și din cele care le iau locul în patrimoniul moștenitorului, creditorii moștenirii vor fi plătiți cu preferință față de creditorii personali ai moștenitorului.

(6) Dispozițiile alin. (5) sunt aplicabile și legatarilor cu titlu particular ori de câte ori obiectul legatului nu constă într-un bun individual determinat”.

Considerăm că în mod total nejustificat a fost creat un regim distinct al creditorilor personali ai copărtașilor dintr-o succesiune, față de regimul creditorilor personali ai copărtașilor a căror stare de indiviziune are orice alt izvor decât deschiderea unei moșteniri.

Este adevărat că și într-un trecut îndepărtat, în reglementarea dreptului roman, privitor la acțiunea pentru ieșirea din indiviziune, era făcută o distincție între cazul în care indiviziunea izvora din transmiterea unei moșteniri și cuprindea o universalitate de bunuri, acțiunea numindu-se în acest caz *familiae erciscundae*, și cazul în care indiviziunea avea un cu totul alt izvor, un raport de comunitate ori de societate cu privire la bunuri, acțiunea denumită fiind *comuni dividundo*¹⁵, însă, apreciem că nu se impunea să se mai facă o astfel de distincție în reglementarea noului Cod civil.

Este frapantă diferența de tratament în privința posibilității urmăririi cotei-părți ideale și abstracte pe care copărtașul o deține. Dacă, în privința creditorilor unui copărtaș care a intrat în stare de indiviziune dintr-o altă cauză decât deschiderea unei succesiuni la care este chemat în calitate de moștenitor, este recunoscut dreptul creditorilor de a urmări cota-parte determinată, se observă că creditorilor unui comoștenitor le este refuzat acest drept (deși, și în acest caz, cota-parte este determinată, fiind stabilită prin certificatul de moștenitor)¹⁶.

Soluția este în vădită contradicție și cu dispozițiile articolului 817 alin. (3) din Noul Cod de procedură civilă (care, în mod normal ar fi trebuit să intre în vigoare odată cu Codul civil), unde, fără a se face distincție față de izvorul indiviziunii, se recunoaște dreptul creditorilor personali ai copărtașului de a urmări cota-parte determinată a debitorului lor din dreptul de proprietate asupra imobilului bun comun.

Deosebire se înregistrează și în privința dreptului de a solicita desființarea partajului. După cum s-a arătat, creditorii personali ai copărtașului a cărei stare de indiviziune are o altă cauză decât succesiunea, în afară de cazul în care partajul s-a făcut în lipsa lor cu ignorarea opoziției, pot cere desființarea împărțelii pentru cazul în care partajul a fost făcut în așa fel încât nu au putut să intervină, pe când, creditorii unui comoștenitor în afară de cazul în care partajul s-a făcut în lipsa lor cu ignorarea opoziției, pot cere desființarea împărțelii numai dacă sunt întrunite toate cerințele pentru promovarea acțiunii pauliene; se înțelege că ar fi cazul să demonstreze complicitatea la fraudă a tuturor celorlalți copărtași, ceea ce este foarte greu, dacă nu chiar imposibil pentru multe astfel de cazuri.

La materia partajului succesoral nu se spune nimic despre dreptul creditorilor personali

¹⁵ A se vedea M.B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 248, nr. 411.

¹⁶ În acest sens, a se vedea F.-A. Baias, R. Constantinovici, E. Chelaru, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, comentariul 1 de la art. 1156.

***(Re)petitio principii* în noul Cod de procedură penală**

Lector univ. dr. Flaviu CIOPEC
Facultatea de Drept, Universitatea de Vest Timișoara



***(Re)petitio principii* within the Code of penal procedure**

Abstract: Debates on principles never end and are periodically restarted. This occurs due to the fact that identifying principles is no easy target, because certain events entail the necessity of calling principles into question. In this context, a new Code of penal procedure seems to be the perfect occasion for a new debate on the guiding lines into the manner of conducting a criminal trial.

The draft of the new Code shows no transparency as to the inner logic that has led to the principles of the new procedure, given that some principles provided in the current code have not been set out in the new act, while others, although notorious, have not yet been incorporated into positive law.

Our criminal trial operates with principles having different degrees of generality. Some of these are principles that govern the trial as a whole, others are principles that govern the criminal investigation or the judgement (public trial). It is self-explanatory that, unlike other European legal systems, the principles that govern the judgment have very little or no representation at all in the preamble of the new Code. This raises many questions, since the judgment is or should be the core of the criminal trial, therefore its fundamental procedural rules should impose principles applicable to the entire trial.

The persistent question could be formulated as follows: between the need for reform and the need for stability, how considerable is the risk of a vicious circle (*petitio principis*) in matters of principles of criminal procedure?

Keywords: criminal trial, principles, degree of generality, reform, vicious circle.

Prezentul studiu își propune să evidențieze în ce măsură arhitectura principiilor noului Cod a asigurat realizarea obiectivelor asumate în mod oficial¹ de legislator și anume de a „înlătura anacronismele, incompatibilitățile în exercitarea funcțiilor judiciare și ineficiența procesului penal românesc și de a asigura cu celeritate și în mod eficient realizarea scopului procesului penal”.

¹ A se vedea H.G. nr. 829/2007 privind aprobarea tezelor prelabile ale proiectului Codului de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 556 din 14 august 2007.

Vom prezenta modificările operate în noul cod, în ordinea reglementării, pentru ca la final să evidențiem o serie de concluzii.

1. Noul cod a procedat la redenumirea titlului întâi din „Reguli de bază ale procesului penal” în „Principii ale procesului penal”. Diferența pare formală. Reguli sau principii? Dworkin utilizează o distincție între reguli și principii ce funcționează pe două paliere². Regulele sunt aplicate de maniera „totul-sau-nimic”³. Aceasta înseamnă că, într-o speță, avem două posibilități: fie regula este aplicabilă și atunci nimic nu poate împiedica aplicarea ei, fie nu este aplicabilă și atunci nu va fi aplicată, indiferent de împrejurări. Principiile, în schimb, chiar dacă sunt aplicabile într-un caz, nu impun consecințe automate ca și regulile. Acestea aduc argumente într-o anumită direcție, dirijând pe judecător, dar nu determină rezultatul judecării.

Pe de altă parte, dacă două reguli sunt în conflict, numai una este validă și va fi aplicată, cealaltă nefiind validă (*lex superior* față de *lex inferior*, *lex specialis* față de *lex generalis*, *lex posterior* față de *lex prior*). Conflictul între principii se soluționează pe baza importanței lor relative („greutatea” lor). Judecătorul „cântărește” principiile aflate în conflict și decide care dintre ele va prevala în speță, fără ca celălalt principiu, „învins”, să devină irelevant. Acesta din urmă subzistă și este posibil să prevaleze într-un alt caz, uneori chiar împotriva principiului care l-a „înfrânt” în primul caz.

Cele de mai sus sunt sugestive pentru cadrul procesului penal. Operând numai cu reguli intrăm într-o atmosferă „totul-sau-nimic”, mult prea rigidă pentru un teatru de operațiuni unde contează în egală măsură două obiective: interesul public (orice persoană care a comis o infracțiune să fie pedepsită potrivit legii) și interesul privat (nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală). Conduc după reguli, procesul penal este o luptă în care prevalează întotdeauna un interes față de altul, existând un câștigător și un învins, iar rezultatul confruntării este adesea facil de anticipat. Dirijat de principii, procesul penal devine o confruntare cu final deschis, în funcție de greutatea ce se acordă unui principiu sau altul. În această perspectivă par a se rezolva mai bine probleme insolubile precum necesitatea arestării preventive în raport cu prezumția de nevinovăție, caracterul nepublic al urmăririi penale în raport cu respectarea drepturilor apărării, intima convingere în raport cu necesitatea excluderii probelor obținute în mod nelegal etc.

Un sistem procesual condus exclusiv de reguli pare a fi unul caracterizat ca fiind „legalist”, unde contează doar regulile, iar judecătorii nu sunt decât gardienii acestora. Dacă legea prevede, atunci judecătorii o aplică, iar dacă legea nu prevede, judecătorii sunt dispensați de orice obligație. În definitiv, aceasta este maniera în care s-a derulat procesul penal la noi. Glisarea noului Cod de la reguli la principii pare a deschide o nouă viziune procesuală, cel puțin la nivel declarativ.

Această discuție aduce în atenție o observație mai veche făcută în literatura noastră de specialitate. În esență, avem nevoie de un preambul al Codului de procedură penală care să summarizeze cele mai importante reguli/principii după care funcționează procesul penal? Și dacă da, cât de eficientă poate fi o asemenea selecție?

² L. Bojin, *Lupta principiilor. Un comentariu la hotărârea Marii Camere în cauza Lautsi*, Noua revistă de drepturile omului nr. 2/2011, p. 17.

³ R. Dworkin, *Drepturile la modul serios*, Ed. Arc, Chișinău, 1998, p. 23.

Există semnalată o tendință a legislatorului, manifestată și în alte materii, de a se substitui doctrinei. Așa cum în domeniul penal legislatorul a depus eforturi să definească concepte precum infracțiunea, vinovăția, pericolul social, definiții ce nu au un rol direct funcțional, așa se pare că s-a procedat și în materie procesuală. Riscul de selecție arbitrară a unor reguli ca principii și ignorarea altora este unul foarte prezent. Dificil de depășit este și faptul că s-a limitat, într-o anumită măsură, sfera de cercetare a unor concepte, existând tendința de a se repeta până la refuz conținutul dispozițiilor legale ca unic mod de a înțelege și a analiza respectivele concepte⁴. În aceste condiții, nu este surprinzătoare o anumită inerție a doctrinei noastre și o restrângere a direcțiilor de manifestare a gândirii juridice. Experiența legislativă a altor ordini juridice ne provoacă de asemenea la reflecție. Astfel, mult timp Codul de procedură penală francez⁵, italian sau german nu au cuprins dispoziții în legătură cu principiile procesului penal. Identificarea și explicarea acestora a fost lăsată în responsabilitatea exclusivă a doctrinei penale. Pe aceeași poziție s-a situat și Codul de procedură penală român din 1936. S-a sugerat⁶ să se procedeze și la noi în mod similar, prin suprimarea preambulului Codului de procedură penală și concedarea către doctrină a acestei sarcini. Această lecție nu a fost însușită de noul Cod de procedură penală. De ce?

Suntem dispuși să riscăm o explicație. Credem că tocmai datorită atașamentului legalist al sistemului nostru față de norma cuprinsă în cod. Altfel a spune, pentru organele judiciare nu există decât ceea ce este prevăzut în cod. Absența principiilor din cod ar echivala cu inexistența lor, fiind astfel absolut necesar ca ele să fie prezente și să aducă aminte că aplicarea lor este importantă. Automatismele judiciare nu se creează prin educație, ci prin expunerea îndelungată la realități vii și permanent aduse în atenție. Un exemplu în acest fel l-ar putea constitui inerția sistemului la controlul actelor procurorului, care deși admisă principial de Curtea Constituțională, încă din 1997⁷, a fost nevoie de aproape 6 ani până ca principiul să fie transpus în legislație, actualul art. 278¹. Este cert că în toată această perioadă judecătorii nu au aplicat principiul, pentru că legea continua să nu prevadă, deși lacuna *de lege lata* era neconstituțională.

Strict teoretic, faptul că într-un sistem juridic stabil există materii nereglementate nu indică un viciu de sistem, ci mai curând faptul că nu există o *opinio necessitatis* pentru a promova producția normativă în domeniile respective⁸. Aceasta ar însemna că principiile sunt izvoare ale dreptului chiar dacă nu sunt indicate în mod expres. Existența lor este independentă de o consacrare legislativă, iar judecătorii nu creează principii, ci doar le recunosc.

2. Principiul legalității a fost consolidat (art. 2). Dacă actualul cod face mențiunea că procesul penal se desfășoară *atât în cursul urmăririi penale, cât și în cursul judecății*, potrivit

⁴ G. Stroe, *Regulile de bază ale procesului penal român în lumina exigențelor europene*, în Revista de drept penal nr. 1/2000, p. 105.

⁵ Este adevărat că prin Legea nr. 2000-516 din 15 iunie 2000 s-a introdus un articol preliminar în Codul de procedură penală francez, conținând trei paragrafe, care enumeră principiile generale ale procedurii penale.

⁶ G. Stroe, *op. cit.*, p. 106.

⁷ Decizia nr. 486 din 2 decembrie 1997, publicată în M. Of. nr. 105 din 6 martie 1998.

⁸ C-tin Valentin, *Drept internațional public*, Ed. Universității de Vest, Timișoara, 2004, p. 116.

dispozițiilor legale, noul cod utilizează o formulă generală, aptă a înlătura interpretarea conform căreia legalitatea ar fi o exigență doar în fazele procesuale indicate în mod expres de lege. Amendarea textului vine să confirme că principiul este de aplicare generală *în tot cursul procesului penal*, cu luarea în considerare și a fazei ce are ca obiect punerea în executarea a hotărârilor judecătorești penale de condamnare, dar și a unor faze noi cum este cea introdusă în noul cod referitoare la camera preliminară (art. 342-348).

3. În continuare, noul Cod consacră imediat după principiul legalității pe cel al separației funcțiilor judiciare (art. 3). Necesitatea ridicării acestei reguli la rangul de principiu a fost afirmată de mult în doctrina noastră⁹. Acest principiu proclamă și garantează că în procesul penal se exercită patru funcții judiciare: de urmărire penală (prin organele de cercetare penală și procuror), de dispoziție asupra drepturilor și libertăților fundamentale în cursul urmăririi penale (prin judecătorul de drepturi și libertăți), de verificare a legalității trimiterii sau netrimiterii în judecată (prin procedura de cameră preliminară) și de judecată (de către instanțele de judecată).

Noțiunea de funcție judiciară este înțeleasă greșit în sensul de atribuție a organului judiciar¹⁰. Din acest punct de vedere, urmărirea penală este o etapă procesuală, iar nu o funcție. Nu este clar deci ce funcție exercită procurorul. Este în mod decisiv acesta titularul funcției de acuzare sau nu? De asemenea nu poate exista o funcție de dispoziție asupra drepturilor și libertăților fundamentale, ci eventual funcția de instrucție. Prin instaurarea judecătorului de drepturi și libertăți ca personaj ce exercită o funcție judiciară distinctă în cursul urmăririi penale, se confirmă tendința ultimilor ani de judiciarizare a tuturor fazelor procesuale și reprezintă o recunoaștere a unei stări de fapt ce există și sub actualul cod. Mai precis, începând cu Legea nr. 281/2003¹¹ a devenit evident că judecătorul intervine masiv în faza de urmărire penală, domeniu rezervat până la acel moment procurorului, ori de câte ori este se pune în discuție o restrângere a drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei.

Separarea funcțiilor procesuale presupune și o mai bună delimitare a ipotezelor de incompatibilitate ce pot apărea pentru titularii fiecărei funcții în parte, principiul fiind acela că în desfășurarea aceluiași proces penal exercitarea unei funcții judiciare determină automat o incompatibilitate în raport cu altă funcție judiciară (art. 64 din noul cod). Sub regimul actualului cod există o serie de situații generatoare de incompatibilitate bazate pe criteriul funcțional, respectiv pe concentrarea în competența aceluiași organ a mai multor funcții procesuale (ipotezele de extindere a acțiunii penale sau a procesului penal - art. 336-337 -, atunci când procurorul nu participă la judecată sau ipoteza competenței de a pune în mișcare acțiunea penală în cazul în care, în procedura controlului judecătoresc

⁹ A. Boureanu, *Exercitarea funcțiilor procesuale în cauza penală*, în Revista de drept penal nr. 1/1999, p. 101; I.G. Gorgăneanu – *Independența funcțiilor procesuale*, în Revista de drept penal nr. 1/2000, p. 46; I. Amărie, *Separarea funcțiilor procesuale*, în Revista de drept penal nr. 2/2000, pp. 55-59; G. Mateuț – *Necesitatea recunoașterii separației funcțiilor judiciare ca principiu director al procedurilor penale, în lumina Convenției Europene, precum și a modificărilor legislative ale Codului de procedură penală*, în Revista Dreptul nr. 9/2004, p. 189.

¹⁰ D. Ionescu, *Despre concepția procesuală și noul Cod de procedură penală. Câteva lucruri simple*, în Caiete de drept penal nr. 1/2011, p. 88.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 468 din 1 iulie 2003.

al soluțiilor de neurmărire emise de procuror, se decide reținerea cauzei în vederea judecării în temeiul art. 278¹ alin. (8) lit. c).

4. Următorul principiu este cel al prezumției de nevinovăție (art. 4), care după ce a fost ridicat relativ recent¹² la rangul de principiu al procesului penal, iată cum urcă, meritoriu, pe scara importanței sale, fiind plasat în ordinea legislativă imediat după principiul separației funcțiilor procesuale. Textul prevăzut în Codul de procedură penală actual se menține, dar se adaugă un alineat nou conform căruia „după administrarea întregului probatoriu, orice îndoială în formarea convingerii organelor judiciare se interpretează în favoarea suspectului sau inculpatului”. Modificarea introdusă ni se pare de importanță capitală.

Prin comparație cu alte sisteme procesuale, s-a spus¹³ despre cel național, că nu este suficient de nuanțat, prin impunerea unor reguli ce gradează regimul probelor în funcție de partea care le propune și de teza probatorie avansată. Astfel, în procesul penal ar trebui să funcționeze mai multe standarde probatorii¹⁴. Pentru inculpat, un standard mai scăzut, cel al preponderenței, adică prezentarea de dovezi mai credibile decât cele ale acuzării, dubiul profitând inculpatului, în timp ce pentru organul judiciar, pentru răsturnarea tezei probatorii a inculpatului, ar funcționa un standard mult mai ridicat¹⁵, teza urmând a fi probată „dincolo de orice îndoială rezonabilă”.

Este pentru prima dată, când legea de procedură pare a introduce asemenea standarde și în procesul penal român. Dispoziția înscrisă la art. 4 alin. (2) în contextul reglementării prezumției de nevinovăție este completată de dispozițiile mai multor texte. Astfel, conform art. 103 alin. (2) „În luarea deciziei asupra existenței infracțiunii și a vinovăției inculpatului instanța hotărăște motivat, cu trimitere la toate probele evaluate. Condamnarea se dispune doar atunci când instanța are convingerea că acuzația a fost dovedită dincolo de orice îndoială rezonabilă”, iar potrivit art. 396 alin. (2) „Condamnarea se pronunță dacă instanța constată, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat”. În consecință, la momentul condamnării, dacă instanța are îndoieli cu privire la reținerea elementelor răspunderii penale, acestea trebuie interpretate în favoarea inculpatului și dispusă achitarea. Sistemul propus este de natură să garanteze mai eficient drepturile procesuale ale inculpatului și să preîntâmpine, în mai mare măsură, erorile judiciare.

5. Noul Cod expune în art. 5 principiul aflării adevărului, conform căruia nu mai *trebuie* să se asigure aflarea adevărului în cursul procesului penal, cum dispune actualul cod, ci li se impune organelor judiciare *obligăția de a asigura* aflarea adevărului pe bază de probe. Modificarea pare benignă și ar putea fi catalogată ca fiind prea nuanțată,

¹² Art. 5² din actualul cod a fost introdus prin Legea nr. 281/2003, sus-citată.

¹³ T. Dianu, *Iresponsabilitatea în dreptul penal al S.U.A. Reflecții pentru o reformă legislativă românească* în „Reforma legislației penale” de G. Antoniu *et alii*, Ed. Academiei române, București, 2003, p. 329.

¹⁴ Pentru o tratare amplă a subiectului a se vedea V. Pușcașu, *Prezumția de nevinovăție*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 394-407.

¹⁵ G. Mateut, *Libertatea aprecierii probelor*, în Revista de drept penal nr. 3/2004, p. 45.

astfel încât să reflecte o inovație în materie. Credem totuși că se pot face câteva observații.

Formularea actualului cod este prea categorică în sensul că adevărul trebuie aflat indiferent de câte resurse ar fi necesare pentru atingerea acestui obiectiv. Evident această expresie a misiunii de aflare a adevărului este tributară concepției inchizitoriale, unde judecătorul este deasupra părților și urmărește în mod oficial adevărul obiectiv. Ideea că adevărul judiciar ar putea fi și unul comod, convențional și relativ, rezultat ca urmare a tranzacției între părți este străină procedurii noastre. Practica instanțelor a arătat însă că nu de puține ori adevărul obiectiv în expresie absolută este o țintă greu de atins, mai mult căutată decât găsită. Cu toate acestea, fidel concepției sale inchizitoriale, actualul cod nu pare a lăsa nicio speranță concepției că un adevăr pragmatic ce ar putea să reflecte interesele procesuale ale părților de la un anumit moment ar fi fezabilă. Procesul penal este construit pe algoritmul unul pierde și altul câștigă, într-o dihotomie ce nu admite nuanțări. Este însă de reflectat în ce măsură un rezultat procesual care să împace părțile, astfel încât să câștige ambele, nu ar fi mai oportun.

Această concepție este congruentă cu introducerea și în sistemul nostru procesual a unor instituții ce până nu demult erau de neacceptat. Modificarea esențială o reprezintă în opinia noastră acceptarea derulării unei proceduri diferite pentru ipoteza în care inculpatul își recunoaște vinovăția. Astfel, art. 320¹ din actualul Cod prevede posibilitatea inculpatului de a recunoaște comiterea faptelor arătate în actul de sesizare și de a nu mai solicita administrarea altor probe în afara celor din faza de urmărire penală. Obiectivul actualului cod a fost unul limitat, acela de a introduce un mecanism care să asigure accelerarea judecăților penale, obiectiv asumat prin Legea nr. 202/2010¹⁶.

Noul cod merge mai departe și reglementând procedura acordului de vinovăție, nu mai urmărește chestiuni de celeritate procesuală, ci trece hotărât la un alt nivel, acela al negocierii vinovăției, în cazul infracțiunilor de gravitate mică și medie, pedepsite de lege cu închisoarea până la un anumit quantum (art. 478-488). Aceasta procedură presupune, în esență, realizarea unui acord între procuror, pe de o parte, și inculpat, asistat de avocat, pe de altă parte, în sensul recunoașterii de către cel acuzat a infracțiunii ce i se reține în sarcină.

Procedura din noul cod este o veritabilă tranzacție pe latură penală între procuror și inculpat. Astfel, obiectul acordului vizează nu numai fapta, așa cum prevede actualul cod, dar și încadrarea juridică și chiar mai mult, felul, quantumul și modalitatea de executare a pedepsei. Întru-un cuvânt întregul arsenal penal. Consecința are efecte imediate asupra principiului aflării adevărului. Un adevăr rezultat dintr-o tranzacție este ridicat la rangul de adevăr legitim, deși este evident că *acest* adevăr judiciar nu reprezintă adevărul obiectiv, fiind doar produsul compromisului dintre părți. Considerente pragmatice susțin această concepție. Mai bine un adevăr convențional rezultat al compromisului, decât un obiectiv sisific, greu de atins și ineficient prin improbabilitatea sa.

6. Prin noul cod s-a introdus în art. 6, ca principiu al procesului penal, regula *ne bis in idem*, în următoarea redactare: „Nicio persoană nu poate fi urmărită sau judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni atunci când față de acea persoană s-a pronunțat anterior o hotărâre penală definitivă cu privire la aceeași faptă, chiar și sub altă încadrare juridică”.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 714 din 26 octombrie 2010.

Prima facie se impune o explicitare a expresiei „aceeași faptă, chiar și sub altă încadrare juridică”. Am fi tentați să apreciem că o altă încadrare juridică înseamnă o altă calificare dată de *legea penală* aceleiași fapte. La o privire mai atentă și având în vedere jurisprudența Curții de la Strasbourg credem că se poate susține și o altă opinie. Se cunoaște efortul depus de Curte, în încercarea de a oferi o măsură egală în soluționarea litigiilor cu care este investită, în sensul de a concilia faptul că se adresează unor jurisdicții naționale ce pot fi fundamental diferite. Astfel, instanța de contencios a drepturilor omului a fost preocupată să contureze o serie de noțiuni eliberate de specificul național, noțiuni ce au primit un sens european. Aceasta este situația și noțiunii de acuzație în materie penală, căreia Curtea i-a acordat semnificația unei noțiuni autonome.

Cu referire directă la chestiunea noastră, Curtea a decis prin Hotărârea din 14 ianuarie 2010, în cauza *Tsonev nr. 2 c. Bulgaria*, cu referire la art. 4 din Protocolul nr. 7 la Convenție (*ne bis in idem*) că stabilirea unei răspunderi contravenționale pentru o faptă împiedică începerea urmăririi penale pentru aceeași faptă, împotriva aceleiași persoane. Formularea unei noi acuzații în materie penală, în sensul art. 6 par. 1 din Convenție cu privire la fapta pentru care s-a stabilit deja o „condamnare administrativă” este inadmisibilă¹⁷, apreciere care este obligatorie pentru instanțe. Din acest punct de vedere urmează a se aprecia că încadrarea juridică dată anterior unei fapte, fie aceasta chiar și sub forma unei contravenții, face operantă aplicarea principiului puterii de lucru judecat. În aceeași logică, va trebui avută în vedere și jurisprudența¹⁸ Curții de Justiție de la Luxemburg în ceea ce privește aplicarea principiului *ne bis in idem* în cadrul cooperării judiciare în materie penală. Curtea a apreciat că principiul consacrat de art. 54 din Convenția de aplicare a acordului Schengen se aplică și în privința procedurilor de încetare a acțiunii penale, prin care Ministerul Public dintr-un stat membru pune capăt, fără intervenția instanței, procedurii penale începute în statul respectiv¹⁹.

7. Principiul oficialității, așa cum acesta este consacrat în art. 2 alin. (2) din actualul Cod de procedură penală, nu mai apare cu această denominare. În noul cod s-a introdus art. 7 cu titlul „Obligativitatea punerii în mișcare și exercitare a acțiunii penale”. Amendamentul este corect față de faptul că principiul oficialității era oricum un principiu atașat în primul rând fazei de urmărire penală și se referea la regimul acțiunii penale.

Principiul oficialității în forma sa nouă este anunțat în preambulul noului cod numai pentru a se evidenția mai bine excepțiile de la aplicarea sa. Există două situații de excepție: unele, în care oficialitatea este înlocuită cu disponibilitatea. Ipotezele sunt circumscrise unor împrejurări precum introducerea plângerii prelabile, obținerea autorizării ori sesizării organului competent etc. Altele, în care obligativitatea, corolar al caracterului oficial al acțiunii penale, este înlocuită cu oportunitatea. Deși dezbătut în literatură²⁰ principii

¹⁷ M. Udroui, *Efectele colaterale ale hotărârii Tsonev nr. 2 în justiția penală română*, în *Curierul judiciar* nr. 7/2010, p. 406.

¹⁸ Curtea de Justiție a Comunității Europene, hotărârea din 11 februarie 2003, în cauzele reunite C-187/01 și C-385/01 *Gözütok și Brügge*, disponibilă pe www.eur-lex.eu.

¹⁹ M. Udroui, *Principiile fundamentale ale procedurii penale în proiectul noului Cod de procedură penală*, în *Caiete de drept penal* nr. 2/2009, p. 71.

²⁰ T. Pop, *Drept procesual penal*, vol. II, Ed. Tipografia Națională S.A., Cluj-Napoca, 1946, pp. 439-440.

oportunității nu a fost recunoscut până în acest moment în legislația noastră, deși la nivel de *soft law* există precedente²¹. În esență, oportunitatea se constituie ca o putere discreționară aparținând Ministerului Public ce are libertatea de se abține de la declanșarea și exercitiul acțiunii penale pentru considerente ce țin de politica penală.

Noul cod vizează o oportunitate temperată, întrucât se referă doar la facultatea de a se renunța la exercitarea acțiunii penale dacă nu există un interes public în aplicarea unei pedepse, fără a avea în vedere și ipoteza punerii în mișcare a acțiunii penale. Conform art. 318 din noul Cod, *după punerea în mișcare a acțiunii penale* și înainte de sesizarea camerei preliminară, în cazul infracțiunilor pentru care legea prevede pedeapsa amenzii sau pedeapsa închisorii de cel mult 5 ani, procurorul poate renunța la urmărirea penală când, în raport de persoana inculpatului, de conduita avută anterior săvârșirii infracțiunii, de conținutul faptei, de modul și mijloacele de săvârșire, de scopul urmărit și de împrejurările concrete de săvârșire, de urmările produse sau care s-ar fi putut produce prin săvârșirea infracțiunii, de eforturile depuse de inculpat pentru înlăturarea sau diminuarea consecințelor infracțiunii, constată că nu există un interes public în urmărirea acestuia. În consecință, aprecierea procurorului este limitată doar cu privire la acțiunile penale începute, iar nu și cu privire la cele ce ar putea începe. Pentru aceste ipoteze regula obligativității funcționează fără excepții.

8. Despre principiul dreptului la un proces echitabil, introdus în art. 8 din noul Cod, s-a spus că reprezintă un principiu de organizare și funcționare a justiției²², dar și un drept fundamental al omului, apt să concentreze ansamblul garanțiilor procedurale care permit punerea în valoare a drepturilor protejate prin Convenție²³. Acest principiu a penetrat legislația noastră mai întâi pe calea influenței art. 6 din CEDO, aplicabil direct în temeiul art. 20 din Constituție. Ulterior, odată cu revizuirea Constituției din 2003 a fost introdus în art. 21 alin. (3) și în final a primit o consacrare prin art. 10 al noii legii de organizare judiciară (Legea nr. 304/2004). În doctrină²⁴, s-a arătat și că această cerință a celerității a fost recunoscută de Codul de procedură penală pentru prima dată, prin modificarea adusă de Legea nr. 356/2006 art. 313 alin. (2), conform căruia judecătorul cauzei va lua măsurile necesare în scopul pregătirii judecății, astfel încât să se asigure soluționarea cu celeritate a cauzei.

Introducerea acestui principiu în preambulul noului Cod de procedură penală este evident un fapt pozitiv având în vedere că dreptul la un proces echitabil prezintă în materie penală o serie de garanții specifice ce îl particularizează în contextul art. 6 din CEDO, fiindu-i rezervate paragrafele 2 și 3 aparținente acestuia.

Reglementarea din art. 8 din noul cod include și referințe la una dintre exigențele dreptului la un proces echitabil și anume durata rezonabilă a procesului penal.

²¹ Recomandarea Consiliului Europei nr. R(87) 18 din 17 septembrie 1987 privind simplificarea justiției penale, disponibilă pe www.coe.int.

²² M. Damaschin, *Dreptul la un proces echitabil în materie penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 30-31.

²³ R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 236.

²⁴ D. Ionescu, *Modificările aduse părții speciale a Codului de procedură penală prin Legea nr. 356/2006 și O.U.G. nr. 60/2006*, în *Caiete de drept penal* nr. 3/2006, pp. 237-238.

Dreptul nostru procesual deducea din sintagma „constatarea la timp și în mod complet a faptelor ce constituie infracțiuni” aparținând art. 1 (scopul procesului penal), principiul celerității (operativității), ca formă incipientă a duratei rezonabile. Actualmente, deși referința la termenul rezonabil este una explicită, sintagma tradițională a fost menținută, într-o îmbinare perfectă a tradiției cu inovația.

9. O viziune îmbunătățită este adusă de noul cod garantării dreptului la libertate (art. 9). În primul, urmând modelul constituțional, textul legal se referă nu numai la dreptul la libertate, ci și la dreptul la siguranță, reprezentând o veritabilă garanție de protecție a persoanei în situațiile în care autoritățile publice iau măsuri care privesc libertatea individuală²⁵. În al doilea rând se introduce condiția ca orice măsură privativă sau restrictivă de libertate să nu se dispună decât cu titlu excepțional. Codul nostru nu face astfel decât să se conformeze Recomandării Rec 2006 (13)²⁶ a Consiliului Europei care invită statele să adopte măsuri legislative care să asigure caracterul de excepție a arestării preventive²⁷.

Noua configurare a principiului se îndepărtează de la modelul constituțional [art. 23 alin. (8)], în sensul că restrânge dreptul de informare asupra motivelor privării de libertate numai în caz de arestare, cu excluderea reținerii, deși în textul noului cod (art. 209) diferența nu mai apare. Din cuprinsul art. 9 dispăre și referința la posibilitatea persoanei arestate preventiv de a solicita punerea în libertate provizorie, sub control judiciar sau pe cautiune. Acesta pentru că reglementarea propusă de noul Cod schimbă optica actuală asupra instituțiilor procesuale ale controlului judiciar și, respectiv, cautiunii, care în prezent sunt aplicabile numai în cazul unui învinuit/inculpat arestat preventiv în prealabil. Sub acest aspect, se urmează modelul Codului de procedură penală francez care reglementează controlul judiciar ca alternativă la arestarea preventivă. Sub acest aspect se impune și modificarea art. 23 alin. (10) din Constituție pentru a menține o linie unitară în materie.

10. În privința dreptului la apărare, noul Cod urmează ghidul european în materie (art. 6 par. 3 din CEDO):

- se recunoaște, în mod explicit, pentru prima dată dreptul părților, al subiecților procesuali principali și a avocatului de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării. Printre acestea se regăsește și dreptul de a solicita consultarea dosarului pe tot parcursul procesului penal (art. 94 din noul Cod). Precizările sunt mult mai precise decât dispozițiile actualului cod ce se referă doar la asigurarea posibilității pregătirii și exercitării apărării, fără a indica precis ce înseamnă acestea.

- se insistă asupra dreptului la informarea suspectului și inculpatului cu privire la natura și cauza acuzației aduse împotriva sa, ca element esențial al unei apărări eficiente;

²⁵ E.S. Tănăsescu în M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită. Comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, pp. 40-41.

²⁶ Disponibilă pe www.coe.int.

²⁷ Art. 3 [1] In view of both the presumption of innocence and the presumption in favour of liberty, the remand in custody of persons suspected of an offence shall be the *exception* rather than the norm.

Art. 3 [3] In individual cases, remand in custody shall only be used when strictly necessary and as a *measure of last resort*; it shall not be used for punitive reasons.

- se lărgeste conținutul dreptului la apărare în sensul că acesta nu se referă numai la posibilitatea de a fi asistat de un avocat, ci și de a se permite exercitarea apărării de către persoana însăși.

- se recunoaște cu titlu programatic dreptul la tăcere sub forma dreptului suspectului și inculpatului de a nu face nicio declarație. Sub acest aspect obligația organelor judiciare a suferit o modificare. Dacă conform codului actual, organul judiciar este obligat, înainte de a i se lua prima declarație învinutului sau inculpatului, să îi comunice dreptul de a fi asistat de un apărător, noul Cod impune obligația anterioară audierii de a pune în vedere suspectului sau inculpatului dreptul la tăcere.

Noul Cod renunță la expresia „apărător”, folosind-o pe cea neutră de „avocat”. Este posibil, ca și în alte cazuri, să fie doar o chestiune de opțiune terminologică. Se poate face însă o observație în această privință. Reglementarea specială în materie (Legea nr. 51/1995²⁸) nu folosește decât cu totul marginal termenul de apărător (art. 46). La fel legea constituțională se referă la avocat [art. 24 alin. (2)]. În consecință, utilizarea termenului comun (avocat) ar trebui să prevaleze. Pe de altă parte, este depistabilă o anumită schimbare de optică procesuală. Conform art. 6 alin. (4) din actualul cod „orice parte are dreptul de a fi asistată de un apărător în tot cursul procesului penal”. S-ar părea că actualul Cod privilegiază exercitarea apărării prin intermediul unui apărător, deși dreptul la apărare este mult mai larg, cuprinzând și posibilitatea ca cel în cauză să-și facă singur apărarea, precum și obligația organelor judiciare de a strânge și administra probe în favoarea suspectului sau inculpatului. În consecință, apărarea calificată va putea fi realizată în mod legal numai prin intermediul unui avocat, membru al Uniunii Naționale a Barourilor din România, iar nu și prin intermediul altor apărători [de ex. membri ai Barourilor Constituționale, interzise prin art. 1 alin. (3) din Legea nr. 51/1995].

11. Noul Cod reglementează în același text (art. 11) două principii: cel al respectării demnității umane, menținut în formă aproape identică cu cel din actualul Cod și cel al respectării vieții private. Deși nu este străin ca și conținut codului în vigoare, în mod evident includerea acestui din urmă principiu în cadrul celor fundamentale nu poate să reprezinte decât un fapt meritoriu. Este recunoscută astfel, în acord cu dispozițiile constituționale (art. 26-28), ca fundamentală grija pentru protecția vieții private, a inviolabilității domiciliului și a secretului corespondenței. Orice ingerință în exercițiul acestor drepturi trebuie să fie prevăzută de lege și să fie necesară într-o societate democratică. Se valorifică astfel clauzele legislației europene în materie (art. 8 din CEDO) și explicațiile doctrinare aferente.

12. Cu privire la ultimul principiu recunoscut de noul cod nu există modificări de esență, ci doar o mai bună organizarea a textelor. Astfel, art. 7 și art. 8 din actualul cod se concentrează într-un singur text, în care mai întâi este afirmată regula (limba română ca limbă procesuală oficială), iar apoi sunt prezentate și excepțiile. Conținutul art. 128 alin. (2) din Constituție este preluat integral în privința cetățenilor români aparținând minorităților naționale.

²⁸ Republicată în M. Of. nr. 98 din 7 februarie 2011.

13. După expunerea de mai sus, credem că se impun câteva aprecieri critice.

În primul rând, reluarea, precizarea și repetarea (*repetitio*) principiilor reprezintă un fapt pozitiv. Totuși rămân a se pune în discuție criteriile în funcție de care s-au decantat principiile noii proceduri. Nimic nu lasă să se întrevadă care este logica internă a unei asemenea operații, în condițiile în care unele principii existente în actualul cod nu și-au mai găsit consacrare în noua reglementare (de ex. principiul rolului activ al organelor judiciare²⁹), iar pe de altă parte unele principii notorii nu au trecut încă pragul dreptului pozitiv (de ex. dublul grad de jurisdicție în materie penală, egalitatea armelor, protecția drepturilor victimei, judecata după aceleași reguli a persoanelor aflate în situații similare – nediscriminare procesuală³⁰).

În al doilea rând, este evident că în procesul nostru penal operăm cu principii cu grade generalitate diferite. Unele sunt principiile procesului ca întreg, altele sunt principiile fazei de urmărire penală și altele cele ale fazei de judecată. Este simptomatic că, spre deosebire de alte spații juridice europene, principiile fazei de judecată (publicitatea dezbaterilor, colegialitatea compunerii instanței, oralitatea, independența judecătorului penal etc.) sunt foarte slab sau deloc reprezentate în preambulul noului cod. Situația este generatoare de interogații cât timp faza de judecată este evident sau ar trebui să fie inima procesului penal, sens în care regulile de bază ale acestei faze ar trebui să impună principii pentru întregul proces.

Fată de aceste observații, se poate spune că noul Cod de procedură penală impune o veritabilă reformă în domeniu? Cu tot entuziasmul optimist ce însoțește o reglementare nou apărută, s-ar părea că răspunsul este mai degrabă unul sceptic. Sub aparenta modificare se ascund în realitate aceleași viziuni anacronice? S-a spus³¹ că „noul Cod de procedură penală reflectă o concepție continentală înțeleasă prin prisma unor reguli deformatate de modelul socialist și păstrate în continuare” și că „prin redactarea noului cod în această manieră s-a pierdut o mare oportunitate. Aceea de a elibera procedura penală din România de influențele modelului socialist”. După ce o asemenea concepție a fost viciată, este greu de crezut că în România mai poate fi posibilă reîntoarcerea la un model compromis și dezavuat istoric. Și totuși, cât de mare este riscul unei captivități într-un cerc vicios, în care să revenim la poziția din care am plecat (*petitio principii*)? Cum putem convinge un observator independent de înfăptuirea reformei, cât timp o serie de chestiuni esențiale au fost lăsate în suspensie? Credem că, plecând de la aceste observații, o dezbatere riguroasă despre rolul și eficiența principiilor procesului penal se impune cu necesitate.

²⁹ C. Ghigheci, *Noul cod de procedură penală. Principii (I)*, articol postat la 11 octombrie 2011 și disponibil la adresa <http://www.juridice.ro/169053/noul-cod-de-procedura-penala-principii-i.html>.

³⁰ G. Mateuț, *Codul de procedură penală, partea generală, într-o perspectivă europeană*, în *Revista de drept penal* nr. 1/2004, p. 63.

³¹ D. Ionescu, *Despre concepția procesuală și noul Cod de procedură penală. Câteva lucruri simple*, în *Caiete de drept penal* nr. 1/2011, p. 95.

Limitele schimbării încadrării juridice în judecata în cazul recunoașterii vinovăției

Conf. univ. dr. Lavinia Valeria LEFTERACHE
Facultatea de Drept, Universitatea din București



Changing limits of the legal classification in judgment when pleading guilty

Abstract: Change of legal qualification procedure is limited by admitting guilt. The law excludes solution refusing to settle expedited procedure based on the need to change the legal classification or need to extend the process on other facts. Law exclude the solution granting the application to proceed to judgment in proceedings admitting guilt and changing the legal classification by withholding other forms of guilt, other than the defendant acknowledged.

Keywords: procedure of admitting guilt, the change of legal classification, extends of the penal process.

1. Sursa problemei. Problema pusă în discuție are în vedere modul în care influențează procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen. schimbarea încadrării juridice. Ipoteza este dezvoltată în două cauze soluționate de instanțele de judecată. Într-o primă cauză, instanța de fond a respins cererea inculpatului de judecare conform procedurii recunoașterii vinovăției și a schimbat încadrarea juridică dată faptelor pentru care a fost trimis în judecată, iar instanța de apel a desființat sentința și a extins procesul penal cu privire la alte fapte. În cea de-a doua cauză, instanța de fond a admis cererea de judecare a cauzei în procedura recunoașterii vinovăției și a schimbat încadrarea juridică, prin schimbarea formei de vinovăție.

În concret prima ipoteză are în vedere respingerea cererii de judecare conform recunoașterii vinovăției și reținerea unor infracțiuni noi (prin schimbare de încadrare juridică sau prin extinderea procesului penal), iar cea de-a doua ipoteză are în vedere judecarea cauzei potrivit procedurii recunoașterii vinovăției și reținerea unei alte forme de vinovăție, astfel:

a. schimbarea încadrării juridice dată faptelor pentru care a fost trimis în judecată inculpatul din *omor simplu și violare de domiciliu*, art. 192 alin. (1), (2) C. pen., în *omor deosebit de grav*, art. 174 alin. (1), 176 lit. d) C. pen., violare de domiciliu, art. 192

alin. (1), (2) C. pen., tentativă la infracțiunea de tâlhărie, art. 20-21 alin. (1), (2) lit. b) alin. (2)¹ lit. c) din C. pen. (de către Tribunal), extinderea procesului penal și condamnarea inculpatului pentru săvârșirea infracțiunilor de violare de domiciliu, art. 192 alin. (1), (2) C. pen., omor, art. 174 C. pen., tentativă la furt calificat, art. 20 C. pen. raportat la art. 208-209 alin. (1) lit. g), i) C. pen. (de către instanța de apel). Tribunalul nu a admis cererea inculpatului, care a recunoscut comiterea celor două infracțiuni reținute în sarcina sa prin rechizitoriu, omor simplu și violare de domiciliu, de soluționare a cauzei potrivit procedurii simplificate prevăzute de art. 320¹ C. pr. pen., apreciind că probele administrate în cauză nu erau suficiente pentru pronunțarea unei hotărâri de condamnare, nefiind lămurit *mobilit* crimei și existând indicii că încadrarea juridică nu era corectă și completă¹.

b. schimbarea încadrării juridice dată faptelor pentru care a fost trimis în judecată inculpatul (de către instanța de apel) din lovituri cauzatoare de moarte, art. 183 C. pen., în omor calificat, art. 174-175 lit. i) C. pen.²

2. *Specificul procedurii.* Procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen. presupune că judecătorul evaluează existența vinovăției persoanei care solicită aplicarea acestui text de lege din perspectiva probelor administrate la urmărire penală și nu doar achiesează la manifestarea de voință a inculpatului în cauză.

În forma sa inițială art. 320¹ C. pr. pen. prevedea că:

(1) *Până la începerea cercetării judecătorești, inculpatul poate declara personal sau prin înscris autentic că recunoaște săvârșirea faptelor reținute în actul de sesizare a instanței și solicită ca judecata să se facă în baza probelor administrate în faza de urmărire penală.*

(2) *Judecata poate avea loc numai în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, doar atunci când inculpatul declară că recunoaște în totalitate faptele reținute în actul de sesizare a instanței și nu solicită administrarea de probe, cu excepția înscrisurilor în circumstanțiere pe care le poate administra la acest termen de judecată.*

(3) *La termenul de judecată, instanța întreabă pe inculpat dacă solicită ca judecata să aibă loc în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, pe care le cunoaște și le însușește, procedează la audierea acestuia și apoi acordă cuvântul procurorului și celorlalte părți.*

(4) *Instanța de judecată soluționează latura penală atunci când, din probele administrate, rezultă că faptele inculpatului sunt stabilite și sunt suficiente date cu privire la persoana sa pentru a permite stabilirea unei pedepse.*

(5) *Dacă pentru soluționarea acțiunii civile se impune administrarea de probe în fața instanței, se va dispune disjungerea acesteia.*

(6) *În caz de soluționare a cauzei prin aplicarea alin. (1), dispozițiile art. 334 și 340-344 se aplică în mod corespunzător.*

(7) *Instanța va pronunța condamnarea inculpatului, care beneficiază de reducerea cu o treime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege, în cazul pedepsei închisorii, și de reducerea cu o pătrime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege, în cazul pedepsei amenzii. Dispozițiile alin. (1)-(6) nu se aplică în cazul în care acțiunea penală vizează o infracțiune care se pedepsește cu detențiune pe viață.*

¹ Dosar nr. 2113/110/2011.

² Dosar nr. 3062/120/2012.

(8) *În caz de respingere a cererii, instanța continuă judecarea cauzei potrivit procedurii de drept comun.*

Prin O.U.G. nr. 121/2011 pentru modificarea și completarea unor acte normative a fost modificat art. 320¹ C. pr. pen. în sensul că alin. (4) al articolului are *de lege lata* următorul conținut: *instanța de judecată soluționează latura penală atunci când din probele administrate în cursul urmăririi penale rezultă că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat, iar alin. (8) prevede că instanța respinge cererea atunci când constată că probele administrate în cursul urmăririi penale nu sunt suficiente pentru a stabili că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat. În acest caz instanța continuă judecarea cauzei potrivit procedurii de drept comun.*

Modificările art. 320¹ C. pr. pen. au fost determinate de Curtea Constituțională, care în decizia nr. 1470 din 8 noiembrie 2011³ a declarat neconstituțional art. 320¹ alin. (8) C. pr. pen., deoarece marja de apreciere lăsată instanțelor cu prilejul respingerii unei astfel de cereri este de natură de a lipsi textul de precizie și claritate, în absența cărora se poate ajunge la o aplicare incoerentă a legii.

De lege lata, atunci când mijloacele de probă administrate pe parcursul urmăririi penale nu conduc la întrunirea condițiilor referitoare la existența faptei, caracterul penal și săvârșirea faptei de către cel acuzat, lipsa oricăreia dintre condiții atrage respingerea cererii de judecată potrivit procedurii accelerate și judecarea potrivit dreptului comun.

3. *Respingerea judecării cauzei conform procedurii recunoașterii vinovăției și schimbarea de încadrarea juridică.* Schimbarea încadrării juridice ce are drept consecință reținerea unei infracțiuni noi care presupune o faptă distinctă ce nu a făcut obiectul urmăririi penale contravine regulilor unui proces echitabil⁴.

Ca urmare a modificării art. 320¹ C. pr. pen., respingerea cererii de judecare potrivit procedurii recunoașterii vinovăției este întemeiată doar pe cele trei motive *alternative*, expres și limitativ prevăzute, în scopul de a da textului de lege precizie și claritate:

- a. când instanța constată că probele administrate în cursul urmăririi penale nu sunt suficiente pentru a stabili că fapta există;
- b. când instanța constată că probele administrate în cursul urmăririi penale nu sunt suficiente pentru a stabili că fapta a fost săvârșită de către inculpat;
- c. când instanța constată că probele administrate în cursul urmăririi penale nu sunt suficiente pentru a stabili că fapta constituie infracțiune.

Modificarea art. 320¹ alin. (8) C. pr. pen. exclude soluția adoptată de instanța de fond și cea de apel, de respingere a cererii de soluționare a cauzei în procedura accelerată fundamentată pe necesitatea schimbării de încadrare juridică, potrivit art. 334 C. pr. pen. Nu este posibilă schimbarea încadrării juridice, astfel încât să se rețină o infracțiune nouă, care nu a fost avută în vedere de acuzația inițială pentru care inculpatul a fost trimis în judecată. Într-o asemenea ipoteză se încalcă dispozițiile legale atât în ceea ce privește limitele fixate de procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen., cât și de limitele procesului echitabil⁵.

³ Decizia Curții Constituționale a fost publicată în M. Of. nr. 853 din 2 decembrie 2011.

⁴ CSJ, dec. pen. nr. 74/2001 completul de 9 judecători, publicată în *Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2001*, Ed. All Beck, pp. 34-37.

⁵ ÎCCJ, s. pen., dec. pen. nr. 1397 din 2 mai 2012, dec. nr. 2113/110/2011.

Pentru sesizarea instanței cu judecarea unei infracțiuni nu este suficientă descrierea acesteia în expunerea făcută în rechizitoriu; sesizarea este legală numai în cazul în care în dispozitivul de trimitere în judecată din rechizitoriu este menționată fapta, cu încadrarea ei juridică⁶. În conformitate cu art. 317 C. pr. pen., judecata se mărginește la fapta și la persoana arătate în actul de sesizare a instanței, iar în caz de extindere a procesului penal, și la fapta și persoana la care se referă extinderea. Obiectul judecării, care este în același timp obiectul investiției, este determinat de cuprinsul actului de sesizare, care este, astfel, implicit, caracterizat și ca act de investire. Judecata se mărginește deci la fapta și la persoana cu privire la care a avut loc trimiterea în judecată și investirea instanței.

Pentru a determina ce se înțelege prin *fapta și persoana* arătate în actul de sesizare, se impune ca textul art. 317 să fie raportat la cel al art. 263 C. pr. pen., care se referă la cuprinsul rechizitoriului. În art. 263 alin. (1) se prevede că rechizitoriul trebuie să se limiteze la fapta și persoana pentru care s-a efectuat urmărirea penală și trebuie să cuprindă, pe lângă mențiunile prevăzute în art. 203, datele privitoare la persoana inculpatului, fapta reținută în sarcina sa, încadrarea juridică, probele pe care se întemeiază învinuirea, măsura preventivă luată și durata acesteia, precum și dispoziția de trimitere în judecată.

Este de observat că, dintre mențiunile pe care trebuie să le cuprindă rechizitoriul, art. 317 C. pr. pen., fixând obiectul judecării, limitele investiției, se referă doar la faptă și persoană. Dar, în accepțiunea legii, prin faptă arătată în actul de sesizare nu se poate înțelege doar simpla referire la o anumită faptă menționată în succesiunea activităților inculpatului. Legea se referă la descrierea unei fapte într-un mod susceptibil de a produce consecințe juridice, și anume de a investi instanța, o atare condiție neputând fi îndeplinită decât în cazul când fapta arătată prin rechizitoriu este însoțită de precizarea încadrării juridice și de dispoziția de trimitere în judecată pentru acea faptă⁷. Procedând altfel s-ar putea ajunge la efectuarea urmăririi penale cu asigurarea garanțiilor procesuale înscrise în lege numai pentru o singură faptă sau un număr restrâns de fapte, pentru ca, în final, pe calea exercitării apelului sau a recursului de către procuror, să se ceară condamnarea și pentru alte fapte, uneori mai complexe, fără a se parcurge etapele obligatorii, cu inerente garanții menite să asigure aflarea adevărului și dreptul de apărare al celui judecat, ceea ce ar fi contrar principiilor de bază ale dreptului procesual penal, precum și obligației înscrise în art. 5 pct. 2 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, orice persoană arestată trebuie să fie informată asupra oricărei acuzații aduse împotriva sa.

În speță, prin rechizitoriu, nu s-a făcut nicio referire la încadrarea juridică a faptei de tâlhărie/furt calificat și nici nu s-a precizat, prin dispoziția de trimitere în judecată, că aceasta privește și infracțiunea de tâlhărie/furt calificat, astfel încât nu se poate considera că procurorul și-a manifestat voința de a trimite în judecată pe inculpat și pentru săvârșirea acestei infracțiuni. În cursul judecării cauzei, prin procedura schimbării încadrării juridice nu se poate ajunge la reținerea unor fapte noi. Procedura descrisă de art. 334 C. pr. pen se referă la schimbarea semnificației juridice dată faptelor pentru care a fost deja trimisă

⁶ CSJ, dec. pen. nr. 74/2001 completul de 9 judecători publicată în *Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2001*, Ed. All Beck, pp. 34-37.

⁷ CSJ, dec. pen. nr. 74/2001 completul de 9 judecători publicată în *Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2001*, Ed. All Beck, pp. 34-37.

în judecată. Judecarea inculpatului pentru săvârșirea infracțiunii de tâlhărie/furt calificat nu poate avea loc decât în condițiile sesizării instanței cu un nou rechizitoriu, emis în urma punerii în mișcare a acțiunii penale potrivit art. 235 C. pr. pen., precum și a efectuării actelor obligatorii de urmărire penală.

4. *Respingerea judecării cauzei conform procedurii recunoașterii vinovăției și extinderea procesului penal.* În ceea ce privește extinderea procesului penal pentru alte fapte care nu au făcut obiectul urmăririi penale, procedura urmată de instanța care a reținut cauza și a judecat pe fond contravine atât regulilor prevăzute de art. 320¹ alin. (8) C. pr. pen. cât și celor decurgând din decizia în interesul Legii nr. 48/2007.

Modificarea art. 320¹ alin. (8) C. pr. pen. exclude soluția adoptată de instanța de apel, de respingere a cererii de soluționare a cauzei în procedura accelerată fundamentată pe necesitatea extinderii procesului penal pentru alte fapte (potrivit art. 336 C. pr. pen.), deoarece ea nu decurge din textul de lege.

Respingerea cererii de judecare potrivit art. 320¹ C. pr. pen. intervine atunci când fie nu există suficiente mijloace de probă administrate pe parcursul urmăririi penale pentru a stabili admisibilitatea cererii, fie fapta există; fie că fapta constituie infracțiune; fie că fapta a fost săvârșită de către inculpat. Motivele sunt prevăzute *alternativ*, expres și limitativ (mijloace insuficiente să probeze că fapta există sau că fapta constituie infracțiune sau că a fost săvârșită de inculpat) astfel încât textul de lege modificat să îndeplinească cerințele de precizie și claritate ale unei legi. Atunci când mijloacele de probă administrate pe parcursul urmăririi penale nu conduc la întrunirea condițiilor referitoare la existența faptei, caracterul penal și săvârșirea faptei de către cel acuzat, lipsa oricăreia dintre condiții atrage respingerea cererii de judecată potrivit procedurii accelerate și judecarea potrivit dreptului comun.

În ceea ce privește extinderea procesului penal, Secțiunile Unite au decis, cu referire la o altă situație în care se pune în discuție reținerea cauzei în vederea judecării persoanei acuzate fără să existe o urmărire penală cu privire la acuzația formulată (art. 278¹ C. pr. pen.), că *putem vorbi de existența unor probe numai în măsura în care a fost începută urmărirea penală. Cu atât mai mult s-ar impune sesizarea organului competent pentru efectuarea de cercetări cu privire la fapta descoperită în cazul extinderii pentru alte fapte, când soluția instanței se bazează pe date cu privire la alte fapte prevăzute de legea penală (art. 336 C. pr. pen.) și nu pe probe.* Procedura reținerii cauzei pentru judecarea acuzației atunci când nu există urmărire penală, în recursul în interesul legii s-a stabilit că aprecierea probelor este în legătură directă cu posibilitatea judecării cauzei, respectiv au fost strânse probe care să furnizeze acele informații a căror analiză și valorificare să permită fundamentarea concluziei organului judiciar cu privire la existența sau inexistența faptei, atât din punct de vedere obiectiv, cât și al naturii infracționale, identificarea autorului acesteia și stabilirea existenței sau nu a răspunderii penale a acestuia.

Probele existente trebuie să poată fundamenta *exercitarea acțiunii penale* ca instituție juridică prin care este adus în fața instanței raportul conflictual de drept penal în vederea tragerii la răspundere penală a persoanelor care au săvârșit infracțiuni. *Strângerea probelor* în scopul menționat nu poate avea loc decât *în cadrul unei urmăririi penale*, așa cum este prevăzut expres de art. 200 C. pr. pen. *Orice alt procedeu ar fi nelegal*⁸. *Mutatis mutandis*,

⁸ ÎCCJ, RIL, d. nr. 48 din 4 iunie 2007, publicată în M. Of. nr. 574/2008.

raționamentul se aplică și în cazul art. 336 C. pr. pen. în care legiuitorul a prevăzut posibilitatea ca instanța să dea o nouă apreciere probelor din dosar și să considere, spre deosebire de procurorul care a emis rechizitoriul, că sunt suficiente date pentru a fundamenta o altă acuzație. Retinerea cauzei și pronunțarea unei hotărâri de condamnare fără să fi existat urmărire penală nu este posibilă. Trimiterea cauzei procurorului în acest sens este obligatorie, pentru considerente ce țin de garanțiile necesare formulării unei acuzații în materie penală. Odată constatată suficiența datelor, aplicarea textului de lege astfel cum a procedat instanța de apel, a condus la pronunțarea unei condamnări fără să existe o acuzație penală pentru care să se fi administrat *probe* în cursul urmăririi penale.

5. *Admiterea cererii de judecare a cauzei conform procedurii recunoașterii vinovăției și schimbarea încadrării juridice.* În cea de-a doua cauză, inculpatul a fost trimis în judecată, prin rechizitoriu, pentru săvârșirea infracțiunii de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte. Atât tribunalul, cât și curtea de apel au considerat incidentă în cauză procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen. și au pronunțat hotărâri de condamnare. Inculpatul a solicitat instanței de fond aplicarea art. 320¹ C. pr. pen., recunoscând integral faptele pentru care a fost acuzat, fiind admisă aplicarea procedurii de recunoaștere a vinovăției. În apel a fost schimbată încadrarea juridică dată faptei, din loviri sau vătămări cauzatoare de moarte în omor calificat. Instanța de apel, în baza caracterului devolutiv, a apreciat că există suficiente probe pentru a constata că inculpatul a acționat cu intenția de a ucide, și nu cu intenția de a lovi astfel cum reținuse tribunalul.

Cauza pune în discuție posibilitatea ca odată cu judecarea cauzei potrivit art. 320¹ C. pr. pen. o instanță să dispună schimbarea de încadrare juridică, astfel încât aceasta să cuprindă o altă formă de vinovăție față de infracțiunea pentru care a fost trimis în judecată, de exemplu din loviri sau vătămări cauzatoare de moarte (faptă care presupune ca formă de vinovăție *praeterintentionis*) în omor (faptă care presupune ca formă de vinovăție intenția)⁹. Problema de drept adusă în discuție are în vedere clarificarea posibilității ca recunoașterea săvârșirii faptelor descrise în actul de sesizare să presupună doar recunoașterea faptei ca act de conduită (elementul material al laturii obiective) sau să aibă în vedere recunoașterea faptei ca act de conduită care a produs anumite consecințe imputabile din punct de vedere obiectiv și reproșabile din punct de vedere subiectiv inculpatului, pentru care acesta își recunoaște vinovăția.

Schimbarea încadrării juridice dată faptelor recunoscute de inculpat, în procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen., nu poate conduce la reținerea unei alte forme de vinovăție, având în vedere modul în care este concepută instituția vinovăției în Codul penal actual (cu referire la fapta comisă). De asemenea specificul procedurii aplicate în speță, recunoașterea vinovăției, conduce la concluzia că forma de vinovăție nu poate fi exclusă dintre elementele recunoscute de inculpat.

Codul penal definește formele vinovăției prin raportare la prevederea rezultatului faptei. În consecință elementele care separă formele și modalitățile de vinovăție se raportează la faptă: prevederea rezultatului faptei, urmărirea producerii rezultatului faptei, acceptarea posibilității producerii rezultatului, sau dimpotrivă aprecierea că rezultatul faptei nu se va produce, lipsa prevederii unui asemenea rezultat al faptei.

⁹ ÎCCJ, s. pen., dec. pen. nr. 281/2012, dec. nr. 3062/120/2012.

Transpunând criteriile menționate anterior în speță, conform instanței de fond, inculpatul a recunoscut că a urmărit să lovească victima, socotind fără temeii că loviturile aplicate nu vor produce moartea acesteia. Conform instanței de apel, inculpatul recunoscut că a lovit victima fie urmărind moartea acesteia, fie acceptând decesul ca o consecință inerentă a loviturilor aplicate. După cum se observă este vorba despre două situații de fapt diferite, care produc consecințe diferite în plan subiectiv.

Schimbarea de încadrare juridică este limitată de procedura recunoașterii vinovăției. Procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen. permite schimbarea încadrării juridice doar în limitele descrise de art. 320¹ alin. (1) C. pr. pen., respectiv în limitele faptelor reținute în actul de sesizare, a căror vinovăție a fost recunoscută de inculpat. În actul de sesizare faptele sunt descrise în toate împrejurările de timp, loc, mijloace, mod, scop care au determinat o trimitere în judecată.

Un alt argument al limitării schimbării de încadrare juridică decurge din denumirea marginală a procedurii incidente. Referitor la posibilitatea schimbării încadrării juridice, astfel încât să se rețină același act de conduită, dar o formă de vinovăție nouă, procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen., presupune tocmai recunoașterea vinovăției. Astfel cum arată denumirea marginală a textului, procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen. presupune recunoașterea vinovăției faptei comise, fără de care nu ar putea să existe o soluție de condamnare și nu doar existența actului de conduită interzis. Chiar dacă s-ar accepta ca procedura recunoașterii să aibă în vedere doar actul de conduită, nu ar fi posibil ca, atunci când inculpatul a recunoscut că a lovit, să fie condamnat pentru că a ucis. În cadrul unei proceduri care vizează recunoașterea vinovăției nu poate fi disociată recunoașterea faptei de recunoașterea formei de vinovăție, astfel încât nu este posibilă schimbarea încadrării juridice dintr-o infracțiune preterintenționată într-o infracțiune comisă cu intenție. Procedând la schimbarea încadrării juridice instanța a schimbat însuși actul de conduită recunoscut, dintr-o acțiune de a lovi într-o acțiune de a ucide.

6. Concluzii. Procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen. permite schimbarea încadrării juridice doar în limitele descrise de art. 320¹ alin. (1) C. pr. pen., respectiv în limitele faptelor reținute în actul de sesizare, a căror vinovăție a fost recunoscută de inculpat.

Schimbarea încadrării juridice ce are drept consecință reținerea unei infracțiuni noi care presupune o faptă distinctă ce nu a făcut obiectul urmăririi penale contravine regulilor unui proces echitabil. Schimbarea de încadrare juridică este limitată de procedura recunoașterii vinovăției: art. 320¹ alin. (8) C. pr. pen. exclude soluția de respingere a cererii de soluționare a cauzei în procedura accelerată fundamentată pe necesitatea schimbării de încadrare juridică sau pe necesitatea extinderii procesului cu privire la alte fapte.

Schimbarea încadrării juridice, astfel încât să se rețină o infracțiune nouă, care nu a fost avută în vedere de acuzația inițială pentru care inculpatul a fost trimis în judecată, nu este posibilă. Într-o asemenea ipoteză se încalcă dispozițiile legale atât în ceea ce privește limitele fixate de procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen., cât și de limitele procesului echitabil.

Pentru sesizarea instanței cu judecarea unei infracțiuni nu este suficientă descrierea acesteia în expunerea făcută în rechizitoriu. Sesizarea este legală doar în cazul în care în dispozitivul de trimitere în judecată din rechizitoriu este menționată fapta, cu încadrarea ei juridică.

În cazul art. 336 C. pr. pen., în care legiuitorul a prevăzut posibilitatea ca instanța să dea o nouă apreciere probelor din dosar și să considere, spre deosebire de procurorul care a emis rechizitoriul, că sunt suficiente date pentru a fundamenta o altă acuzație. Reținerea cauzei și pronunțarea unei hotărâri de condamnare fără să fi existat urmărire penală nu este posibilă. Trimiterea cauzei procurorului în acest sens este obligatorie, pentru considerente ce țin de garanțiile necesare formulării unei acuzații în materie penală.

Recunoașterea săvârșirii faptelor descrise în actul de sesizare presupune recunoașterea faptei ca act de conduită care a produs anumite consecințe imputabile din punct de vedere obiectiv și reproșabile din punct de vedere subiectiv inculpatului, pentru care acesta își recunoaște vinovăția. Schimbarea încadrării juridice dată faptelor recunoscute de inculpat, în procedura prevăzută de art. 320¹ C. pr. pen., nu poate conduce la reținerea unei alte forme de vinovăție, având în vedere modul în care este concepută instituția vinovăției în Codul penal actual (cu referire la fapta comisă).

Rolul noțiunii de „serviciu public” în configurarea unei definiții a categoriilor de „funcție publică” și „funcționar public”

*Conf. univ. dr. Cristian CLIPA,
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest din Timișoara*



The role of notion public service in configuring a category definition of „public position” and public officer

Abstract: The place occupied by the notion of “public service” in defining the categories of “civil service” and “civil servant” is now, more than ever before, extremely important. This is due to the fact that both the doctrine and the case-law have preferred to give this institution – of “public service” - a preponderant role in the description of the categories of “civil service” and “civil servant”. In doing so, the legislator has departed from the formal criterion – the appointment of civil servants through unilateral administrative acts - showing preference for the substantive criterion - the professional activity involved in the functioning of a certain public service.

Consequently, many persons employed in the public administration by way of public law contracts have come to enjoy the status of civil servant, notwithstanding the fact that they were not appointed through unilateral administrative acts and, hence, not subject to the provisions of the Law no. 188/1999.

Keywords: public service, industrial and/or commercial public service, public utilities service, universal service, civil service, civil servant, legitimate public interest, public law contract staff, labor law employees, sovereign prerogatives, administrative contract, public institution, management.

Potrivit art. 2 alin. (1) lit. m) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, republicată, *serviciul public* este cea „activitate organizată sau, după caz, autorizată de o autoritate publică, în scopul satisfacerii unui interes legitim public”. La rândul său, art. 2 alin. (1) lit. r) din cuprinsul Legii contenciosului administrativ stabilește faptul că prin *interes legitim public*, se înțelege acel interes care „vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale

ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competenței autorităților publice”.

Noțiunea de „serviciu public” este una definitorie și caracterizantă pentru activitatea administrației publice, în general, precum și a raporturilor juridice născute în sfera acestei administrații, în mod special. În aceste condiții, doctrina de drept administrativ nu a putut rămâne străină nici definirii și nici caracterizării acestei noțiuni.

Astfel, un autor clasic al dreptului nostru administrativ aprecia că serviciul public este acea activitate pe care autoritățile publice o desfășoară „pentru satisfacerea unei nevoi de interes general, care este atât de importantă”¹ pentru organismul statal, încât ea trebuie susținută „în mod regulat și continuu”². Potrivit unui alt autor din aceeași generație, serviciul public este „o creațiune a Statului, județului sau comunei”³, pe care aceste persoane juridice de drept public o pun la dispoziția comunității, pentru „a satisface, în mod regulat și continuu, nevoi cu caracter general, cărora inițiativa privată nu ar putea să le dea decât o satisfacție incompletă și intermitentă”⁴. În opinia unui notabil autor român al dreptului administrativ contemporan, serviciul public este acea „activitate organizată sau autorizată de o autoritate a administrației publice pentru a satisface nevoi sociale în interes public”⁵.

În literatura juridică franceză, s-a observat că serviciul public este o formă a acțiunii autorității executive, pentru care definitorie rămâne asumarea de către administrație a unor activități, a căror desfășurare are ca scop satisfacerea interesului general⁶. Această descriere sugerează cu claritate faptul că orice serviciu public se sprijină pe întrunirea cumulativă a două condiții: a) ca activitatea ce face obiectul unui astfel de serviciu să fie însoțită de o persoană juridică de drept public; b) ca scopul unei atare activități să fie acela al satisfacerii unui interes de ordin general⁷. Dintr-o altă perspectivă, aparținând însă aceluiași spațiu doctrinar francez, noțiunea de *serviciu public* încorporează în conținutul valențelor sale semantice, „ideea de finalitate socială”⁸, aceea a „satisfacerii nevoilor colective”⁹, putând fi înțeleasă ca „pivotal al rolului Statului”¹⁰ în societate. De altfel, autoritatea statală însăși nu-și poate vedea realizate prerogativele de putere publică decât numai recurgând la organizarea și gestionarea unor multiple servicii publice. Astfel stând lucrurile, nu se poate ajunge la o altă concluzie decât aceea că *serviciul public* și, respectiv, *puterea publică* nu au și nu pot avea decât aceeași finalitate: satisfacerea

¹ E.D. Tarangul, *Tratat de drept administrativ român*, Tipografia Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944, p. 15.

² *Ibidem*.

³ P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ român*, Vol. I, ed. a III-a cu numeroase adăugiri și modificări, Ed. „Tipografiile Române Unite”, București, 1925, p. 216.

⁴ *Idem*, pp. 216-217.

⁵ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. a IV-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 87.

⁶ În același sens, a se vedea Ch. Debbasch, Fr. Colin, *Droit administratif*, 8^e éd., Economica, Paris, 2007, p. 330.

⁷ Pentru un punct de vedere similar, a se vedea Ch. Debbasch, Fr. Colin, *op. cit.*, p. 330.

⁸ G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, 6^e éd. revue, Armand Colin, Dalloz, Paris, 1999, p. 477.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

interesului general (național sau, după caz, colectiv¹¹). Mai mult decât atât, serviciul public conferă legitimitate acțiunii etatice și se constituie în fundament al puterii publice; în fond și la urma urmei, din perspectivă materială, un serviciu public nu este altceva decât un „fascicul de prerogative”¹², pe care legea le atribuie autorității statale, cu titlu de prerogative de putere publică; la rândul lor, astfel de prerogative reprezintă mijloacele prin care este asigurată „organizarea și funcționarea acestor servicii”¹³ publice.

Jurisprudența franceză a stabilit o indisolubilă legătură între noțiunea de *serviciu public*, pe de-o parte și cea de *funcție publică*, pe de altă parte. Numai că, pe parcursul timpului, această legătură a fost în mod diferit descrisă, începând cu decizia pronunțată în *Afacerea Affortit et Vingtain*, continuând cu cea dată în *Cauza Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Conseil de prud'hommes de Lyon* (așa-numita *Decizie Berkani*) și sfârșind cu cea prin care a fost soluționată *Afacerea Préfet du Lot-et-Garonne*.

Inițial, legătura între noțiunea de „*serviciu public*” și cea de „*funcție publică*” a fost descrisă plecându-se de la un sens (extrem de) larg al noțiunii de *agent public* (sinonimă cu cea de *agent al puterii publice*), sens împărțit de jurisprudența dar și de doctrina franceză a anilor '50 ai secolului XX¹⁴. Concret, în virtutea acestui mod de a vedea lucrurile, în Franța i se recunoștea calitatea de funcționar public *oricărei persoane care participă în mod direct la executarea (realizarea) sau la funcționarea unui serviciu public administrativ*¹⁵, *sub condiția ca el să fie prestat sau gestionat de o propriu-zisă autoritate publică (administrativă)*. Numai că acest criteriu s-a dovedit destul de repede ca fiind cel puțin inadecvat, pentru că, în virtutea lui, nu putea fi recunoscută calitatea de funcționar public decât celui care, participând în mod direct la realizarea ori la funcționarea unui serviciu public, o face în calitate de angajat al unei autorități publice propriu-zise¹⁶. Ori de câte ori o astfel de persoană prestea o activitate profesională angajată fiind a unei persoane juridice de drept privat (cum ar fi, spre pildă, o societate comercială), căreia i-a fost delegată gestiunea unui serviciu public, ea – persoana – nu mai putea pretinde calitatea (statutul) de funcționar public. Mai mult decât atât, criteriul instituit prin decizia pronunțată în *Afacerea Affortit et Vingtain* de către Consiliul de Stat al Franței nu avea capacitatea de a face o clară, netă și categorică distincție între categoria *funcționarilor publici*, pe de-o parte și cea a *celorlalți agenți ai administrației publice* (demnitari, aleși locali, angajați de drept comun ori colaboratori ocazionali ai administrației publice), pe de altă parte.

Un al doilea reper jurisprudential relevant pentru analiza de față ne este furnizat de decizia pronunțată de Tribunalul de conflicte, în așa-numita *Cauză Berkani* (la 25 martie 1996). În optica acestei instanțe, are calitatea de *funcționar public* orice persoană care, prin activitatea profesională desfășurată, contribuie, într-un fel sau altul, la funcționarea unui *serviciu public*, *chiar dacă el este asumat ori gestionat*

¹¹ Care aparține colectivităților locale teritoriale, constituite la nivelul fiecărei unități administrativ-teritoriale.

¹² G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *op. cit.*, p. 477.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ În acest sens, a se vedea Ch. Fortier, *La consolidation juridique du lien fonction publique – service public: éléments pour une définition matérielle de l'agent public*, în A.J.D.A., 1999, pp. 294-295.

¹⁵ *Apud* Ch. Fortier, *op. cit.*, p. 295.

¹⁶ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Boiteau, C. Deffigier, *Droit des services publics*, LexisNexis, Paris, 2012, p. 130.

de un subiect de drept privat¹⁷. Mai mult decât atât, ajung să fie incluși în această categorie socio-profesională – a *funcționarilor publici* – atât cei încadrați prin acte (administrative) unilaterale, cât și cei angajați în interesul administrației ori în folosul ei, prin contracte (angajați pe care Decizia *Berkani* îi numește „*agenți contractuali de drept public*”). În sine, o atare consecință nu făcea altceva decât să confirme o realitate pe care legiuitorul o consacrase deja, și anume aceea a funcționarilor publici încadrați în administrație prin contracte de drept public. O astfel de realitate este cunoscută și în România, fiind suficient să evocăm în acest loc cazul managerului unei instituții publice sanitare, al cărui regim juridic este așezat prin Legea cu nr. 95/2006 ori pe cel al managerului unei instituții publice de cultură, instituit prin O.U.G. nr. 189/2008. Dincolo însă de aceste două consecințe, o a treia ni se pare realmente revoluționară; urmare a deciziei date în *Afacerea Berkani* au ajuns să fie incluși în sfera funcționarilor publici chiar și angajații unor persoane juridice de drept privat, sub condiția ca respectivei persoane să-i fie delegată gestiunea unui serviciu public ori acea persoană să fie abilitată (autorizată, abilitată) să presteze un serviciu public. Astfel de persoane juridice de drept privat pot îmbrăca și forma unor regii autonome sau pe aceea a unor societăți comerciale înființate de stat sau de o unitate administrativ-teritorială. În filozofia deciziei pronunțate în *Cauza Berkani*, au calitatea de funcționari publici și cei care sunt angajați ai unor astfel de regii sau societăți, întrucât, în privința lor, operează prezunția că, prin activitatea desfășurată, contribuie, într-un fel sau altul, la funcționarea unui serviciu public. În mod evident, României nu-i aplică o atare aserțiune. Și aceasta întrucât, în optica Legii cu nr. 188/1999, au calitatea de funcționari publici numai cei care sunt angajați într-o propriu-zisă autoritate a administrației publice, în sensul dat acestei noțiuni de art. 2 alin. (1) lit. b) fraza I din Legea cu nr. 554/2004 a contenciosului administrativ. Practic, odată pronunțată această decizie, în definirea noțiunii de „*funcționar public*”, *criteriul material – al serviciului public* – a dobândit o consistentă importanță față de cel *formal – al autorității publice, în ale cărei cadre este angajat un astfel de lucrător*. O atare evoluție nu ar trebui să fie surprinzătoare pentru jurisprudența franceză. Și aceasta întrucât, printr-un aviz pe care Consiliul de Stat al Franței l-a dat la data de 18 noiembrie 1993 (anterior pronunțării deciziei în *Cauza Berkani*), instanța supremă de contencios administrativ din această țară (căreia îi sunt recunoscute și prerogative de administrație publică de tip consultativ) a avut ocazia să se pronunțe asupra statutului angajaților companiei *France Télécom*, apreciind că aceștia nu sunt nimic altceva decât funcționari publici, în pofida împrejurării că, *stricto sensu*, compania națională de telefonie din Franța nu este o propriu-zisă autoritate publică, ci mai degrabă o întreprindere. Concret, Consiliul de Stat a plecat de la un principiu de drept constituțional francez, potrivit căruia un corp al funcționarilor publici nu poate fi nici constituit și nici menținut decât numai pentru a asigura realizarea misiunilor încredințate unui serviciu public. Problema pe care a ridicat-o statutul angajaților companiei *France Télécom* s-a ivit după ce această entitate s-a transformat dintr-o întreprindere publică (asimilată unei veritabile autorități publice) într-o societate comercială pe acțiuni, urmare a încheierii unui contract de societate între *France Télécom*, un partener american și *Bundespost*¹⁸. Una dintre

¹⁷ Ch. Fortier, *op. cit.*, p. 296.

¹⁸ A se vedea comentariul lui L. Richer la Avizul Consiliului de Stat cu nr. 355.255 din 18 noiembrie 1993, în Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 279.

întrebările care au fost adresate Consiliului era următoarea: *După schimbarea formei de organizare a companiei France Télécom, respectiv dacă după împingerea acesteia în perimetrul dreptului privat, angajații săi prezervau sau nu statutul de funcționari publici?* Premisa majoră de la care a plecat Consiliul a fost aceea că, principial, o persoană juridică de drept privat, chiar investită cu realizarea unui serviciu public, nu poate angaja personal care să poată pretinde că au calitatea de funcționari publici. La această împrejurare, Consiliul a adăugat o premisă minoră (dar la fel de semnificativă) și anume aceea că atât înainte, cât și după schimbarea formei juridice de organizare, *France Télécom* a rămas o persoană de drept public, căreia i-a fost delegată exploatarea unui serviciu public¹⁹. Plecând de la aceste două premise, Consiliul a opinat în sensul că pentru a rămâne un *angajator de funcționari publici*, *France Télécom* poate îmbrăca chiar și forma unei societăți pe acțiuni, sub condiția ca legea de înființare a acestei (noi) societăți comerciale să respecte următoarele patru condiții, și anume²⁰:

- a) să stabilească faptul că obiectul de activitate al societății satisface un serviciu public;
- b) să prevadă că partea majoritară a capitalului social al societății este deținută de stat;
- c) să fixeze regulile esențiale relative la obligația societății de a garanta buna execuție a serviciului public delegat;
- d) să cuprindă dispoziții care să garanteze faptul că natura de drept privat a societății pe acțiuni astfel înființate (prin transformarea companiei naționale) nu aduce atingere principiului continuității serviciului public asumat.

În orice caz, plecând de la conținutul Avizului analizat în acest loc, doctrina franceză – prin reputatul profesor L. Richer – a observat că, pentru a salva principiul potrivit căruia persoanele juridice de drept privat, chiar autorizate să presteze un serviciu public, nu pot angaja funcționari publici, legiuitorul a luat două măsuri în privința companiei *France Télécom*:

– a menținut în mod expres statutul de funcționari publici în privința angajaților acestei companii, însă numai pentru cei pe care schimbarea formei de organizare i-a surprins pe postul ocupat; pe cale de consecință, cei angajați posterior acestui moment nu se mai bucurau de calitatea de funcționari publici;

– chiar și după schimbarea formei de organizare, a recunoscut puterea disciplinară asupra angajaților cu funcții de conducere, inclusiv asupra președintelui companiei, ministrului de resort.

Pe de altă parte, a fost pentru toată lumea evident faptul că, ulterior modificării formei de organizare – din companie națională (întreprindere națională) în societate comercială pe acțiuni – *France Télécom* a ieșit de sub puterea ierarhică a ministrului de resort (al telecomunicațiilor) în ceea ce privește managementul asumat. Și tot atât de adevărat a fost și faptul că, odată cu această schimbare în organizare, președintele consiliului de administrație a încetat să mai fie numit prin act unilateral al aceluiași ministru. Or, de principiu, o întreprindere publică își menține calitatea de autoritate subordonată (asimilată) numai atât timp cât conducerea ei (executivă) este numită sau, după caz, revocată de către Guvern sau de către o instituție aflată în strânsă relație de dependență

¹⁹ L. Richer, *op. cit.*, p. 278.

²⁰ A se vedea, în acest sens, partea finală a Avizului Consiliului de Stat cu nr. 355.255 din 18 noiembrie 1993, în Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, *op. cit.*, p. 278.

cu Guvernul. Astfel stând lucrurile, singura rațiune pentru care personalul angajat al *France Télécom*-ului a prezervat (chiar și temporar) statutul de *funcționar public* decurge din împrejurarea că, prin legea care a permis schimbarea formei de organizare (din întreprindere publică în societate comercială pe acțiuni cu capital mixt), a fost consacrată ideea potrivit căreia *France Télécom* a continuat să gestioneze, prin activitatea economică asumată, un *serviciu public* (sau de interes public), respectiv un *serviciu universal*²¹. Un atare mod de a vedea lucrurile, leagă indisolubil noțiunea de „*funcționar public*” de cea de „*serviciu public*” și apropie sensul celei din urmă categorii de înțelesul pe care Curtea de Justiție a Uniunii Europene îl atribuie noțiunii de „*serviciu public de interes general*”.

Orice definiție a noțiunii de „serviciu public” nu poate fi completă decât numai dacă evocă în conținutul său trei criterii de referință²², și anume: a) *finalitatea* organizării serviciului public – satisfacerea unui interes general; b) *criteriul organic* al oricărui serviciu public – prestarea lui de o autoritate publică (ca regulă) ori de către o persoană juridică de drept privat (ca excepție), căreia i-a fost delegată gestiunea respectivului serviciu public; c) *criteriul material* al fiecărui serviciu public – supunerea lui unui regim juridic alcătuit cu precădere din reguli speciale, derogatorii de la dreptul privat (zis și drept comun). Satisfacerea unui interes general reprezintă motivația primordială a înființării și, respectiv, a organizării unui serviciu public, iar acesta din urmă – tocmai datorită scopului pentru care a fost instituit – conferă autorității publice chemate să-l presteze, un soi de certificat al justificării existenței ei²³. Nu este însă mai puțin adevărat nici faptul că noțiunea de „interes general” acoperă o diversitate teribilă de nevoi sociale, de la prezervarea ordinii și liniștii publice și până la asigurarea nevoilor de transport public local ori a celor de instrucție sau de sănătate publică. În vederea satisfacerii acestor diferite nevoi, organismul statal este chemat să presteze activități foarte deosebite după natura lor, uneori de pe poziții suverane (de forță), cu excluderea oricăror alți terți, iar alteori jucând rolul unui veritabil actor pe piața social-economică, alături de alții și de pe o poziție cel puțin comparabilă cu a altora (sau chiar de partener al altora). În prezența unor astfel de premise, Statul și-a specializat propriile activități, pe care le-a grupat în două mari și distincte branșe: unora le-a atribuit calitatea de *servicii publice administrative*, iar altora le-a conferit statutul de *servicii publice industriale și/sau comerciale*²⁴. Prin cele dintâi, sistemul instituțional al administrației publice reglementează, sancționează, autorizează, legitimează ori recunoaște, în favoarea unor terțe persoane, drepturi subiective ori interese legitime. Prin cele din urmă, administrația produce și comercializează bunuri, edifică lucrări de interes public, gestionează (în regim gratuit, contra-cost sau în schimbul unor prețuri subvenționate) servicii publice (de transport, de sănătate, de învățământ, de cultură, de asistență religioasă ș.a.m.d.). Din punctul nostru de vedere, numai în structurile instituționalizate ale serviciilor publice propriu-zise, nu și în cele ale serviciilor publice industriale și/sau comerciale pot fi încadrate persoane cu statut de funcționar public. Și aceasta întrucât numai prin activitățile desfășurate la nivelul serviciilor publice propriu-zise,

²¹ Sintagma „*serviciu universal*” aparține lui L. Richer și a fost întâlnită de noi în comentariul acestuia la Avizul Consiliului de Stat cu nr. 355.255 din 18 noiembrie 1993.

²² În același sens, a se vedea J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif. Cours. Thèmes de réflexion. Commentaires d'arrêts avec corrigés*, 6^e éd., Montchrestien, E.J.A., Paris, 1999, p. 468.

²³ Similar, a se vedea J. Morand-Deville, *op. cit.*, p. 468.

²⁴ *Idem*, p. 469.

administrația își realizează prerogativele de putere publică cu care, prin lege, au fost înzestrate autoritățile publice executive. Între *serviciile publice administrative*, pe de-o parte, și *serviciile publice industriale și/sau comerciale* există deosebiri majore, inclusiv după criteriul obligativității instituirii și organizării lor. Astfel, autoritățile publice sunt obligate să instituie și să organizeze, la nivelul structurilor lor tehnice și de personal, toate acele *servicii publice administrative* pe care legea – în termeni imperativi – le stabilește ca intrând în competența de decizie și acțiune a respectivelor autorități. Atunci însă când se pune problema organizării și, respectiv, a gestionării unor *servicii publice industriale și/sau comerciale*, de regulă, legea lasă autorităților publice un drept de opțiune, în a înființa sau nu astfel de servicii.

Pentru a-și vedea realizate prerogativele de putere publică, administrația publică recurge la numirea în structurile instituționalizate ale serviciilor publice administrative, a unor persoane, cărora le conferă „o poziție socială specifică”²⁵; o atare poziție îl obligă pe cel numit la ruperea de orice alte condiționalități și îndatoriri²⁶ anterior asumate, pe care legea le așează în conflict cu statutul profesional de funcționar public, sub care respectiva persoană este plasată prin actul investirii. O astfel de persoană trebuie plasată deasupra clivajelor sociale de orice fel; ea trebuie – dată fiind poziția profesională însoțită – să îmbrățișeze o atitudine neutră, căci numai astfel terțele persoane cu care aceasta intră în contact, vor nutri încredere în acțiunile respectivului funcționar și, implicit, în cele ale administrației publice în numele, în interesul și în reprezentarea căreia funcționarul în cauză își desfășoară activitatea profesională. Printre altele, funcționarul public are și rolul de a arbitra, la nevoie, conflictele născute în corpul social, de a le domoli ori de a le disipa²⁷, fiind de interes public prezervarea păcii sociale.

După cum observa un clasic al dreptului administrativ francez, ceea ce caracterizează – în mod esențial – statutul unui funcționar public este aceea că activitatea profesională a unui astfel de angajat al administrației este „consacrată funcționării unui serviciu public propriu-zis”²⁸, respectiv unui *serviciu public administrativ*. *Per a contrario*, nu va fi funcționar public acela care, deși este angajat al administrației publice ori desfășoară o activitate de interes public, nu contribuie la înfăptuirea unui *serviciu public*. În acest context, credem că este utilă demersului nostru analitic analiza comparativă și mai ales delimitativă a două noțiuni: *serviciu public* și *serviciul de utilitate publică*.

Noțiunea de „*serviciu public*” are înțelesul și semnificațiile mai-sus arătate. La rândul său, categoria de „*serviciu de utilitate publică*” este legalmente definită în cuprinsul Legii nr. 51/2006²⁹. Potrivit art. 1 alin. (2) din actul normativ anterior evocat, *serviciile*

²⁵ J. Chevallier, *Science administrative*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, p. 566.

²⁶ În același sens, a se vedea J. Chevallier, *op. cit.*, p. 566.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif. La notion du service public. Les individus au service public. Le statut des agents public*, Tome 2, Dalloz, 2004, p. 235.

²⁹ A serviciilor comunitare de utilități publice, publicată în M. Of. nr. 254 din 21 martie 2006. Acest act normativ a fost ulterior modificat și completat prin O.U.G. nr. 13/2008 pentru modificarea și completarea Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006 și a Legii serviciului de alimentare cu apă și de canalizare nr. 241/2006, publicată în M. Of. nr. 145 din 26 februarie 2008 și, mai apoi, prin Legea cu nr. 329/2009 privind reorganizarea unor autorități și instituții publice, rationalizarea cheltuielilor publice, susținerea mediului de afaceri și respectarea acordurilor-cadru cu Comisia Europeană și Fondul Monetar Internațional, publicată în M. Of. nr. 761 din 9 noiembrie 2009.

comunitare de utilități publice, denumite și *servicii de utilități publice* reprezintă „totalitatea acțiunilor și activităților reglementate prin care se asigură satisfacerea nevoilor de utilitate și interes public general ale colectivităților locale cu privire la:

- a) alimentarea cu apă;
- b) canalizarea și epurarea apelor uzate;
- c) colectarea, canalizarea și evacuarea apelor pluviale;
- d) producția, transportul, distribuția și furnizarea de energie termică în sistem centralizat;
- e) salubritatea localităților;
- f) iluminatul public;
- g) administrarea domeniului public și privat al unităților administrativ-teritoriale, precum și altele asemenea;
- h) transportul public local”.

La rândul său, alin. (4) al aceluiași text de lege mai înainte menționat adaugă precizator următoarele: „*Serviciile de utilități publice fac parte din sfera serviciilor publice de interes general* (s.n.) și au următoarele particularități:

- a) au caracter *economico-social*;
- b) răspund unor cerințe și necesități de interes și utilitate publică;
- c) *au caracter tehnico-edilitar*;
- d) au caracter permanent și regim de funcționare continuu;
- e) regimul de funcționare poate avea caracteristici de monopol;
- f) *presupun existența unei infrastructuri tehnico-edilitare adecvate*;
- g) aria de acoperire are dimensiuni locale: comunale, orașenești, municipale și județene;
- h) sunt înființate, organizate și coordonate de autoritățile administrației publice locale;
- i) *sunt organizate pe principii economice și de eficiență*;
- j) *pot fi furnizate/prestate de către operatori care sunt organizați și funcționează* fie în baza reglementărilor de drept public, fie *în baza reglementărilor de drept privat*;
- k) *sunt furnizate/prestate pe baza principiului «beneficiarul plătește»*;
- l) *recuperarea costurilor de exploatare ori de investiție se face prin prețuri și tarife reglementate sau taxe speciale* (s.n.)”.

După cum lesne se poate observa din conținutul prevederilor legale mai-sus citate, există o serie întreagă de elemente care sunt de natură să apropie noțiunea de „*serviciu public*” de cea de „*serviciu de utilitate publică*”, după cum altele au rolul de a le deosebi. Practic, atât *serviciile publice*, cât și cele *de utilitate publică* răspund unui interes (legitim) public, au caracter permanent și sunt guvernate (în ceea ce privește funcționarea lor) de principiul continuității, iar organizarea lor cade în sfera de competență a administrației publice. Tot atât de adevărat este însă și faptul că o serie întreagă de elemente dintre cele enunțate de aceleași dispoziții legale mai înainte evocate sunt în măsură să sublinieze trăsături exclusive ale *serviciului de utilitate publică*, de nerecunoscut în cazul *serviciului public*; avem în vedere – spre pildă – *caracterul economic* al activității ce îmbracă forma unui serviciu de utilitate publică, *organizarea acestei activități în baza unor principii economice și de eficiență*, posibilitatea (alternativă) ca un astfel de serviciu de utilitate publică să fie *organizat prin reglementări de drept privat, accesibilitatea condiționată* la un atare serviciu (de plata unor sume de bani de către beneficiari, cu titlu de preț sau tarif).

Jurisprudența franceză a instanțelor de contencios administrativ ne oferă câteva valoroase repere pentru distincția ce se impune a fi făcută între *serviciile publice administrative*, pe de-o parte (zise și *servicii publice propriu-zise*) și *serviciile de utilitate publică*, pe de altă parte (pe care dreptul obiectiv, jurisprudența și doctrina franceză le mai numesc și *servicii publice industriale și/sau comerciale*).

Astfel, în cuprinsul deciziei pe care Tribunalul de Conflicte din Franța a pronunțat-o (la 22 ianuarie 1921) în celebra *Afacere Société Commerciale de l'Ouest Africain* (cunoscută și sub numele de *Cauza Bac d'Éloka*), această instanță a observat că „operațiunile de transport ale unor persoane sau ale unor autovehicule de pe o parte pe alta a unei lagune”, nu intră în conținutul constitutiv caracterizant al unui *serviciu public*, chiar dacă astfel de operațiuni sunt girate ori chiar direct prestate de o structură aparținând administrației statului ori unui dezmembrământ teritorial al acestuia³⁰. Activități de acest gest – asumate ori gestionate de administrația publică – sunt desfășurate de structuri în care sunt încadrate persoane *ce nu au și nici nu pot pretinde calitatea de funcționar public* fie și numai pentru că, în exercitarea atribuțiilor lor, acestea nu pot uza de prerogative de putere publică³¹. Marele merit al deciziei pronunțate de Tribunalul de Conflicte din Franța în *Cauza Bac d'Éloka* este acela că introduce în discursul analitic de drept administrativ „noțiunea de gestiune privată a unor servicii publice”³². Or, o atare împrejurare nu putea rămâne fără semnificații și, implicit, fără consecințe; practic, urmare a pronunțării acestei decizii, s-a ajuns la distincția (astăzi unanim acceptată în discursul doctrinar francez) între noțiunea de *serviciu public administrativ* și *serviciu public industrial și/sau comercial*; cel dintâi este „de esența (...) administrației publice”³³ și presupune desfășurarea unor activități ce se pot exprima prin verbe precum „a reglementa”, „a disciplina”, „a legitima”, „a autoriza”, „a abilita”, „a controla”, „a constrânge” sau „a sancționa”; cel din urmă este foarte asemănător ca mod de organizare și mai ales ca manieră de funcționare, cu schema ori matricea specifică operatorilor economici de drept privat (cum sunt societățile comerciale), iar activitățile pe care le derulează un atare serviciu (public) industrial și/sau comercial pot fi explicate cu concursul unor elemente de predicție, precum „a administra”, „a gestiona”, „a valorifica” sau „a tarifa”; pentru administrația publică, astfel de activități sunt – în egală măsură – ocazionale și accidentale³⁴, pentru că, de regulă, acestea cad în sfera de interes și de implicare ale autorităților publice administrative.

Plecând de la ideile cu valoare de premisă enunțate în paragraful precedent, din punctul nostru de vedere se impune a fi dat un răspuns la următoarea întrebare: *Ce anume califică un serviciu public ca fiind unul industrial și/sau comercial?* În literatura juridică franceză, s-a observat faptul că *mai multe criterii* (alternative sau cumulative) pot fi utilizate spre a se stabili dacă un oarecare serviciu public este *propriu-zis administrativ* sau, după caz, *industrial și/sau comercial*. În principiu, cel mai important criteriu (dintre

³⁰ Apud M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genovois, *Les grands arrest de la jurisprudence administrative*, 16^e ed., Dalloz, Paris, 2007, p. 230.

³¹ Apud M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genovois, *op. cit.*, p. 231 (în observații la decizia *Société Commerciale de l'Ouest Africain*).

³² *Ibidem*.

³³ *Idem*, p. 232.

³⁴ *Ibidem*.

cele posibile) este cel al *calificării directe și nemijlocite pe care însăși legea o dă unui oarecare serviciu public*³⁵, arătând despre acesta că este cu caracter *industrial și/sau comercial*. Atunci însă când legea nu este foarte explicită sau când pur și simplu nu spune nimic în privința naturii unui serviciu public (omitiând să indice în mod expres dacă un oarecare serviciu public este *propriu-zis administrativ* ori, după caz, *industrial și/sau comercial*), pot fi valorificate și *alte criterii* spre a stabili o atare împrejurare; ne gândim, spre pildă, la *obiectul* respectivului *serviciu*, la *originea surselor sale de finanțare*, la *modalitatea* (respectiv, *regulile și principiile*) *de organizare și de funcționare a respectivului serviciu*³⁶; la *natura (preponderent) de drept privat a raporturilor pe care serviciul public în cauză le angajează și le întreține cu uzuarii săi* și, nu în ultimul rând, la *faptul că angajații unui astfel de serviciu (ori covârșitoarea lor majoritate) sunt lucrători de drept comun și nu funcționari publici*³⁷.

Un alt reper jurisprudențial util demersului analitic pe care ne-am propus să-l întreprindem în acest loc, ne este furnizat de Consiliul de Stat al Franței, instanță de contencios administrativ care – cu ocazia pronunțării deciziei în *Cauza Monpeurt* (la 31 iulie 1942) – a stabilit faptul că *gestiunea unui serviciu public* (administrativ ori, după caz industrial și/sau comercial) poate fi asigurată – în egală măsură – de *structuri din interiorul sistemului instituțional al administrației publice* (înzestrate sau nu cu personalitate juridică), de *structuri exterioare acestui sistem* (înzestrate cu personalitate juridică, aflate în subordinea ori sub tutela unei autorități publice și a căror înființare sau, după caz, organizare a fost dispusă prin decizie administrativă), precum și de *persoane juridice de drept privat*, cărora le este delegată gestiunea respectivului serviciu public³⁸. Procedând astfel, practic, Consiliul de Stat al Franței a spulberat practic *tradiționala concepție organică*, potrivit căreia un *serviciu public* poate fi organizat numai în cadrele unei autorități publice administrative ori la nivelul unui organ al respectivei autorități³⁹. În măsura în care înfăptuirea unui serviciu public este asigurată de structuri exterioare administrației propriu-zise (cum sunt, de exemplu, societățile comerciale înființate de stat sau de unitățile sale administrativ-teritoriale, companiile naționale ori regiile autonome) sau de operatori economici de drept privat (având evident personalitate juridică), cărora, prin act administrativ, le este delegată gestiunea respectivului serviciu public, două sunt caracterizantele majore ale unor astfel de entități, și anume:

a) acestea vor fi asimilate autorităților publice și, prin urmare, vor putea emite acte unilaterale care pot fi deferite controlului de legalitate al instanțelor specializate de contencios administrativ, căci – prin activitatea lor – astfel de structuri sunt „însărcinate să participe la execuția unui serviciu public”⁴⁰; or, făcând asta, pot ajunge și în situația de a emite acte administrative unilaterale;

³⁵ În același sens, a se vedea M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genovois, *op. cit.*, p. 232.

³⁶ *Idem*, p. 233.

³⁷ *Idem*, p. 234.

³⁸ A se vedea, în sensul celor afirmate, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genovois, *op. cit.*, p. 344 (în cadrul comentariilor făcute la decizia Consiliului de Stat al Franței pronunțată în *Cauza Monpeurt*).

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ A se vedea decizia Consiliului de Stat al Franței pronunțată în *Cauza Monpeurt*, în M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genovois, *op. cit.*, p. 346 (în cadrul comentariilor făcute la această decizie).

b) personalul lor va fi alcătuit, în principiu, din persoane care au calitatea de *lucrători de drept comun*, cărora **nu le poate fi recunoscut statutul de funcționari publici**, pentru că angajatorul lor nu este o propriu-zisă autoritate publică înzestrată cu prerogative „*de tip regalian*”, de esență pentru un organ al statului sau al unei unități administrativ-teritoriale; în principiu, agenții angajați ai unei astfel de entități nu se bucură de puterea de a autoriza, de a legitima, de a controla sau de a constrânge (eventual, prin aplicarea unor sancțiuni la adresa uzuarilor serviciilor publice furnizate).

Practic, aceste din urmă structuri nu sunt altceva decât *întreprinderi publice*, în sfera cărora intră – deopotrivă – regii autonome, societăți comerciale (având capital integral sau majoritar de stat sau născut din aporturi ale unei unități administrativ-teritoriale) ori companii naționale. Ele nu fac altceva decât să gestioneze, în baza unui mandat dat de o autoritate publică în numele, respectiv în reprezentarea acesteia, un serviciu public sau unul (comunitar) de utilitate publică. În structura de personal a unor astfel de entități nu sunt încadrați funcționari publici și în niciun caz prin acte administrative unilaterale.

În contextul celor mai sus arătate, socotim că de un interesant statut se bucură *managerul instituțiilor publice de cultură*, a cărui activitate se desfășoară în baza unui contract pe care îl apreciem a fi *de drept administrativ*, pentru mai multe motive pe care le vom evoca în cele ce urmează.

Elementele definitorii și trăsăturile acestui *contract de management al instituțiilor publice de cultură* sunt indicate în cuprinsul Capitolului III al O.U.G. nr. 189/2008⁴¹. Astfel:

– „Contractul de management se încheie pe o durată determinată, egală cu cea pentru care a fost aprobat proiectul de management”⁴²;

– „Contractul de management cuprinde *clauze* organizatorice, financiare și tehnice *prevăzute în caietul de obiective* (s.n.) și *clauzele convenite* (s.n.) de părțile contractante în urma negocierii”⁴³ purtate între autoritatea publică în subordinea căreia se organizează și funcționează instituția publică de cultură și cel declarat câștigător al concursului de proiecte⁴⁴;

– „Contractul de management cuprinde, fără a se limita la acestea, clauze privind:

- a) părțile contractante;
- b) obiectul contractului;
- c) durata contractului;
- d) remunerația managerului;
- e) drepturile și obligațiile managerului;
- f) drepturile și obligațiile autorității;
- g) limitele de competență;

⁴¹ Privind managementul instituțiilor de cultură, publicată în M. Of. nr. 817 din 5 decembrie 2008.

⁴² Potrivit art. 23 din O.U.G. nr. 189/2008.

⁴³ Conform art. 24 alin. (1) din O.U.G. nr. 189/2008.

⁴⁴ Concursul de proiecte de management (cultural) reprezintă o procedură cu caracter competițional, în cadrul căreia are loc o evaluare a documentelor elaborate de candidații implicați, documente care cuprind „descrierea soluțiilor concrete”, rezultatele „preconizate, precum și estimarea resurselor și mijloacelor necesare îndeplinirii cerințelor stabilite de către autoritate prin caietul de obiective” [potrivit art. 2 lit. e) din O.U.G. nr. 189/2008];

- h) programul minimal, precum și obiectivele și criteriile de performanță;
- i) evaluarea managementului;
- j) clauze speciale;
- k) răspunderea contractuală;
- l) clauza penală, forța majoră;
- m) modificarea contractului;
- n) încetarea contractului;
- o) soluționarea litigiilor;
- p) dispoziții finale⁴⁵;

– „Modelul-cadru al contractului de management pentru instituțiile publice de cultură, în funcție de categoria și specificul acestora, este elaborat de Ministerul Culturii, Cultelor și Patrimoniului Național și se aprobă prin hotărâre a Guvernului”⁴⁶;

– „Contractul de management se încheie între ordonatorul principal de credite al autorității și câștigătorul concursului de proiecte de management cu care autoritatea a negociat clauzele (...)”⁴⁷;

– „(1) Soluționarea litigiilor apărute în legătură cu atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractului de management, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit prevederilor Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Acțiunea în justiție se introduce la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărui jurisdicție se află sediul autorității”⁴⁸.

Credem că o analiză chiar și superficială a prevederilor pozitive mai sus evocate ne îndreptățește să susținem faptul că un *contract de management al unei instituții publice de cultură este un contract administrativ*. În argumentarea pe care încercăm să o construim în susținerea acestui punct de vedere, vom pleca de la definiția legală a noțiunii de „*contract administrativ*”, încorporată sub dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. c) fraza a II-a din Legea cu nr. 554/2004 a contenciosului administrativ; conform acestui text, „sunt asimilate actelor administrative, (...) și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect (...) prestarea serviciilor publice (...)”; la rândul său, fraza a III-a din cuprinsul aceluiași paragraf adaugă precizator faptul că „prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ”. Raportându-ne la aceste din urmă prevederi legale, socotim că, practic, cheia rezolvării problemei naturii juridice a *contractului de management a instituțiilor publice de cultură* este reprezentată de răspunsul la următoarele două întrebări: 1) Care este cauza juridică a contractului de management al unei instituții publice de cultură? 2) Care este obiectul contractului de management al unei instituții publice de cultură?

Încercând să dăm un răspuns primei întrebări formulate, ni se pare firesc să evocăm în acest loc dispozițiile art. 1235 din NCC, text potrivit căruia „Cauza este motivul care determină fiecare parte să încheie contractul”. În contractul de management al unei instituții publice de cultură, părțile contractante sunt organul „administrației publice centrale sau al administrației publice locale în subordinea căruia funcționează instituția publică de

⁴⁵ Potrivit art. 24 alin. (2) din O.U.G. nr. 189/2008.

⁴⁶ Conform art. 24 alin. (3) din O.U.G. nr. 189/2008.

⁴⁷ Potrivit art. 34 alin. (2) din O.U.G. nr. 189/2008.

⁴⁸ Conform art. 35 din O.U.G. nr. 189/2008.

cultură”⁴⁹, ce urmează să fie manageriată în baza acestui contract, pe de-o parte și *persoana fizică* ori, după caz, *persoana morală* căreia îi este atribuit un astfel de contract, urmare a câștigării concursului de proiecte (de management cultural) organizat în acest sens. Art. 3 din cuprinsul O.U.G. nr. 189/2008 este revelator în acest sens, având următorul conținut:

„*Managementul instituțiilor publice de cultură* (s.n.) poate fi încredințat unei persoane fizice care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

- a) are cetățenie română sau a unuia dintre statele membre ale Uniunii Europene;
- b) are capacitate deplină de exercițiu;
- c) întrunește condițiile de studii, de pregătire culturală și de experiență managerială, precum și alte condiții solicitate de autoritate;
- d) nu deține o funcție de conducere la o altă instituție din România.

(2) *Managementul instituțiilor publice de cultură* (s.n.) poate fi asigurat de o persoană juridică de drept privat care a câștigat concursul de proiecte de management și îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

- a) este înregistrată în România sau în unul dintre statele membre ale Uniunii Europene;
- b) are în obiectul de activitate organizarea sau desfășurarea de activități cultural-artistice ori oferirea de servicii culturale;
- c) poate desemna un reprezentant legal care să corespundă condițiilor prevăzute la alin. (1)”.

Apoi, art. 4 din cuprinsul aceluiași act normativ mai sus evocat adaugă în mod semnificativ faptul că „*În vederea încredințării managementului instituțiilor publice de cultură* (s.n.), autoritatea organizează concurs de proiecte de management (...)”. Prin urmare, scopul pentru care se organizează concursul de proiecte de management este acela al *atribuirii*, respectiv al *încredințării* unui contract de management al unei instituții publice de cultură. Dar este evident faptul că *scopul organizării concursului* nu se confundă (și nici nu are cum să se confunde) cu *scopul* ori *cauza contractului de management al unei instituții publice de cultură*.

Din punctul nostru de vedere – și credem că suntem în asentimentul majorității autorilor români și francezi care au abordat problema cauzei în contractele administrative – orice contract de drept public răspunde, în egală măsură, unui prioritar *interes public*, dar și unui subsecvent *interes privat*. Firește că interesul public își subordonează interesul privat. În situația particulară a contractului de management al unei instituții publice de cultură, interesul public prioritar este al instituției de cultură ce urmează a fi administrată, respectiv gestionată în baza unui astfel de contract și constă în aceea de a-i asigura o optimă funcționare. O atare aserțiune cere a fi argumentată. În vederea desfășurării concursului de proiecte, autoritatea în subordinea căreia instituția publică de cultură funcționează întocmește un *caiet de obiective* care, potrivit art. 2 lit. d) din O.U.G. nr. 189/2008, cuprinde setul de cerințe, „pe care managerul trebuie să le îndeplinească, prin intermediul instituției publice de cultură, în vederea satisfacerii nevoilor culturale ale comunității, într-o perioadă determinată de timp”. Art. 11 din O.U.G. nr. 189/2008 are următorul conținut:

„(1) Caietul de obiective se întocmește de către autoritate pe baza modelului-cadru, (...), ținând cont de următoarele criterii:

⁴⁹ În deplin acord cu prevederile art. 2 lit. a) din O.U.G. nr. 189/2008.

a) obiectivele și misiunea instituției publice de cultură;
b) evoluțiile economice și socioculturale ale comunității în care instituția publică de cultură își desfășoară activitatea;

c) dezvoltarea specifică a instituției publice de cultură.

(2) Caietul de obiective cuprinde prevederi organizatorice, financiare și tehnice privind proiectul de management, după cum urmează:

a) date despre activitatea, bugetul și specificul instituției publice de cultură;

b) regulamentul de organizare și funcționare al instituției;

c) sarcini și obiective pentru management;

d) perioada pentru care se încheie contractul de management, în intervalul de minimum 3 ani și maximum 5 ani;

e) structura obligatorie a proiectului de management”.

La rândul său, art. 12 din același act normativ adaugă precizator următoarele:

„(1) Prin caietul de obiective, autoritatea solicită candidaților:

a) analiza socioculturală a mediului în care își desfășoară activitatea instituția publică de cultură și propuneri privind evoluția acesteia în sistemul instituțional existent;

b) analiza activității instituției publice de cultură și, în funcție de specific, propuneri privind îmbunătățirea acesteia;

c) analiza organizării instituției publice de cultură și propuneri de reorganizare și/sau restructurare, după caz;

d) analiza situației economico-financiare a instituției publice de cultură;

e) strategia, programele și planul de acțiune pentru îndeplinirea misiunii specifice a instituției publice de cultură, conform sarcinilor și obiectivelor formulate de autoritate;

f) o previziune a evoluției economico-financiare a instituției publice de cultură, cu o estimare a resurselor financiare necesare, spre a fi alocate de către autoritate.

(2) Prevederile alin. (1) reprezintă criteriile generale de analiză și notare a proiectelor de management”.

Prin urmare, în baza caietului de obiective, fiecare candidat (ce urmează a fi implicat în concursul organizat pentru atribuirea contractului de management al unei instituții publice de cultură) întocmește un *proiect de management*, prin care formulează analize, strategii și previziuni, în acord cu cerințele solicitate prin caietul de obiective și în acord cu prevederile art. 11 alin. (2) și a art. 12 alin. (1) din O.U.G. nr. 189/2008. În urma analizării fiecărui proiect de management, se întocmește un clasament al candidaților, fiind îndreptățit la atribuirea contractului cel care a obținut cel mai bun punctaj.

Raportat la istoricul mai sus descris, apreciem ca evident faptul că autoritatea publică interesată nu se bucură, cu ocazia încheierii unui contract de management al unei instituții publice de cultură, de o deplină libertate contractuală; dimpotrivă, practic, această libertate este sensibil diminuată tocmai datorită existenței acestei obligații legale, ce incumbă autorității publice competente, de a organiza un *concurs* (o procedură competițională), prin care să stabilească o ordine de preferință (un clasament) a celor care și-au manifestat dorința (prin implicarea în procedură) de a le fi atribuit un astfel de contract. Afirmatia noastră se sprijină, printre altele, pe dispozițiile art. 22 din Legea cu nr. 189/2008, prevederi care au următorul conținut:

„(1) În termen de 30 de zile lucrătoare de la data aducerii la cunoștința publică a rezultatului final al concursului, (...), câștigătorul acestuia și ordonatorul principal de

credite au obligația de a negocia, pe baza proiectului de management, clauzele contractului de management.

(2) În cazul în care câștigătorul concursului de proiecte, din motive personale, renunță în scris la calitatea de manager înainte de semnarea contractului de management, *ordonatorul principal de credite are dreptul să negocieze cu următorul clasat* (s.n.), în vederea încheierii contractului de management, cu condiția ca acesta să îndeplinească prevederile art. 19⁵⁰.

În mod tradițional, prin obiect al unui contract, se înțelege acel ansamblu al acțiunilor și/sau inacțiunilor la care părțile contractante s-au obligat una față de cealaltă, respectiv acel *summum* de prestații pe care părțile și le-au asumat (una față de cealaltă) cu ocazia încheierii unui astfel de act juridic. În situația contractului de management al unei instituții publice de cultură, obiectul este relativ ușor de identificat, la o simplă lectură a câtorva dispoziții din cuprinsul Legii cu nr. 189/2008. Practic, acest obiect este acoperit, în parte, de atribuțiile managerului numit al unei instituții publice, atribuții care sunt listate sub art. 27 alin. (1) din cuprinsul actului normativ mai înainte evocat; potrivit acestei prevederi legale, managerul unei instituții publice de cultură are următoarele atribuții principale:

- a) elaborează și propune spre aprobare autorității proiectul de buget al instituției;
- b) decide asupra modului de utilizare a bugetului aprobat al instituției, conform prevederilor contractului de management, cu respectarea prevederilor legale, fiind ordonator de credite pentru bugetul acesteia;
- c) selectează, angajează și concediază personalul salariat, în condițiile legii;
- d) negociază clauzele contractelor de muncă, în condițiile legii;
- e) negociază clauzele contractelor încheiate conform prevederilor Codului civil sau, după caz, conform legilor speciale;
- f) dispune, în funcție de rezultatele evaluării performanțelor profesionale ale salariaților, menținerea, diminuarea sau creșterea drepturilor salariale ale acestora, precum și alte măsuri legale ce se impun;

⁵⁰ Text care, la rândul său, are următorul conținut:

„(1) Concursul de proiecte de management se desfășoară în etapele prevăzute la art. 6 alin. (2).
(2) Nota obținută în etapa prevăzută la art. 6 alin. (2) lit. a) se aduce la cunoștința candidaților, în scris, în termen de 24 de ore de la încheierea acesteia, precum și prin afișare la sediul autorității și al instituției și pe pagina de internet a instituției publice de cultură, după caz.

(3) Sunt declarați admiși pentru susținerea interviului candidații ale căror proiecte de management au obținut în prima etapă a concursului note mai mari de 7.

(4) Rezultatul concursului, pentru fiecare candidat, se obține prin calculul mediei aritmetice a notelor obținute pentru fiecare etapă.

(5) Este declarat câștigător candidatul care a obținut cea mai mare medie, cu condiția ca aceasta să fie de minimum 7.

(6) În cazul în care mai mulți candidați obțin medii egale, este declarat câștigător candidatul care a obținut nota cea mai mare la proiectul de management.

(7) În cazul în care niciun candidat nu a obținut o medie de minimum 7, procedura de concurs se reia în termen de maximum 30 de zile, cu respectarea dispozițiilor art. 8 și 9.

(8) Rezultatul concursului se aduce la cunoștința candidaților, în scris, în termen de 24 de ore de la încheierea ultimei etape, precum și la cunoștința publică, prin afișare la sediul autorității, la sediul instituției publice de cultură și pe pagina de internet a autorității, după caz”.

g) reprezintă instituția în raporturile cu terții;

h) încheie acte juridice în numele și pe seama instituției, în limitele de competență stabilite prin contractul de management”.

La rândul lor, alin. (2) și (3) al aceluiași art. 27 din Legea cu nr. 189/2008 stabilesc următoarele:

„(2) Managerul poate îndeplini și alte atribuții stabilite prin contractul de management, prin regulamentul de organizare și funcționare a instituției sau prevăzute de lege.

(3) În exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1) lit. d), managerul poate încheia contracte individuale de muncă pe durată determinată cu respectarea prevederilor din Codul muncii și, după caz, din legile speciale, fără ca durata acestora să depășească durata contractului de management”.

Chiar și o analiză de suprafață a prevederilor legale mai sus evocate, demonstrează fără putință de tăgadă faptul că un manager al unei instituții publice de cultură *acționează în numele și în reprezentarea unei instituții publice*, iar acțiunile sale implică exercitarea unor prerogative de putere publică; în fond și la urma urmei, un manager al unei instituții publice de cultură pune în executare legea în numele și în reprezentarea unei instituții publice care desfășoară o activitate care îmbracă forma unui serviciu public, gestionează resurse umane și materiale în interesul bunului mers al serviciului public de cultură asumat de respectiva instituție și o reprezintă în raporturile cu terții, persoane fizice sau persoane juridice de drept public ori de drept privat, inclusiv în relația cu uzuarul (beneficiarul) respectivului serviciu public. În aceste condiții, credem că nu greșim cu afirmația (pe care ne-o și asumăm) potrivit căreia managerul unei instituții publice de cultură (dar nu numai de cultură!) are calitatea unui funcționar public cu statut special, încadrat în sistemul instituțional al administrației publice (în sensul larg al acestei noțiuni) printr-un contract care nu poate fi decât administrativ. Un argument în plus (pe care îl alăturăm celor deja arătate până la acest moment), apt să susțină punctul nostru de vedere ne este furnizat de art. 20 alin. (5) și (6), precum și de art. 35 alin. (1) din O.U.G. nr. 189/2008; potrivit celor dintâi texte, „rezultatul final al concursului, proiectul de management câștigător și durata pentru care se va încheia contractul de management se aprobă prin ordin sau, după caz, hotărâre a autorității”, iar un atare act administrativ „poate fi atacat în justiție în condițiile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”; cel din urmă adaugă, la rândul său, faptul că „soluționarea litigiilor apărute în legătură cu atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractului de management, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit prevederilor Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”. Prin urmare, privind la contractul de management al unei instituții publice de cultură, nu putem ajunge la o altă concluzie în ceea ce privește natura sa, decât aceea că suntem în fața unui veritabil contract administrativ, scopul său fiind acela de a asigura *conducerea competitivă a unei instituții publice căreia i s-a încredințat prestarea unui serviciu public (cultural sau de cultură)*. Or, printr-un astfel de contract, nu poate fi încadrat un angajat (lucrător) al cărui regim juridic să fie guvernat, *post-festum*, de prevederi aparținând legii comune aplicabile în materia relațiilor de muncă (respectiv Codului muncii); statutul unui astfel de angajat este acela de *agent al administrației publice*, respectiv acela de *funcționar public cu statut special*, fiind cunoscut faptul (pe care și noi îl susținem cu tărie) că încadrarea unei persoane pe o funcție publică prin act administrativ unilateral este numai de *natura* nu și de *esența* statutului de care se bucură această categorie de lucrători ai administrației.

Dar situația managerului unei instituții publice de cultură (ca și cea a managerului unei instituții din sistemul public de sănătate) are capacitatea de a dovedi faptul că, nu numai în Franța, dar și în România, *criteriul formal* – al încadrării funcționarului public prin *act administrativ unilateral* – a fost împins pe un loc secundar (subsidiar), în beneficiul *criteriului substanțial* – al deservirii de către cel încadrat într-o funcție publică, a unui *serviciu public* – care a dobândit o consistentă preeminență. În alte cuvinte, a devenit importantă și în România pentru recunoașterea în beneficiul unui angajat al administrației publice, a calității de *funcționar public*, împrejurarea ca respectivul angajat să-și dedice activitatea profesională organizării și mersului unui serviciu public, fiind împinsă în plan secund numirea respectivului lucrător prin act administrativ unilateral. Practic, reglementând instituția managerului public încadrat prin contract administrativ și menținând regula numirii funcționarilor publici prin act administrativ unilateral, legiuitorul a fragilizat (a anemiât) această din urmă regulă, căreia i-a răpit calitatea de principiu inderogabil.

Spațiul judiciar al Uniunii Europene

Asist. univ. drd. Andreea Nicoleta DRAGOMIR

Drd. Ioana BĂRBAT

Facultatea de drept, Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu



Judicial area of European Union

Abstract: Legal development of Europe requires the Union to equip themselves with a basic set of common rules. Especially if the fight against certain types of particularly serious cross-border crime and to ensure the effective implementation of EU policies. Facilitating access to justice is essential to take full advantage of the opportunities the European judicial area, particularly in terms of cross-border proceedings. In this regard, legal assistance measures should be strengthened. In parallel, it will need to continue to improve alternative methods of dispute resolution, particularly in terms of consumer law.

Keywords: European Union, freedom, security, justice, cooperation, control, Schengen, European law, fundamental rights.

Uniunea Europeană constituie un spațiu de libertate, securitate și justiție, cu respectarea drepturilor fundamentale și a diferitelor sisteme de drept și tradiții juridice ale statelor membre. De asemenea, Uniunea Europeană acționează pentru a asigura un înalt nivel de securitate prin măsuri de prevenire a criminalității, a rasismului și a xenofobiei, precum și de combatere a acestora, prin măsuri de coordonare și de cooperare între autoritățile polițienesti și judiciare și alte autorități competente.

Cele trei Tratatate fondatoare ale celor trei Comunități Europene din anii 1951 și 1957 nu conțineau prevederi formale referitoare la cooperarea în domeniul justiției și afacerilor interne (JAI). În consecință, timp de peste două decenii statele membre ale Comunităților Europene au cooperat în cadrul Uniunii Europene numai în privința unui număr foarte limitat de probleme ale JAI, care erau legate direct de crearea pieței comune.

Pentru prima dată s-a prevăzut un spațiu comun de justiție și cooperare în dispozițiile Tratatului de la Roma semnat de cele șase state fondatoare (Belgia, Franța, Germania, Italia, Luxemburg și Olanda) la 25 martie 1957, fiind și unul din obiectivele fundamentale ce a trebuit să fie îndeplinit în vederea realizării unirii și coordonării piețelor într-o viitoare Piață internă economică comună. Începând cu anul 1970, statele membre au prezentat

un interes comun de acțiune împotriva amenințărilor tot mai mari din partea acțiunilor teroriste și a penetrării pe continent a traficului de droguri. În anul 1975 a fost creat de Consiliul European de la Roma Grupul Trevi – „Terorism, Radicalism, Extremism Violence Internationale”¹, unde se organizau reuniuni regulate la nivelul ministrilor de interne/justiție și înalților funcționari în scopul schimbului de informații, colaborării și cooperării transfrontaliere în lupta împotriva terorismului².

Până la jumătatea anilor 1980, cooperarea dintre statele membre în domeniul Justiției și Afacerilor Interne a fost propulsată de doi factori: primul era obiectivul politic al abolirii controalelor asupra persoanelor la frontierele interne dintre statele membre, care era considerat important pentru crearea unei „Europe a cetățenilor”, iar al doilea obiectiv a constituit consolidarea „Pieței interne”. Cele două obiective, dar și o altă gamă largă de forme de cooperare interguvernamentale a statelor membre în domeniul JAI, s-au realizat atât în cadrul cât și în afara structurii Comunității Europene prin TREVI și prin Acordul Schengen semnat în anul 1985³.

Tratatul de la Maastricht a declarat în mod oficial azilul, imigrația, cooperarea judiciară în materie penală și civilă, cooperarea polițienească, precum și combaterea formelor grave de criminalitate transfrontalieră, ca fiind „chestiuni de interes comun”, acordând totodată instituțiilor europene competența de a acționa în aceste domenii. Tratatul de la Maastricht instituie Uniunea Europeană, care are la bază trei piloni: Comunitățile Europene, Politica externă și de securitate comună și cooperarea polițienească și judiciară în materie penală. Primul pilon este format din Comunitatea Europeană, din Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului (CECO) și din Euratom și se referă la domeniile în care statele membre își exercită împreună suveranitatea prin intermediul instituțiilor comunitare. În cadrul acestui pilon se aplică procedura supranumită metoda comunitară, și anume Comisia Europeană face propunerea legislativă, Consiliul și Parlamentul European o adoptă, iar Curtea de Justiție asigură controlul respectării dreptului comunitar.

¹ Grupul Trevi a fost creat la inițiativa britanicilor, fiind un acronim pentru Terorism, Radicalism, Extremism și Violentă Internațională, acronim ce ne amintește de celebra fântână din Roma (Fontana di Trevi). Grupul Trevi funcționează în sprijinul circulației libere al persoanelor în interiorul Europei. A fost aplicată pentru prima dată cu începere de la 15 aprilie 1960, odată cu Benelux. Însă, această preocupare era mereu dublată de teama unor consecințe pentru siguranța națională. Uniunea Europeană a tras din vreme sistemul de alarmă în legătură cu criminalitatea scăpată de sub control prin dispariția frontierelor și cu urmările pe care acest fenomen le poate avea asupra stabilității sale.

² V. Aelenei, G. Pereș, *Legislație Schengen*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 59.

³ Prin Acordul de la Schengen semnat în mica localitate luxemburgheză Schengen la data de 14 iunie 1985, Belgia, Franța, Germania, Luxemburg și Olanda au convenit să renunțe treptat la controlul de la frontierele comune și să introducă libera circulație pentru toți cetățenii statelor membre semnatare, ai altor state membre sau ai unor țări terțe. Până în prezent, 30 de state au aderat la Acordul Schengen, dintre care 27 l-au și implementat. Într-un moment istoric, la 21 decembrie 2007, nouă state, majoritatea din centrul și estul Europei, și-au deschis granițele, astfel încât pentru prima dată este posibilă călătoria liberă peste fosta Cortină de Fier. Între timp, la lista țărilor semnatare s-au adăugat Italia în 1990, Spania și Portugalia în 1991, Grecia în 1992, Austria în 1995, Suedia, Finlanda și Danemarca în 1996, Islanda și Norvegia devenind și ele părți la Convenție. Acordul și Convenția, împreună cu declarațiile și deciziile adoptate de Comitetul Executiv Schengen, formează așa-zisul *acquis* Schengen. Pe parcursul redactării Tratatului de la Amsterdam s-a luat hotărârea de încorporare a acestui *acquis* în Uniunea Europeană, de vreme ce el se referea la unul dintre principalele obiective ale pieței interne, și anume libera circulație a persoanelor.

Cel de-al doilea pilon instaurează Politica externă și de securitate comună (PESC), prevăzută în Titlul V al Tratatului privind Uniunea Europeană. Aceasta înlocuiește dispozițiile din Actul Unic European și permite statelor membre să întreprindă acțiuni comune în domeniul politicii externe. Acest pilon este supus unui proces decizional interguvernamental care recurge în primul rând la unanimitate. Rolul Comisiei și al Parlamentului este modest, iar jurisdicția Curții de Justiție nu se aplică acestui domeniu. Al treilea pilon este consacrat cooperării în domeniul justiției și afacerilor interne (JAI) prevăzute în Titlul VI din Tratatul privind Uniunea Europeană. Uniunea este menită să întreprindă acțiuni comune pentru a oferi cetățenilor un grad ridicat de protecție în interiorul unui spațiu de libertate, securitate și justiție. Procesul decizional este, de asemenea, interguvernamental, mai ales în domeniile referitoare la justiție și afaceri interne. De atunci, gradul de integrare între statele membre în legătură cu aceste aspecte, precum și rolul Parlamentului European și cel al Curții de Justiție, nu încetează să crească.

În domeniul justiției și al afacerilor interne, scopul politicilor comunitare este păstrarea și extinderea zonei de libertate, securitate și justiție. Politicile cuprind și tratează aspecte sensibile pentru opinia publică, de aceea negocierile acestui capitol vizează mai ales găsirea de modalități pentru creșterea încrederii statelor membre în capacitatea țărilor candidate de a pune în practică *acquis*-ul relevant. Statele candidate trebuie să dovedească faptul că pot aplica legislația, că până la data aderării au capacitatea administrativă necesară implementării măsurilor aferente în vederea atingerii unor standarde europene⁴.

Tratatul de la Amsterdam a creat în mod oficial Spațiul de libertate, securitate și justiție, de atunci acesta a devenit una dintre prioritățile cheie pentru Uniunea Europeană, introducând în cadrul său și legislația Schengen pentru a permite o veritabilă liberă circulație a persoanelor pe teritoriul Uniunii Europene și pentru a lupta mai eficient împotriva crimei organizate și a fraudelor⁵. De la intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam, aceste domenii sunt repartizate între pilonul I și III. În cadrul primului pilon, unde funcționează metoda comunitară, a fost adăugat un nou titlu TUE: vize, azil, imigrare și alte politici referitoare la libera circulație a persoanelor. Totodată, a prevăzut o perioadă de 5 ani până la momentul în care se vor aplica procedurile comunitare și în aceste domenii. Consiliul European de la Viena din decembrie 1998 a aprobat *Planul de Acțiune al Consiliului și Comisiei de stabilire a unui spațiu al libertății, securității și justiției*, care deschide o nouă dimensiune pentru acțiunea în acest domeniu, după intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam. Totodată, Consiliul a cerut să se acorde o atenție sporită creării unui *Spațiu Juridic European* (S.J.E.), în conformitate cu Tratatul de la Amsterdam, care să conțină instrumentele necesare pentru o cooperare juridică eficientă și dezvoltarea rolului Europol, ca instrument de luptă împotriva crimei organizate. Acest plan de acțiune a fost detaliat și dezvoltat de Consiliul European de la Tampere⁶, din octombrie 1999.

⁴ O. Băluță, C. Bălan, *Justiție și afaceri interne*, Seria Europa Mea, Ed. Tritonic, București, 2007, p. 10

⁵ V. Aelenei, *op. cit.*, p. 61.

⁶ Consiliul European de la Tampere a reprezentat o reuniune special consacrată înființării unui spațiu de libertate, de securitate și de justiție în Uniunea Europeană. Ideea esențială a fost aceea că, dezvoltând și îmbogățind prevederile oferite de Tratatul de la Amsterdam, apăsarea necesar ca să se întreprindă pași mai departe pe drumul cooperării în domeniile menționate, elaborându-se planuri concrete de măsuri, pentru ca Europa să devină un spațiu comun de *libertate, securitate și justiție*. Pe

Anumite sectoare au fost circumscrise cadrului legislativ comunitar, în timp ce noi domenii și metode au luat naștere. „*Spațiul Schengen*”, creat în afara cadrului juridic al Uniunii Europene, la inițiativa unor state membre, care au dorit să avanseze mai mult în ceea ce privește libera circulație a persoanelor, a fost în cele din urmă inclus în tratatele UE și CE. Funcționarea sa, are ca rezultat eliminarea controalelor la frontierele interne ale Uniunii (între statele membre)⁷.

După introducerea Sistemului Schengen în cadrul juridic și instituțional al Uniunii Europene rolul Comitetului executiv Schengen a fost preluat de Consiliul UE pentru justiție și Afaceri Interne, iar sarcinile celorlalte comisii Schengen au fost preluate de COREPER.

Tratatul de la Nisa este consacrat în principal reminiscentelor de la Amsterdam, și anume problemele instituționale privind extinderea, care nu au fost soluționate în 1997. Este vorba despre componenta Comisiei, despre ponderarea voturilor în Consiliu și despre extinderea domeniilor supuse votului cu majoritate calificată. Tratatul a înlesnit, de asemenea, utilizarea cooperărilor consolidate și a eficientizat sistemul jurisdicțional. Pe de altă parte, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, elaborată de o Convenție, a fost proclamată de Președinții Parlamentului European, ai Consiliului și ai Comisiei, cu ocazia reuniunii la nivel înalt de la Nisa.

Începând cu Tratatul de la Nisa, este evident că arhitectura Uniunii trebuie definită în mod global și stabil, astfel încât să permită acesteia să funcționeze în mod coerent în urma extinderii. Această tendință a condus la crearea Convenției Europene și la elaborarea Constituției.

de altă parte, s-a subliniat și ideea că cetățenii țărilor membre ale Uniunii Europene sunt îndreptățiți să aștepte ca uniunea să reacționeze în ceea ce privește amenințarea pe care o reprezintă marea criminalitate pentru drepturile și libertățile lor. Spațiul de libertate, de securitate și de justiție trebuie să se întemeieze pe principii de transparentă și de control democratic. Documentul adoptat la Tampere enunța și dezvoltă o serie de idei încetățenite mai demult, de fapt, în practica Uniunii Europene, printre care promovarea unei politici europene comune în materie de azil și de migrație. Documentul preconizează relații de parteneriat cu țările de origine ale emigranților, un regim de azil european comun, un tratament echitabil pentru resortisanții țărilor terțe, monitorizarea fluxurilor *migratorii* și combaterea emigrării clandestine. Ocupându-se în mod nemijlocit de spațiul european de justiție, documentul adoptat la Tampere insistă asupra cerinței unui mai bun acces la justiție în Europa, asupra recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și asupra înfăptuirii unor convergente sporite în domeniul dreptului civil. Reuniunea de la Tampere a insistat totodată asupra luptei contra criminalității la nivelul întregii Uniuni. Astfel, au fost preconizate măsuri de prevenire a criminalității la nivelul Uniunii, intensificarea cooperării în lupta împotriva criminalității, acțiuni specifice în lupta contra spălării banilor și acțiuni sporite în lupta împotriva spălării banilor. O idee interesantă care definește de fapt strategia Uniunii în acest domeniu este aceea că apare necesitatea ca în perspectivă Consiliul European să armonizeze toate instrumentele într-un mod integrat și coerent, pentru a stabili spațiul de libertate, de securitate și de justiție. *Problemele de justiție și de afaceri interne trebuie să fie integrate în definirea și punerea în aplicare a altor politici și acțiuni ale Uniunii.* Documentul subliniază că este absolut necesar ca să fie folosite toate posibilitățile noi pe care le oferă Tratatul de la Amsterdam în probleme de acțiune exterioară și în special de strategii comune, precum și acordurile încheiate de comunitate. Trebuie definite în mod clar prioritățile, obiectivele politice și măsurile pentru acțiunea exterioară a Uniunii în domeniul justiției și afacerilor interne. Consiliul de la Tampere a aprobat compunerea, metodele de lucru și modalitățile practice pentru elaborarea proiectului de Cartă a drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, document care avea să fie aprobat de abia la reuniunea de la Nisa din anul 2000.

⁷ <http://www.undp.md/border/LegislatiaUE.html>, site accesat în data de 5 martie 2013.

În cadrul Consiliului European din 21 și 22 iunie 2007, liderii europeni au ajuns la un compromis. A fost mandatată convocarea unei Conferințe interguvernamentale (CIG) având drept misiune finalizarea și adoptarea nu a unei Constituții, ci a unui Tratat de modificare pentru Uniunea Europeană. Textul final al tratatului a fost elaborat de CIG și aprobat în cadrul Consiliului European informal de la Lisabona, din 18 și 19 octombrie. Tratatul de la Lisabona a fost semnat de statele membre la 13 decembrie 2007.

Actualmente, domeniul Justiție și Afaceri Interne, se reunifică într-un cadru juridic general comun – astfel se elimină structura pe piloni a Uniunii Europene⁸. Desființarea dualității pilonilor asupra împărțirii responsabilizării spațiului de libertate, securitate și justiție va duce în principiu la o acțiune uniformă a corpului legislativ, la intervenția Parlamentului European în domeniul și la introducerea controlului Curții Europene de Justiție. Tratatul de la Lisabona finalizează procesul de suprastatalizare a domeniului JAI. Pentru toate instrumentele JAI va fi utilizată procedura ordinară a codeciziei și votul majorității calificate în Consiliu, cu excepția cazului în care prevederi specifice stipulează altfel. Prin urmare, dispar instrumentele specifice pilonului III, deciziile-cadru, care vor fi înlocuite de directive. În plus, instrumentele adoptate în acest domeniu vor face obiectul controlului jurisdicțional al Curții de Justiție.

Avantajele unirii pilonilor I și III: mai multă coerență în exercitarea competențelor UE în diferitele domenii JAI⁹, facilitarea procesului de adoptare a actelor normative, democratizarea și legitimizarea procesului decizional, prin implicarea sporită a PE în codecizie, comparativ cu procedura consultării, supunerea instrumentelor controlului jurisdicțional al CJUE.

Dezavantajele unirii pilonilor I și III: renunțarea la procedura interguvernamentală într-un domeniu extrem de sensibil pentru SM (dreptul penal) și care, în mod tradițional, reprezenta una dintre modalitățile de exprimare a suveranității naționale, procedura codeciziei și votul cu majoritate calificată nu reprezintă în mod automat garanții ale eficienței procesului decizional, existând situații când propuneri de acte normative au fost îndelung negociate, fără a se ajunge la adoptarea unor instrumente coerente și corecte din punct de vedere juridic (a se vedea Directiva privind serviciile în cadrul pieței interne - 2006/123/CE - Directiva Bolkenstein¹⁰), există riscul unei creșteri substanțiale a numărului de instrumente legislative promovate și adoptate în această materie.

⁸ V. Aelenei, *op. cit.*, p. 69.

⁹ Regulile procesului decizional vor fi aceleași indiferent dacă este vorba de un instrument de cooperare polițienească sau judiciară în materie penală sau de un instrument de cooperare juridică în materie civilă

¹⁰ Directiva privind serviciile în cadrul pieței interne (denumit în mod obișnuit ca Directiva Bolkestein) este o lege a UE care vizează stabilirea unei piețe unice pentru serviciile în cadrul Uniunii Europene (UE). Drafted under the leadership of the former European Commissioner for the Internal Market Frits Bolkestein, it has been popularly referred to by his name. Elaborat sub conducerea fostului comisar european pentru piața internă Frits Bolkestein, directiva a preluat numele acestuia. It was seen as an important kick-start to the Lisbon Agenda which, launched in 2000, was an agreed strategy to make the EU “the world’s most dynamic and competitive economy” by 2010. Acesta a fost văzut ca un important punct de început al Agendei de la Lisabona, care, lansată în anul 2000, a fost o strategie pentru o Uniune Europeană a „economiei dinamice și competitive”, până în 2010. Punct de vedere juridic, directiva nu a adus nimic în legislația UE. The “Country of Origin” principle has been gradually introduced into EU law of the freedom of movement of goods in *Cassis de Dijon* case of 1979 and into

Domeniul JAI este supravegheat de Consiliul European care definește orientările strategice ale programării legislative și operaționale în spațiul de libertate, securitate și justiție. În cadrul Consiliului European se instituie un Comitet permanent care să asigure în cadrul Uniunii Europene promovarea și consolidarea cooperării operaționale în materie de securitate internă. Comitetul permanent facilitează coordonarea acțiunii autorităților competente în statele membre. La lucrările Comitetului permanent pot fi cooptați reprezentanții organismelor și agențiilor interesate ale Uniunii Europene. Parlamentul European și parlamentele naționale ale statelor membre sunt informate cu privire la derularea lucrărilor. Consiliul permanent adoptă regulamente europene pentru a asigura cooperarea administrativă între serviciile competente ale statelor membre în domeniile libertate, securitate și justiție, precum și între acestea și Comisia Europeană. Consiliul permanent va hotărî la propunerea Comisiei Europene, după consultarea Parlamentului European, toată problematica cooperării în vederea menținerii unei ordini publice europene¹¹.

Tratatul de la Lisabona definește Uniunea drept un spațiu de libertate, securitate și justiție instituit în respectul drepturilor fundamentale și a diferitelor sisteme și tradiții juridice ale statelor membre. În acest sens Uniunea dezvoltă politici comune în materie de azil, imigrație și control al frontierelor exterioare, adoptă măsuri pentru prevenirea criminalității de mare amploare și pentru coordonarea și cooperarea între autoritățile polițienști și judiciare competente. Uniunea Europeană – spațiu de justiție, presupune recunoașterea mutuală a deciziilor jurisdicționale, apropierea legislațiilor și garantarea accesului la justiție. Cooperarea polițienescă și judiciară în materie penală nu își păstrează specificitatea, întrucât se alătură dispozițiilor privind vizele, azilul și imigrația, formând împreună unul din capitolele privind politicile interne ale Uniunii, intitulat Spațiul de libertate, securitate și justiție. Cooperarea vamală este înlocuită de dispozițiile privind libera circulație a mărfurilor¹².

Succesul deplin pentru aplicarea *acquis*-ului european din domeniul JAI în România impune primordial trei condiții: angajarea unui personal profesionist specializat pentru fiecare domeniu în parte, eliminând toate formele de corupție, definitivarea alinierii instituțiilor și a organismelor pe amprenta celor comunitare, continuarea formării formatorilor de funcționari publici. Eficacitatea și calitatea serviciilor instituțiilor și autorităților cu responsabilități în domeniul JAI, de menținere a unei ordini publice europene, se vor măsura prin indicatori comunitari de precizie cu periodicitate cuprinsă de la o oră, zi, săptămână, lună, trimestru, semestru și ani pentru fiecare stat membru, instituție, autoritate națională, direcție, serviciu, birou, funcționar public¹³.

other areas (services, establishment) soon after. Principiul „tării de origine”, a fost treptat introdus în legislația UE a liberei circulații a mărfurilor (ex: *Cassis de Dijon* - un caz din 1979) și în alte domenii (servicii, stil), imediat după. Secondary legislation, in principle, cannot introduce rights and obligations that do not already have a basis in the Treaty. The Bolkestein Directive was harshly criticised by left-wing European politicians, who stated that it would lead to competition between workers in different parts of Europe — hence the expression “ Polish plumber “ — resulting in social dumping .

¹¹ V. Aelenei, *op. cit.*, p. 69.

¹² A. Groza, *Uniunea Europeană. Drept instituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 73

¹³ V. Aelenei, *op. cit.*, p. 70.

Într-o Europă a granițelor deschise, comisia Europeană are o misiune prioritară în domeniul justiției, dorind să ofere soluții practice la problemele transfrontaliere, astfel încât cetățenii să se simtă în largul lor atunci când se deplasează în jurul unor valori ale Uniunii Europene. La data de 15 noiembrie 2015 Comisia Europeană va prezenta programele de finanțare simplificate pentru construirea unui spațiu UE al justiției. Programele au rolul de a sprijini acțiunile UE de a îmbunătăți cooperarea europeană privind dreptul civil și penal, permițând oamenilor să-și exercite mai bine drepturile lor în calitate de cetățeni ai UE și să promoveze egalitatea. Acestea vor ajuta, de asemenea, la consolidarea eforturilor UE de combatere a criminalității, combaterea drogurilor, protecția persoanelor etc.

„Prin Tratatul de la Lisabona, Comisia are instrumentele necesare pentru a face mai mult pentru justiție, drepturi și cetățenie. Comisia este furnizoarea de propuneri concrete pentru a proteja drepturile cetățenilor. Dar legislația este insuficientă. Trebuie să-i facem pe oameni conștienți de drepturile lor, echipele de juriști să aplice legislația UE”¹⁴. Programul privind justiția, cu un buget de 416 de milioane EUR, are drept obiectiv garantarea aplicării efective a legislației UE în materie de justiție civilă și penală. Acesta va contribui la asigurarea unui acces corespunzător la justiție al persoanelor și întreprinderilor în procedurile juridice transfrontaliere din Europa și va sprijini acțiunile UE de combatere a drogurilor și a infracțiunilor. Programul privind drepturile și cetățenia, cu un buget de 387 de milioane EUR, va contribui la respectarea efectivă, în situații practice, a drepturilor și libertăților cetățenilor, sporindu-le vizibilitatea și asigurând aplicarea mai coerentă a acestora pe întreg teritoriul UE. De asemenea, el va promova drepturile copilului, principiile nediscriminării (pe baza originii rasiale sau etnice, religiei sau convingerilor, handicapului, vârstei sau orientării sexuale) și egalității de gen (inclusiv prin proiecte de combatere a violenței împotriva femeilor și copiilor).

Pentru a atinge aceste obiective, noile programe vor sprijini activități precum: formarea profesională a judecătorilor și avocaților în Europa, astfel încât aceștia să fie în măsură să aplice în practică legislația și drepturile UE, consolidarea cooperării UE în materie de justiție și drepturi ale cetățenilor prin intermediul rețelelor practicienilor din domeniul juridic, ale organizațiilor neguvernamentale și ale factorilor de decizie politică, oferirea de instrumente practice pentru cetățeni și întreprinderi, pentru ca aceștia să își exercite drepturile și să aibă acces la justiție, precum portalul european e-justiție, organizarea de campanii naționale și europene de informare a cetățenilor cu privire la drepturile lor garantate de legislația UE și sprijinirea cetățenilor pentru ca drepturilor lor să poată fi aplicate în situații concrete.

Noile programe vor consolida șase programe deja existente în domeniul justiției, drepturilor fundamentale și cetățeniei și se derulează în perioada de finanțare 2007-2013.

Programul „Justiție civilă” promovează cooperarea judiciară prin intermediul formării reprezentanților profesiilor juridice, al consolidării rețelelor și al schimbului și al difuzării de informații. Ca parte din programul general „Drepturile fundamentale și justiția”, acest program contribuie la crearea unui spațiu european al justiției în materie civilă bazat pe recunoaștere și încredere reciprocă. Programul „Justiție civilă” are ca obiectiv menținerea și dezvoltarea unui spațiu de libertate, securitate și justiție

¹⁴ A se vedea declarațiile comisarului UE - Viviane Reding, http://ec.europa.eu/index_ro.htm.

în Uniunea Europeană (UE). Acesta acoperă perioada cuprinsă între 1 ianuarie 2007 și 31 decembrie 2013 și nu se aplică Danemarcei.

Acest program urmărește patru obiective generale: să promoveze cooperarea judiciară în materie civilă pentru a crea un spațiu european bazat pe recunoaștere și încredere reciprocă, să elimine obstacolele din calea bunei funcționări a procedurilor civile între statele membre, să faciliteze accesul la justiție pentru persoanele fizice și pentru întreprinderi, să amelioreze contactele, schimbul de informații și dezvoltarea rețelilor între autoritățile judiciare și administrative și profesiile juridice, pentru a îmbunătăți înțelegerea reciprocă. De asemenea, programul are ca obiectiv: să amelioreze cunoașterea reciprocă a sistemelor juridice și judiciare ale statelor membre, să promoveze formarea în domeniul dreptului comunitar a reprezentanților profesiilor juridice, să încurajeze rețelele, cooperarea și schimbul de date și de experiențe, să asigure corecta punere în aplicare și evaluarea acțiunilor UE, să îmbunătățească informarea cu privire la diversele sisteme juridice și accesul la justiție, să consolideze încrederea reciprocă respectând independența aparatului judiciar, să faciliteze funcționarea Rețelei Judiciare Europene în materie civilă și comercială.

Programul se adresează, între altele, autorităților naționale, cetățenilor UE și reprezentanților profesiilor juridice. Acțiunile sunt deschise participării țărilor candidate sau statelor aderente și țărilor din Balcanii de Vest care participă la procesul de stabilizare și de asociere (conform condițiilor stabilite prin acordurile de asociere sau prin protocoalele adiționale referitoare la participarea la programe comunitare, care au fost sau urmează să fie încheiate cu aceste state). La proiecte pot participa reprezentanții profesiilor juridice din Danemarca, din țările candidate sau din țări terțe care nu participă în cadrul acestui program¹⁵.

Programul „Justiție penală” reprezintă unul dintre cei cinci piloni ai programului general „Drepturile fundamentale și justiția”, care vizează crearea unui veritabil spațiu de libertate, securitate și justiție în interiorul Uniunii Europene. Programul „Justiția penală” ar trebui să îmbunătățească cooperarea și încrederea reciprocă între autoritățile judiciare și practicienii științelor juridice din statele membre. Programul are următoarele patru obiective principale: promovarea cooperării judiciare în materie penală, apropierea sistemelor judiciare din statele membre și apropierea dintre acestea și sistemul judiciar al UE, consolidarea contactelor și a schimbului de informații și bune practici între autoritățile judiciare și administrative și profesiile juridice și promovarea instruirii membrilor sistemului judiciar, îmbunătățirea pe viitor a încrederii reciprocă între autoritățile judiciare. Își propune, de asemenea, să favorizeze cooperarea judiciară în materie penală, cu scopul: de a promova recunoașterea reciprocă a hotărârilor judecătorești, de a apropia sistemele judiciare din statele membre în materie de drept penal, în special cele legate de infracțiunile grave care au o dimensiune transfrontalieră, de a stabili standarde minime cu privire la unele aspecte ale dreptului penal procedural, de a evita conflictele de competență, de a îmbunătăți schimbul de informații, de pildă, prin intermediul unor sisteme informatice conectate la cazierile judiciare naționale, de a promova protecția persoanelor implicate în proceduri penale, precum și asistența acordată victimelor, de a consolida cooperarea

¹⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116030_ro.htm, site accesat în data de 7 martie 2013.

statelor membre cu Eurojust, de a promova măsuri în vederea reintegrării sociale a delincvenților.

Programul vizează, de asemenea, următoarele obiective specifice: să îmbunătățească cunoașterea reciprocă a sistemelor judiciare din statele membre și să consolideze crearea de rețele, cooperarea și schimbul de informații și bune practice, să asigure punerea solidă în practică și evaluarea acțiunilor UE în domeniul cooperării judiciare în materie penală, să informeze mai bine publicul cu privire la sistemele judiciare din statele membre și la accesul la justiție, să promoveze formarea în domeniul dreptului comunitar a celor implicați în activitățile sistemului judiciar, să îmbunătățească înțelegerea reciprocă între statele membre pentru a spori încrederea reciprocă, să pună în aplicare un sistem informatizat de schimb de informații privind cazierile judiciare și să studieze posibilitatea introducerii altor tipuri de schimburi de informații¹⁶.

Programul „Drepturi fundamentale și cetățenie” sprijină dezvoltarea unei societăți europene întemeiate pe respectarea drepturilor fundamentale recunoscute în articolul 6 din Tratatul privind Uniunea Europeană, inclusiv a drepturilor ce rezultă din cetățenia Uniunii. În acest scop, programul urmărește: consolidarea societății civile și încurajarea unui dialog deschis, transparent și periodic în ceea ce privește drepturile fundamentale, lupta împotriva rasismului, xenofobiei și antisemitismului, promovarea unei mai bune înțelegeri interconfesionale și interculturale, promovarea unei toleranțe sporite pe întreg teritoriul UE, consolidarea contactelor, a schimbului de informații și a rețelilor dintre autoritățile judiciare și administrative și a profesiilor juridice, încurajarea formării profesionale judiciare în scopul unei mai bune înțelegeri între astfel de autorități și profesii. Mai mult, programul are următoarele obiective specifice: promovarea drepturilor fundamentale și informarea tuturor cetățenilor cu privire la drepturile lor, inclusiv acelea care rezultă din cetățenia UE, încurajarea cetățenilor UE să participe în mod activ la viața democratică a Uniunii, verificarea respectării drepturilor fundamentale în UE și în țările Uniunii la aplicarea dreptului comunitar, sprijinirea organizațiilor neguvernamentale și a altor organisme ale societății civile, astfel încât acestea să poată promova în mod activ drepturile fundamentale, statul de drept și democrația, crearea structurilor competente pentru a favoriza un dialog interconfesional și multicultural la nivelul UE.

Programul Daphne III¹⁷ urmărește prevenirea și combaterea oricăror forme de violență, mai ales fizică, sexuală și psihologică împotriva copiilor, a tinerilor și a femeilor. De asemenea, programul are drept scop protejarea victimelor și a grupurilor expuse riscurilor pentru a atinge un nivel înalt de protecție a sănătății fizice și mentale, de bunăstare și coeziune socială pe întreg teritoriul Uniunii Europene. Obiectivele programului sunt în special: oferirea de asistență și încurajare ONG-urilor și altor organizații care se mobilizează împotriva violenței, instituirea unor rețele multidisciplinare în vederea consolidării cooperării dintre ONG-uri, elaborarea și punerea în aplicare a activităților de sensibilizare orientate către grupuri speciale de destinatari, difuzarea rezultatelor

¹⁶ Un rol important în realizarea obiectivelor cooperării judiciare în materie penală revine Eurojust și unui posibil Parchet European, care ar succede Eurojust. Parchetul European, structură introdusă de tratatul de la Lisabona, poate fi instituit prin regulamente adoptate conform unei proceduri legislative speciale, de către Consiliu cu unanimitate, după aprobarea Parlamentului European.

¹⁷ http://ec.europa.eu/justice/grants/programmes/index_en.htm, site accesat în data de 7 martie 2013.

obținute în cadrul celor două programe Daphne precedente, asigurarea schimbului de informații și de bune practici, de exemplu prin intermediul vizitelor de studiu și al schimbului de personal, studierea fenomenelor referitoare la violență și impactului acestora asupra victimelor și asupra societății (costurile sociale, economice și în materie de asistență medicală), dezvoltarea de programe de sprijin pentru victimele și persoanele expuse riscurilor și de programe de intervenție adresate făptuitorilor.

Programul „Prevenirea și informarea cu privire la consumul de droguri”¹⁸ *este singurul program UE, care este dedicat exclusiv pentru finanțarea proiectelor privind drogurile. Programul oferă sprijin financiar pentru proiecte care vizează schimbul și transferul de bune practici în întreaga UE, pentru a îmbunătăți calitatea serviciilor de prevenire și tratament, pentru a reduce consumul de droguri daune de sănătate legate de și pentru prevenirea consumului de droguri. Obiectivele generale sunt: să reducă și să prevină consumul de droguri, a dependenței și a efectelor nocive asociate consumului de droguri, pentru a contribui la îmbunătățirea nivelului de informare privind consumul de droguri, pentru a sprijini punerea în aplicare a Strategiei UE privind stupefiantele.*

Fără îndoială, Uniunea Europeană va cunoaște în viitorul apropiat un proces de extindere, concomitent cu consolidarea unei uniuni politice. Forțele care furnizează intenționat dinamicile acestui proces politic privesc întărirea cooperării economice în cadrul Europei, într-o asemenea măsură încât să faciliteze integrarea politică. Această tendință este reflectată în decizia de a forma Uniunea Economică și Monetară, de a elimina monedele naționale și granițele interne. Acest proces de integrare tinde să înlocuiască politicile coordonate cu acțiuni comune nu doar în sfera economică, ci și în cele care privesc politica externă, securitatea și apărarea.

Spațiul Uniunii Europene este unul al democrației și al drepturilor omului, al prosperității sociale și al progresului social. Uniunea Europeană este și un spațiu al solidarității economice, căruia instituirea monedei unice i-a adus o prețioasă stabilitate. Această coerență socială stă la baza unei solidarități sociale deosebite. Europa este un continent al științei și inovației, al cercetării și al dreptului comun. De asemenea, spațiul european este unul al diversității culturale, cu valori și principii comune.

BIBLIOGRAFIE:

Aelenei Victor, Peres Gabriel, *Legislație Schengen*, Editura Universul Juridic, București, 2012;

Băluță Oana, Bălan Cătălin, *Justiție și afaceri interne*, Seria Europa Mea, Editura Tritonic, București, 2007;

Groza Anamaria, *Uniunea Europeană. Drept instituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2008;

http://ec.europa.eu/index_ro.htm;

http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116030_ro.htm;

http://ec.europa.eu/justice/grants/programmes/index_en.htm;

<http://www.undp.md/border/LegislatiaUE.html>.

¹⁸ http://ec.europa.eu/justice/grants/programmes/index_en.htm, site accesat în data de 7 martie 2013.

Sistemul electoral românesc - cosmetizare sau schimbare radicală?

*Conf. univ. dr. Claudia GILIA
Facultatea de Drept și Științe Social-Politice,
Universitatea Valahia din Târgoviște*



The Romanian electoral system – cosmetic action or dramatic change?

Abstract: The aim of our study is to analyze the proposals put forth by parties and political groups concerning the new rules for calling parliamentary elections. Following the electoral processes in 2008 and 2012, that have shown the severe shortcomings of a uninominal majority voting system, combined with the principle of proportional representation, it's time for a new electoral system to answer the political, economical and social realities in Romania.

Did the political parties learn their lesson after the last ballot, which led to an “overweight Parliament”? Will they draft an electoral system which shall not reflect on the whole the party benefits? The previous legislative experiences proved the contrary; we'll see what the future has in store for us.

The change of the electoral system must be done at the same time with the amendment of the Constitution of Romania in order to set the Romanian state on legitimate grounds that will truly mirror the will of the electors after the future parliamentary elections. Our study shall provide a number of solutions designed to improve the electoral management because simply changing the ballot type will not solve the representativity and legitimacy problems that our electoral system is dealing with.

Keywords: electoral system, types of ballot, representation, legitimacy, reform, Parliament.

§ 1. Necesitatea modificării legislației electorale

Anul 2013 pare a fi anul schimbărilor de substanță din societatea românească. Venirea la guvernare a unor noi forțe politice, în speță, Uniunea Social Liberală - USL, este însoțită și de dorința acesteia de a realiza un set de reforme în cadrul statului, începând în primul rând cu modificarea Constituției, secundată de modificarea legislației electorale, de introducerea unui nou eșalon în administrația publică

- regiunea -, dar și de alte modificări de fond ale legislației în domenii importante ale vieții sociale.

Reșezarea societății pe baze noi impune și modificarea instrumentelor și procedurilor care stau la baza creării organismelor care exercită puterea. De aceea, modificarea legislației electorale constituie un pas foarte important din perspectiva conturării noilor linii care vor creiona *visage-ul* noii clase politice rezultate din alegeri.

După scrutinul electoral din 2008 au existat mai multe încercări de modificare a legislației electorale. În perioada 2011-2012 s-a derulat o intensă activitate în sfera intențiilor de modificare a legislației electorale. Astfel, în anul 2011, Autoritatea Electorală Permanentă a elaborat un *Proiect de lege privind Codul electoral* care conținea prevederi referitoare la toate tipurile de alegeri și referendumuri. Acest proiect, din păcate nu a făcut altceva decât să reunească legislația electorală deja existentă într-un *corpus comun*. Această inițiativă nu a fost îmbrățișată de nicio formațiune politică, ea rămânând doar la stadiul de propunere.

În luna martie a anului 2012 s-a înființat o comisie parlamentară comună specială - *Comisie pentru elaborarea codului electoral*¹ care, într-o primă fază, a adoptat varianta scrutinului mixt. Ulterior lucrările comisiei au fost abandonate. În 22 mai 2012, la inițiativa USL a fost votată în Parlamentul României legea de modificare și completare a Legii nr. 35/2008 pentru alegerea Camerei Deputaților și a Senatului prin care se reglementa *scrutinul majoritar uninominal pentru alegerea Parlamentului*, se introducea dispoziția conform căreia dacă într-un județ în care locuitorii aparținând comunității românești sau unei minorități naționale depășesc, conform datelor oficiale finale ale ultimului recensământ al populației 7% din totalul locuitorilor județului și niciun candidat al competitorilor electorali aparținând acelei comunități nu a obținut mandat conform alin. (11), se acordă un mandat în Camera Deputaților candidatului cel mai bine plasat al competitorilor electorali aparținând acelei comunități. Acest mandat se atribuia peste numărul de mandate ce revenea județului respectiv, se elimina pragul electoral de 5%, fapt care permitea candidaților independenți să intre în Parlament pe baza voturilor obținute etc. Această modificare venea însă cu puțin timp înainte de alegerile legislative din 2012, timp insuficient pentru a face viabil un astfel de proiect. De altfel, această lege a fost dur criticată de reprezentanții societății civile, dar și de celelalte formațiuni politice. Mai mult, Partidul Democrat-Liberal (PD-L) a atacat la Curtea Constituțională legea. Curtea Constituțională a decis că această lege prin care se modifica legislația electorală în materia alegerilor legislative este neconstituțională².

Necesitatea modificării electorale se impune de le sine, după ce atât în anul 2008, cât și în anul 2012, sistemul electoral utilizat pentru alegerea Parlamentului a reliefat deficiențe majore și o componentă a legislativului care nu a reflectat în totalitate voința electoratului. Așa cum relevam într-un studiu³ recent, în anul 2008, în Parlamentul României au fost aleși parlamentari ce în colegiile lor s-au clasat pe

¹ Detalii pe site-ul: <http://www.cdep.ro/pls/parlam/structura.co?cam=0&idc=113>.

² Decizia Curții Constituționale nr. 682 din 27 iunie 2012, publicată în M. Of. nr. 473 din 11 iulie 2012.

³ Claudia Gilia, *Paradoxul alegerilor parlamentare din 2012 - un Parlament supraponderal*, în Revista Sfera Politicii nr. 3 (174)/2013, în curs de publicare.

locurile 2 sau 3⁴ ori au obținut mandatul cu doar 34 de voturi. De asemenea, însăși Autoritatea Electorală Permanentă în raportul asupra organizării și desfășurării alegerilor pentru Camera Deputaților și Senat din 30 noiembrie 2008 a reliefat faptul că, sistemul electoral adoptat în 2008 s-a dovedit unul relativ complicat ce a generat două clase diferite de aleși – unii care au acces în Parlament pe baza întrunirii majorității voturilor valabil exprimate în colegiile uninominale în care au candidat, alții care nu au reprezentat nici prima și, în unele cazuri, nici a doua opțiune a alegătorilor dintr-un colegiu uninominal, câștigând, totuși, mandate în urma redistribuirii voturilor în detrimentul altor candidați mai bine situați. Legătura dintre alegători și aleși, în aceste cazuri, a părut una artificială și lipsită de substanță atâta vreme cât ea nu a urmat ierarhia stabilită de votul popular. Procedura de calcul a mandatelor a ținut în suspans până în ultima clipă candidații care nu au reușit să-și adjudece mandatul în prima fază cu un procent de peste 50%, aceasta fiind una complicată și relativ greu de anticipat. Redistribuirea a fost apreciată ca inechitabilă atât de către politicieni, cât și de către electorat⁵. În anul 2012 aveam să constatăm un alt paradox, acela al creării unui Parlament „supraponderal”⁶ format din 588 de parlamentari, cu 117 parlamentari mai mult față de Parlamentul rezultat din alegerile din 2008 și cu peste 288 de parlamentari în plus față de propunerea de 300 de parlamentari făcută de Președintele României în 2009 și acceptată prin votul exprimat de cetățenii români la referendumul din 2009.

Indiferent de faptul că acest sistem implementat în 2008 pare că i-a avantajat pe unii sau pe alții la un moment electoral, forțele politice din România au înțeles că un astfel de scrutin electoral, unic de altfel în Europa, nu reprezintă un sistem care reflectă cu adevărat opțiunile electoratului românesc. Problema care se pune este aceea dacă partidele politice au învățat ceva din aceste deficiențe ale tipului de scrutin utilizat și în 2008 și în 2012, dacă au înțeles că procesul electoral este unul mai amplu, de profunzime, care nu începe și se termină cu tipul de scrutin utilizat, ci începe chiar în interiorul formațiunilor politice, acolo unde se decid candidații, programele politice, modul de a face campanie electorală, și nu în cele din urmă, locul pe care îl situează în ecuația electorală pe cetățeanul român.

§ 2. Analiza propunerilor de modificare a legislației electorale

Renumitul politolog italian Giovanni Sartori răspunzând la întrebarea: „*Unde își caută inspirația constructorii sistemelor electorale?*” oferea un răspuns nu tocmai

⁴ Rezultatele scrutinului din 2008 au relevat faptul că doar 21% dintre senatori și 26% dintre deputați au obținut mandate în Parlament prin vot direct (întrunind peste 50% + 1 din sufragiile exprimate), iar restul candidaților au beneficiat de un sistem de redistribuire, fiind astfel posibil ca un candidat care a întrunit 16.000 de voturi în favoarea sa să nu intre în Parlament, în timp ce alți candidați să obțină mandate cu doar 1000 de voturi sau chiar 34 de voturi (<http://www.roaep.ro/ro/section.php?id=85&l2=88&lm=current>).

⁵ A se consulta: *Raportul asupra organizării și desfășurării alegerilor pentru Camera Deputaților și Senat din 30 noiembrie 2008* elaborat de Autoritatea Electorală Permanentă (<http://www.roaep.ro/ro/section.php?id=85&l2=88&lm=current>).

⁶ Avem în vedere aici un exces al mandatelor obținute în procesul de redistribuire în etapa a II-a. Menționăm faptul că doar USL și UDMR au reușit să obțină majoritatea voturilor valabil exprimate în colegiile în care au candidat, în timp ce PDL-L și PP-DD au obținut mandatele doar prin procesul de redistribuire.

încurajator, însă foarte real: „(...) *cei care proiectează sistemele electorale își îndreaptă cu mare greutate privirea către modelele externe, cu mare greutate cer sfaturi tehnice așa-zisilor experți și sfârșesc prin a adopta sistemul perceput de ei ca fiind în avantajul lor, fapt ce dă multe lovituri istoriei, determinanților sociali și tradițiilor nobile*”⁷.

Anul 2013 aduce în atenția electoratului noi propuneri de modificare a legislației electorale. Partidele politice au venit și de această dată cu propuneri de schimbare a tipului de scrutin electoral, căci miza o reprezintă numărul de mandate pe care pot să îl obțină în urma calculelor matematice utilizate de un tip de scrutin sau altul și, se pare, că au uitat, și de această dată, că un proces electoral nu înseamnă doar tipul de scrutin utilizat, ci un întreg sistem care are puterea de a pune în valoare o formulă electorală sau alta.

Întrebările de la care pornim sunt:

1. *Ce modificăm? Modificăm doar legea privind alegerile parlamentare sau elaborăm un Cod electoral în care să statuăm reguli precise, clare, principii comune care să guverneze toate tipurile de alegeri, dar și dispoziții speciale pentru fiecare tip de alegeri?*

2. *Modificăm doar tipul de scrutin? Sau facem o schimbare radicală a modului în care se derulează actualmente procesul electoral?*

Schimbarea legislației electorale ține de voința guvernanților. Însă trebuie avut în vedere faptul că elaborarea unei adevărate legislații electorale trebuie să pornească de la principii solide ale democrației și ale statului de drept și nu de la interese de moment ale unei formațiuni politice sau ale alteia. Afirm aceste lucruri, deoarece practica a reliefat în diferite ocazii valabilitatea unei zicale românești - „*Nu este pentru cine se pregătește, ci pentru cine se nimerește*”⁸ - . Momentul modificării legislației electorale trebuie corelat cu modificarea Constituției, însă trebuie să se țină cont și de reforma administrației, din perspectiva introducerii unei noi colectivități teritoriale – regiunea – deoarece trebuie avute în vedere aici noile organisme de conducere ale regiunilor, care vor fi desemnate tot prin vot.

Primii pași au fost făcuți prin constituirea în 12 februarie 2013 a unei comisii speciale: *Comisia comună a Camerei Deputaților și Senatului pentru elaborarea propunerilor legislative privind legile electorale*⁹.

Pe de altă parte, în cadrul societății au loc dezbateri intense pe marginea propunerilor de modificare a legislației electorale. Partidele politice au înaintat spre dezbateri în societate o serie de propuneri, care au vizat în special tipul de scrutin¹⁰ ce urmează a fi utilizat pentru desemnarea parlamentarilor, precum și structura Parlamentului. Astfel, USL, prin liderii săi au susținut faptul că modificarea legislației electorale trebuie să se

⁷ G. Sartori, *Ingenieria constituțională comparată. Structuri, stimulente și rezultate, traducere de Cristina Dan și Irina Mihaela Stoica*, Ed. Mediterana, București, 2002, p. 42-43.

⁸ Premierul Victor Ponta a susținut în cadrul unei dezbateri privind reforma electorală: „ (...) *cred că 2013 reprezintă o oportunitate de a construi un sistem, nu plecând de la interesele directe cum s-a făcut de obicei «cum mi-ar prinde mie bine acum», ci de la ideea de a rezolva câteva dintre marile nemulțumiri care există față de sistemul electoral și de reprezentarea parlamentară*” (<http://sar.org.ro/fes-si-sar-au-organizat-dezbaterea-sa-intelegem-reforma-electorala/>).

⁹ Pentru detalii: <http://www.cdep.ro/pls/parlam/structura.co?cam=0&idc=115>.

¹⁰ Despre tipurile de scrutin și efectele lor a se consulta și documentul elaborat de J.C. Colliard, *Quelques éléments à prendre en compte dans le choix d'un système électoral*, 2012 ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-EL\(2012\)007-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-EL(2012)007-f)).

realizeze în interdependentă cu modificarea competențelor Camerelor Parlamentului¹¹. USL va propune, la modificarea Legii electorale faptul ca principalele atribuții legate de buget să revină Camerei Deputaților, inclusiv controlul asupra Guvernului, iar Senatul să fie un tip de *Cameră a structurilor locale*, dar și cu atribuții de politică externă și apărare¹². Primul-ministru, Victor Ponta, liderul Partidului Social Democrat (PSD) a arătat că modificările sistemului electoral și cele constituționale trebuie să aibă drept scop asigurarea stabilității politice a majorității parlamentare, a reprezentativității regionale, dar să vizeze și creșterea eficienței parlamentare. Premierul a evidențiat faptul că actualul sistem electoral trebuie modificat, deoarece are „dezavantaje evidente”, printre care se numără și un uriaș cost de campanie. De asemenea, acesta a spus că viitorul sistem electoral ar trebui să schimbe și modul în care cele două Camere ale Parlamentului își vor desfășura activitatea: „*Ideea cu care USL va veni în cadrul procesului de modificare a Legii electorale este aceea de a avea o Cameră a Deputaților aleasă proportional, o Cameră decizională pe majoritatea absolută a temelor legislative, inclusiv buget, controlul asupra Guvernului și moțiuni simple, respectiv un Senat prin care să încercăm să avem un sistem de reprezentare prin vot majoritar, adică fiecare județ și implicit, după aceea, fiecare regiune, în funcție de numărul de județe, să aibă doi senatori, în așa fel încât Senatul să fie un tip de cameră a autorităților, a structurilor administrative locale, fie că e vorba de regiuni, fie de județe, care să aibă în plus față de legislația care ține de dezvoltarea regională eventuale atribuții întâlnite și în alte sisteme legate de politică externă și de politica de apărare. (...) Dacă ajungem la concluzia că votul va fi majoritar dintr-un tur, e în regulă; dacă ajungem la concluzia că ne întoarcem la votul proportional, până la urmă partidul răspunde pentru cei care-i pune pe listă, dar sistemul actual în care nu răspunde nimeni și nici nu se știe cine ajunge în Parlament e clar cel mai frustrant*”¹³. Discuțiile în cadrul alianței aflate la guvernare au vizat o viitoare Cameră a Deputaților aleasă prin scrutin plurinominal, cu listă închisă, formată din 300 de deputați și un Senat, ales pe baza scrutinului majoritar uninominal, format din câte 2 senatori din fiecare județ.

Analizând propunerea USL, politologul Alexandru Radu este de părere că: „*Opțiunea pentru un anumit mod de scrutin este dependentă, în general, de obiectivele politice pe care și le asumă majoritățile parlamentare și mai puțin de calitățile intrinseci ale diferitelor varietăți de moduri de scrutin. În prezent, după experimentul nefericit al votului uninominal,*

¹¹ USL susține menținerea structurii bicamerale a Parlamentului, dar cu stabilirea unor competențe distincte pentru cele două Camere.

¹² Aceste propuneri au fost susținute de premierul Victor Ponta în cadrul dezbaterii la care au participat reprezentanți ai formațiilor politice parlamentare, ai AEP, ai societății civile, cu tema: „*Să înțelegem reforma electorală*”, organizate de Fundația Friedrich-Ebert-Stiftung România și Societatea Academică din România în data de 27 februarie 2013. Pentru detalii: <http://sar.org.ro/fes-si-sar-au-organizat-dezbaterea-sa-intelegem-reforma-electoral/>.

¹³ Liderul USL a explicat faptul că, pentru creșterea eficienței parlamentare, proiectele legislative pot fi aprobate în Camera decizională și doar citite în cealaltă Cameră. Victor Ponta a precizat că se pune problema unei schimbări constituționale care să reducă timpul și complexitatea procedurilor: „*Am discutat (în USL - n.n.) inclusiv despre faptul că orice proiect de lege să nu mai fie votat decât în Camera decizională, să fie doar citit în Camera primă sesizată sau să putem să facem amendamente doar într-una din Camere, ca să nu pierdem prea mult pe circuitul legislativ. Aici există și un pericol: asta înseamnă că vom avea și greșeli multe în legi. Dezavantajul duratei procedurii parlamentare are avantajul că poți să îndrepti lucrurile care inevitabil ar trebui să le îndrepti în lege*”. A se vedea: <http://sar.org.ro/fes-si-sar-au-organizat-dezbaterea-sa-intelegem-reforma-electoral/>.

*actuala majoritate optează pentru un scrutin proporțional asociat votului pe liste. Soluția este rațională, bazată pe experiența electorală acumulată până acum, ca și pe avantajele nete privind reprezentarea pe care le aduce un astfel de scrutin, comparativ cu orice variantă de sistem majoritar*¹⁴.

La rândul său, Kelemen Hunor, președintele UDMR a afirmat că susține: „*un sistem proporțional, suntem pentru un sistem care asigură stabilitate politică, un sistem simplu și transparent. Pentru păstrarea bicameralismului vom opta atât la amendarea Constituției și urmează ca și la legile electorale să optăm pentru acest sistem. Vom propune și vom susține pentru Camera Deputaților lista județeană așa cum a funcționat până în 2008 cu sistem proporțional ca să nu rămână niciun cetățean care s-a prezentat la vot fără reprezentare și pentru Senat eu reiau acea propunere pe care am avut-o în 2011: câte doi senatori în colegiile uninominale pentru fiecare județ, plus câte doi în fiecare sector din București și cu asta vom ajunge la 100 de senatori*”¹⁵.

PD-L susține ideea unui Parlament unicameral, format din 300 de parlamentari la care se adaugă cei 18 reprezentanți ai organizațiilor cetățenilor aparținând minorităților naționale¹⁶. Într-un cuvânt, PD-L și-a însușit propunerea Președintelui Traian Băsescu de la referendumul din 2009. Sulfina Barbu a susținut că „*se impune modificarea Legii electorale. Plecând de la experimentul legii din 2008, care a avut un efect în 2008 și un alt efect în anul 2012, datorită situației politice, nu este deloc încurajator pentru un alegător să voteze un reprezentant în Parlament, care deși obține cel mai mare număr de voturi, nu ia mandatul și nu merge în Parlament*”¹⁷. De asemenea, PD-L susține un sistem mixt de vot pentru alegerile parlamentare, respectiv o treime dintre parlamentari să fie aleși în sistem majoritar în colegii uninominale, cu doi reprezentanți în fiecare județ (96), și două treimi în sistem proporțional (204), rămânând în dezbatere două variante: liste naționale închise sau liste naționale cu vot preferențial.

Sistemul propus de PD-L este mai complicat, cel puțin dacă îl transpunem la nivelul societății. Nu împărtășim ideea existenței unui Parlament unicameral, nici chiar pentru argumentul pe care l-au adus în susținerea acestei propuneri reprezentanții PD-L: votul dat de cetățenii români la referendumul din 2009¹⁸. Reiterăm ideea pe care am afirmat-o în varii ocazii, și anume, referendumul din 2009 fiind un referendum consultativ, rezultatele sale nu pot fi transpuse ca atare în Constituție. Cum s-ar mai justifica misiunea Constituantului derivat, dacă nu ar face altceva decât să pună într-o normă constituțională un rezultat al unui vot consultativ¹⁹? Poate la apropiata revizuire constituțională,

¹⁴ Detalii pe site-ul: <http://www.agerpres.ro/media/index.php/politic/item/185893-INTERVIU-Dr-Alexandru-Radu-La-vot-ar-trebui-sa-participe-cetatenii-care-se-autoinscriu-in-listele-electorale.html>.

¹⁵ A se vedea: <http://sar.org.ro/fes-si-sar-au-organizat-dezbaterea-sa-intelegem-reforma-electorala/>.

¹⁶ A se vedea punctele de vedere exprimate de reprezentanții PD-L în cadrul dezbaterii cu tema: „*Codul electoral în contextul viitoarelor modificări ale Constituției*”, organizate de **Institutul de Studii Populare (ISP) în colaborare cu Fundația Hanns Seidel**, în data de 14 februarie 2013. Pentru detalii: <http://www.isp.org.ro/comunicat/codul-electoral-contextul-viitoarelor-modificari-ale-constitu-iei>.

¹⁷ Pentru detalii: <http://sar.org.ro/fes-si-sar-au-organizat-dezbaterea-sa-intelegem-reforma-electorala/>.

¹⁸ Kelemen Hunor, președintele UDMR, afirma în 27 februarie 2013: „*Legat de referendumul din 2009, cred că e o demagogie să ne întoarcem tot timpul la el. Problema nu stă în 300 de parlamentari*”.

¹⁹ În literatura de specialitate s-a opinat că, în cadrul referendumului reglementat de art. 90 din Constituție, „poporul” – de fapt, poporul referendar – este doar *consultat* într-o „problemă de interes național”, opinia sa putând constitui cel mult, un reper într-o viitoare activitate de legiferare din partea Parlamentului în acea problemă, Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român*

problematica referendumului va fi mai bine reglementată de Constituant pentru a evita astfel de interpretări pe viitor. Să nu uităm totuși că referendumul consultativ din 2009, pe lângă caracterul său demagogic, a reprezentat un vehicul electoral important pentru Președintele-candidat Traian Băsescu la alegerile prezidențiale.

Așa cum putem observa, propunerile partidelor politice sunt diverse. Deși cu toții proclamă ideea necesității existenței unui consens decizional pe problematica electorală, se pare că la momentul decisiv lucrurile vor sta cu totul altfel. Nu putem să nu remarcăm în cadrul dezbaterilor care au avut loc până la acest moment că, partidele politice sunt foarte puțin interesate de celelalte aspecte care vizează procesul electoral și anume, *managementul electoral*. Foarte multe deficiențe ale proceselor electorale au venit tocmai din această sferă, căci multitudinea de reglementări, diversitatea acestora, incoerența legislativă, lipsa unei terminologii unitare, ineficiența unor instituții publice (exemplu: Autoritatea Electorală Permanentă²⁰) însărcinate cu gestionarea procesului electoral sunt cauze ale funcționării defectuoase ale mecanismelor electorale.

Pe de altă parte, lipsa unei veritabile democrații în rândul partidelor, atunci când vine vorba de a stabili viitorii candidați pentru alegeri, de a trasa liniile corecte ale campaniilor electorale, dar și lipsa unei culturi civice, politice, alături de dezinteresul cetățenilor români sunt tot atâtea motive care ne îndreptătesc să afirmăm că nu este nevoie doar de o reformă a legislației electorale, ci mai ales de o reformă la nivelul mentalităților din societatea românească.

§ 3. Soluții privind îmbunătățirea legislației electorale

Care este scrutinul miraculos care poate satisface deopotrivă partidele, dar și electoratul? Răspunsul concludent este dat de politologul Giovanni Sartori: „Niciun sistem electoral nu este mai bun în mod absolut și permanent”.

Și atunci care este soluția? Ce sistem adoptăm? De ce criterii trebuie să ținem cont atunci când optăm pentru o formulă sau alta²¹?

Când se dorește schimbarea unui sistem electoral trebuie avute în vedere câteva premise: niciun sistem nu este perfect; fiecare sistem are mai multe dezavantaje, niciun sistem electoral nu este simplu de aplicat și de înțeles, întrucât fiecare are complexitatea lui matematică și, din acest punct de vedere, niciodată electoratul nu va fi suficient de pregătit pentru a-l asimila și descifra. Înțelegerea vine pe parcurs, în mod empiric.

și în dreptul comparat, Ed. C.H. Beck, București, 2006, nota 1, p. 738. Într-o altă opinie s-a reliefat faptul că, „rezultatul referendumului nu poate fi decât unul consultativ pentru autoritățile statului. În caz contrar, ar însemna să atribuim poporului atribuții exprese delegate prin Constituție diverselor instituții ale statului”, I. Muraru, S.E. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, p. 848.

²⁰ Trebuie să precizăm totuși, că imixtiunea politicului în numirea conducerii acestei instituții și-a pus amprenta asupra activității desfășurate de aceasta.

²¹ În opinia politologului Radu Alexandru, „opțiunea pentru un anumit mod de scrutin este dependentă, în general, de obiectivele politice pe care și le asumă majoritățile parlamentare și mai puțin de calitățile intrinseci ale diferitelor varietăți de moduri de scrutin” (<http://www.agerpres.ro/media/index.php/politic/item/185893-INTERVIU-Dr-Alexandru-Radu-La-vot-ar-trebui-sa-participe-cetatenii-care-se-autoinscriu-in-listele-electorale.html>).

Reorientări de acest gen sunt posibile – pentru a da rezultate scontate – doar prin modificări succesive, graduale, ale sistemului electoral²². Un sistem electoral nu înseamnă numai modul de scrutin sau metoda de transformare a voturilor în locuri. Un sistem electoral înglobează și listele electorale, logistica electorală, organismele electorale, campania electorală, depunerea candidaturilor, desfășurarea votării, sancțiunile pentru încălcarea legii, contenciosul electoral, obligațiile autorităților publice care privesc organizarea și desfășurarea alegerilor. Aceste aspecte pot și trebuie să constituie obiectul unui demers legislativ separat pentru a evita modificarea regulilor de procedură electorală la fiecare schimbare a modului de scrutin²³.

În jurisprudența sa, Curtea Constituțională a evidențiat faptul că este necesar atunci când se are în vedere adoptarea unui nou tip de scrutin „*să se pornească de la realitățile economice, sociale și politice ale țării, de la rolul partidelor politice în procesul electoral, de la necesitatea raționalizării Parlamentului și, în final, să fie reglementat un tip de scrutin corespunzător concluziilor desprinse și care să aibă corespondent în tipurile de scrutin care se regăsesc în majoritatea statelor europene*”²⁴. Curtea a subliniat, de asemenea, necesitatea reunirii dispozițiilor din domeniul electoral într-un Cod: „*întreaga legislație electorală referitoare la Camera Deputaților și a Senatului, a Președintelui României, alegerile pentru Parlamentul European, precum și alegerea autorităților administrației publice locale să fie reexaminată, urmând a fi concentrată într-un cod electoral, ale cărui dispoziții comune și speciale să asigure, în concordanță cu principiile constituționale, organizarea unui scrutin democratic, corect și transparent*”²⁵.

În opinia noastră la momentul actual este dificil să se elaboreze un Cod electoral. Un Cod presupune un efort de codificare de durată, la care trebuie ca toți actorii implicați în procesul electoral să reflecteze cu maximă seriozitate.

În ceea ce privește tipul de scrutin, scrutinul plurinomial cu listă deschisă și vot preferențial²⁶ pentru desemnarea deputaților poate constitui o variantă ce poate fi luată în calcul de către legiuitor. Acest sistem este pentru cunoscători o formulă electorală extrem de atractivă. În doctrină se consideră că acest tip de scrutin „*asigură un raport just între controlul partizan și controlul popular asupra candidaților (parlamentarilor)*”²⁷. Giovanni Sartori aduce un contra argument la acest tip de scrutin: „ *așa cum partidele puternice, apte să mobilizeze electoratul cu mecanismul lor organizatoric, tot așa pot neutraliza votul preferențial cu preferințe concentrate în mod masiv asupra propriilor oameni din aparat*”²⁸. Suntem conștienți de faptul că este puțin probabil ca această

²² C. Gilia, *Where is the elective democracy in Romania heading to?*, Valahia University Law Study no. 1/2012, p. 270-271.

²³ A se consulta pentru amănunte: <http://www.roaep.ro/ro/section.php?id=85&l2=88&lm=current>.

²⁴ Decizia Curții Constituționale nr. 61 din 14 ianuarie 2010, publicată în M. Of. nr. 76 din 3 februarie 2010.

²⁵ Decizia Curții Constituționale nr. 682 din 27 iunie 2012, publicată în M. Of. nr. 473 din 11 iulie 2012.

²⁶ Acest tip de sistem este utilizat în state precum: Austria, Belgia, Cipru, Danemarca, Letonia, Olanda, Slovacia, Slovenia, Suedia.

²⁷ A. Radu, *Politica între proportionalism și majoritarism. Alegeri și sistem electoral în România postcomunistă*, Ed. Institutul European, Iași, 2012, p. 288-289.

²⁸ Giovanni Sartori, *op. cit.*, pp. 15-41.

formulă electorală să fie adoptată pentru a fi utilizată la viitoarele alegeri parlamentare. Electoratul românesc nu este, din păcate, suficient de educat civic, pentru a înțelege și pentru a aplica practic mecanismul acestui tip de scrutin electoral. La rândul lor, partidele trebuie să facă o selecție riguroasă a candidaților, iar aceștia din urmă trebuie să depună eforturi susținute pentru a fi în topul preferințelor electorilor²⁹.

Pentru Senat, considerăm că varianta scrutinului majoritar uninominal într-un singur tur poate fi viabilă și din perspectiva instituirii regiunilor. Senatul poate fi Camera care reprezintă colectivitățile locale.

Noua lege electorală trebuie însă să ofere soluții și cu privire la alte aspecte, la fel de importante ca și tipul de scrutin:

- clarificarea rolului Autorității Electorale Permanente și asumarea de către aceasta a gestionării reale a proceselor electorale;
- *este nevoie ca procesul electoral să fie gestionat de judecători, în calitate de președinți ai Birourilor electorale?* În opinia noastră este nevoie să se creeze un corp al funcționarilor electorali cu atribuții specifice în managementul electoral;
- decupajul electoral-teritorial să fie cât mai echilibrat, căci există un dezechilibru între colegiile uninominale³⁰;
- este nevoie de statuarea unor dispoziții mult mai clare în ceea ce privește desfășurarea campaniei electorale, precum și reglementarea unor sancțiuni mult mai drastice atunci când sunt încălcate dispozițiile legale în materie, dar și pentru a împiedica faptele de corupție;
- instituirea unor dispoziții precise cu privire la deontologia electorală;
- implementarea Registrului electoral;
- acuratețea listelor electorale ce trebui să își găsească o rezolvare cât mai rapidă³¹;
- crearea unei instanțe de contencios electoral care să soluționeze în timp real problemele apărute în procesele electorale;
- aplicarea principiului parității între bărbați și femei;
- eliminarea listelor suplimentare în cazul în care se reglementează situația autoînscriserii electorilor în listele permanente;

²⁹ În opinia profesorului Alexandru Radu „*utilizarea listelor deschise, sub forma votului preferențial, ar asigura, în plus, posibilitatea unui vot personalizat, realizând cel mai bun compromis între decizia partidului și decizia alegătorilor. Totodată, ar diminua clientelismul politic și migrația parlamentară*”.

³⁰ În opinia noastră, colegiile trebuie, pe cât posibil, să fie echilibrate din punctul de vedere al numărului de locuitori ce compun un colegiu.

³¹ Pertinentă ni se pare aici observația profesorului Radu Alexandru care evidențiază faptul că „*în acest sens faptul că după ce au fost emise, în timp, circa 11 milioane de cărți de alegători, acestea au fost retrase. Ca atare, cred că se impune o schimbare radicală a perspectivei din care este abordată această chestiune, care s-ar putea concretiza în renunțarea la instrumentul prefabricat al listelor electorale permanente, introduse în România la începutul secolului al XX-lea, la vot urmând să participe cetățenii care și-au exprimat intenția în acest sens, prin autoînscriserea pe listele electorale*”. Pentru alte detalii: <http://www.agerpres.ro/media/index.php/politic/item/185893-INTERVIU-Dr-Alexandru-Radu-La-vot-ar-trebuie-sa-participe-cetatenii-care-se-autoinscriu-in-listele-electorale.html>. Suntem de acord cu opinia exprimată de politologul Al. Radu însă, pentru realizarea acestui obiectiv este nevoie de o popularizare intensă a acestei chestiuni. Poate la viitorul ciclu electoral să existe această posibilitate.

- fixarea unor dispoziții restrictive în utilizarea urnei mobile;
- instituirea unei date precise de desfășurare a alegerilor (exemplu: a doua duminică a lunii octombrie a anului în care expiră mandatul) etc.;

Acestea sunt câteva exemple de aspecte care necesită o clarificare sau o reglementare ce trebuie avută în vedere de legiuitor la momentul adoptării viitorului cadru normativ în materia alegerilor parlamentare.

§ 4. Concluzii

Atunci când vorbim de alegeri, toate dezbaterile devin pasionale, subiective, contradictorii. Alegerile nu sunt altceva decât mijlocul prin care o persoană sau un grup de persoane pot să obțină puterea. De aici și bătălia pentru a-și impune instrumentele prin care pot câștiga puterea.

În societatea românească nu doar legislația electorală are nevoie de schimbare. În opinia noastră este nevoie de o schimbare radicală a modului de a face politică, de o implicare accentuată a *demosului* în viața Cetății. Partidele au nevoie de o reală democrație în sânul lor, au nevoie de competiție internă reală pentru a putea veni în fața electoratului cu candidați și programe care să răspundă nevoilor actuale ale acestora. Partidele trebuie să își îndeplinească cu mai multă responsabilitate funcția de formare a conștiinței civice. Pe de altă parte, cetățeanul român trebuie să renunțe la permanenta așteptare ca problemele sale să fie rezolvate de „cineva”, fără ca el să se implice, să ofere soluții. În ecuația puterii sunt doi actori: *cetățeanul* și *alesul*, indisolubil legați unul de celălalt.

Încheierea contractelor prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta

Lector dr. Florin I. MANGU
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest din Timișoara



Conclusion of contracts through the acceptance of an offer without reservation to contract

Abstract: The agreement will be achieved by the meeting of the concordant declared wills of the Contracting Parties. *In concreto*, as respect. art. 1182 Civil code, „the contract forms ... by the acceptance without reservation of an offer to contract”. Therefore, the agreement will have two components: offer and acceptance. To be worth offer, proposal to contract must meet three conditions sine qua non: a) to be accurate, complete and reliable; (b) to be serious; (c) to be addressed (made) of a given person. Acceptance must comply with the following conditions: a) to be pure and simple, in accordance with the offer; (b) to be beyond doubt; (c) should not be delayed; (d) to be issued in the form required by law for the validity of the final contract.

Keywords: offer, acceptance, agreement, validity, law, contracting parties, without reservation.

§ I. Realizarea acordului de voințe prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta

A. Preliminarii

Contractul este un act juridic bilateral, pentru că încorporează în el cel puțin voința a două persoane. Prin definiție, el este un acord de voințe. Prin urmare, o singură voință nu este suficientă pentru formarea contractului și nu poate produce efecte juridice de natura celor pe care le produce contractul.

În mod cu totul excepțional, voința unilaterală produce totuși anumite efecte care pot privi, între altele, formarea unui contract.

Așadar, contractul reprezintă produsul întâlnirii concordante dintre voințele individuale ale viitoarelor părți contractante. Ceea ce înseamnă, că atunci când ne propunem să decelăm mecanismul încheierii contractului, *de facto*, trebuie să analizăm structura și modul de formare a acordului dintre voințele persoanelor în cauză¹.

¹ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligatiile. vol. II. Contractul*, Ed. Universul juridic, București, 2009, p. 155.

În măsura în care avem în vedere un contract consensual, care se formează prin simplul acord de voință al părților, în cazul în care viitoarele părți contractante se află una în fața celeilalte și, în general, în toate situațiile în care ele își pot percepe direct și imediat declarațiile de voință (de exemplu, dacă vorbesc la telefon), realizarea acordului de voință este foarte facilă, acesta fiind rezultatul exteriorizării, una după cealaltă, aproape simultană, a voinței emise de către fiecare persoană².

Acordul de voință se realizează prin întâlnirea concordantă a voințelor declarate de către părțile contractante. *In concreto*, așa cum statuează art. 1.182 Cod civil, „Contractul se încheie ... prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta”. Așadar, acordul de voință are două componente: *oferta* și *acceptarea*.

B. Oferta de a contracta

1. Noțiune. Oferta de a contracta reprezintă propunerea fermă de a încheia un anumit contract în condiții determinate³.

Oferta de a contracta constă așadar în voința unilaterală, exteriorizată, a unei persoane, ce se notifică destinatarului, în vederea încheierii unui anumit contract, în condițiile precizate de către ofertant⁴; altfel spus, prin ofertă se înțelege propunerea (policitațiunea) făcută de o persoană, în vederea încheierii unui contract⁵.

Instituția juridică a ofertei își găsește reglementarea în cuprinsul art. 1.182 și art. 1.186 – 1.196 Cod civil.

Conform art. 1.188 alin. (2) Cod civil, oferta poate proveni de la persoana care are inițiativa încheierii contractului, care îi determină conținutul sau, după împrejurări, care propune ultimul element esențial al contractului.

2. Condițiile ofertei

Potrivit art. 1.188 alin. (1) Cod civil, „O propunere constituie ofertă de a contracta dacă aceasta conține suficiente elemente pentru formarea contractului și exprimă intenția ofertantului de a se obliga în cazul acceptării ei de către destinatar”.

Pornind de la acest text legal, care nu numai că definește oferta, dar exhibă și exigențele acesteia, pot fi decelate facil condițiile minime pe care trebuie să le îndeplinească propunerea de a contracta pentru a constitui ofertă.

Astfel, pentru a valora ofertă sau policitațiune, propunerea de a contracta trebuie să îndeplinească trei condiții *sine qua non*, minimale:

- a) să fie certă, precisă și completă;
- b) să fie fermă;
- c) să fie adresată unei/unor persoane determinate.

a) Oferta este *certă* când nu încap discuții privind existența ei; cu alte cuvinte, este neechivocă.

² Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 2005, p. 117.

³ J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, Ed. Armand Colin, Paris, 2000, p. 88, nr. 132.

⁴ Chr. Larroumet, *Droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, 4^{ème} édition, Ed. Economica, Paris, 1998, p. 211, nr. 238.

⁵ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 117.

Oferta este *precisă* dacă stabilește exact în legătură cu ce va purta contractul ce urmează a fi încheiat.

Oferta este *completă* când cuprinde toate elementele viitorului contract, astfel încât, prin simpla și pura acceptare a ofertei, să se realizeze acordul de voință al părților și deci să se încheie contractul.

Nu este necesar ca oferta să conțină absolut toate clauzele viitorului contract; așa cum statuează art. 1.188 alin. (1) Cod civil, trebuie ca ea să cuprindă suficiente elemente pentru formarea contractului. Textul legal trebuie, cu necesitate, coroborat cu cel al art. 1.182 Cod civil, în care se arată că, pentru a se forma valabil contractul, este suficient ca părțile să se pună de acord asupra elementelor esențiale ale acestuia, chiar dacă lasă unele elemente secundare spre a fi convenite ulterior ori încredințează determinarea acestora unei alte persoane. Așadar, pentru a fi precisă și completă oferta este suficient să conțină elementele esențiale ale viitorului contract, pentru ca o acceptare pură și simplă a sa din partea destinatarului să fie îndeajuns pentru a se forma convenția.

b) Oferta este *fermă* dacă ea conține o adevărată propunere de a contracta, iar nu exprimarea unei dorințe mai mult sau mai puțin precise sau o simplă glumă; cu alte cuvinte, așa cum solicită art. 1.188 alin. (1) Cod civil, oferta trebuie să exprime intenția ofertantului de a se obliga în cazul acceptării ei de către destinatar. Adică, propunerea de a încheia un contract trebuie să fie făcută cu intenția de a produce efecte juridice, pentru a fi calificată drept ofertă; în acest fel, oferta îl obligă pe emitentul ei la a deveni parte contractantă în cazul în care destinatarul acesteia o acceptă fără rezerve. Ofertantul îi acordă, în acest fel, destinatarului ofertei puterea de a decide încheierea contractului prin simpla acceptare a acesteia.

Art. 1.190 Cod civil, în același registru, referindu-se la *solicitarea de oferte*, statuează: „solicitarea de a formula oferte, adresată uneia sau mai multor persoane determinate, nu constituie, prin ea însăși, ofertă de a contracta”. Cu alte cuvinte, este vorba aici despre o propunere adresată unei/unor persoane determinate cu scopul de a le solicita să formuleze oferte. O astfel de manifestare de voință nu este calificată de către legiuitor ca fiind ofertă, neavând un astfel de efect juridic, în sensul obligării emitentului său la încheierea contractului cu persoana/persoanele care răspund solicitării adresate; dimpotrivă, într-un astfel de caz, propunerile emise de către destinatarii solicitării de oferte reprezintă ofertele veritabile, făcute cu intenția de a se obliga din punct de vedere juridic în măsura în care solicitantul de ofertă, găsind una dintre ofertele care îi sunt adresate compatibilă cu expectațiile sale, o acceptă pur și simplu. Într-un astfel de caz, rolurile sunt inversate: solicitantul de oferte, cel care are inițiativa și lansează cererea de oferte, devine destinatarul veritabilei oferte formulate de către cel căruia îi era adresată solicitarea de oferte. Este vorba, într-o astfel de situație, despre formarea progresivă a contractului⁶, ipoteză în care contractul se formează în trei pași: i) solicitarea de oferte; ii) răspunsul la solicitarea de oferte, constând în însăși oferta de a contracta; iii) acceptarea ofertei.

c) Pentru a constitui ofertă, propunerea de a contracta trebuie să fie adresată unei/unor persoane determinate. În acest sens, textul art. 1.189 Cod civil este neechivoc, statuând: „Propunerea adresată unor persoane nedeterminate, chiar dacă este precisă, nu valorează

⁶ A se vedea, pentru acest subiect, J. Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2009, *passim*.

ofertă, ci, după împrejurări, solicitare de ofertă sau intenție de negociere”. Din interpretarea *per a contrario* a acestei norme juridice, rezultă fără putință de tăgadă, că, pentru ca o propunere de a contracta să valoreze ofertă, ea trebuie să fie adresată unei/ unor persoane determinate, iar nu publicului în general.

Totuși, la alin. (2) al aceluiași text de lege, legiuitorul instituie câteva *exceptii* de la această cerință. Este vorba despre propunerea de a contracta adresată unor persoane nedeterminate sau publicului în general, care valorează ofertă dacă rezultă astfel din: lege, din uzanțe ori, în mod neîndoielnic, din împrejurări. De exemplu, expunerea în vitrina unui magazin a unui bun sub care este afișat un preț constituie o propunere de a contracta adresată publicului în general; o astfel de propunere valorează însă ofertă de a contracta, iar nu solicitare de oferte, obligând în acest sens pe emitentul acesteia să încheie contractul de vânzare-cumpărare a bunului respectiv cu clienții care i se adresează și acceptă oferta respectivă, oferind prețul bunului, tocmai pentru că acest lucru rezultă, în mod neîndoielnic, din împrejurări.

Urmărind încheierea unui contract prin simpla și pura sa acceptare [prin acceptarea sa fără rezerve, așa cum solicită art. 1.182 alin. (1) Cod civil], oferta trebuie, cu necesitate, să fie adusă la cunoștința destinatarului său; cu alte cuvinte, oferta trebuie să fie exteriorizată, căci niciun potențial cocontractant nu poate accepta o propunere de a contracta câtă vreme nu a cunoscut-o.

Cât privește *forma în care se poate exterioriza oferta*, art. 1.187 Cod civil statuează: „oferta ... trebuie emisă în forma cerută de lege pentru încheierea valabilă a contractului”. Așadar, textul legal citat trimite la dispozițiile normative care reglementează forma pe care contractul trebuie să o îmbrace pentru a se naște valabil. În acest fel, pentru a afla forma în care se poate concretiza oferta de a contracta, trebuie să ne raportăm, în primul rând, la principiul consensualismului, al libertății de formă în materie contractuală, statuat în cuprinsul art. 1.178 Cod civil, conform căruia contractul se încheie prin simplul acord de voințe al părților, dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă. Deci, oferta de a contracta nu este supusă, în principiu, niciunei forme, decât în cazurile expres prevăzute de lege, în care însuși contractul care urmează a se încheia trebuie să îmbrace o anumită formă *ad validitatem*. Ea trebuie doar să fie exteriorizată, pentru ca, așa cum am văzut, destinatarul ei să o poată cunoaște.

În funcție de modul în care oferta este exteriorizată, aceasta poate fi *expresă* sau *tacită*.

Oferta expresă desemnează toate acțiunile special îndeplinite în vederea aducerii la cunoștința altuia a unei propuneri de a contracta⁷. Modurile de exteriorizare expresă sunt diverse: în scris (un anunț, un afiș, o factură *proformă*⁸), oral, prin acțiuni sau atitudini pur materiale (expunerea unor mărfuri în vitrină și a prețului de vânzare, staționarea unui taxi într-un spațiu rezervat⁹).

⁷ J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 91; Chr. Larroumet, *op. cit.*, p. 215; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 122; L. Pop, *op. cit.*, p. 161.

⁸ F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, nr. 315.

⁹ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 121; J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 91.

Oferta poate fi *exteriorizată și tacit*, când, din comportamentul ofertantului, rezultă indubitabil, neechivoc, propunerea acestuia de a contracta (deși greu de imaginat o inițiativă exteriorizată tacit, totuși, în literatura de specialitate¹⁰ s-a apreciat că o astfel de ofertă o face locatarul unui bun care, la data expirării contractului de locațiune, continuă să dețină bunul și să își îndeplinească obligațiile, dând astfel de înțeles locatorului că îi adresează o ofertă de relocațiune a bunului, care se va materializa într-un contract de locațiune dacă locatorul nu se opune în vreun fel, potrivit art. 1.810 Cod civil).

§ 3. Efectele juridice ale ofertei

Oferta de a contracta, fiind un act juridic unilateral, produce efecte specifice.

Pentru a decela acurat aceste efecte, este necesar să deosebim între oferta făcută cu termen și cea fără termen, respectiv între oferta irevocabilă și oferta revocabilă și, nu în ultimul rând, între oferta adresată unei persoane prezente și oferta adresată unei persoane aflate la distanță. Efectele ofertei - act juridic unilateral - sunt diverse, în funcție de aceste tipuri de ofertă.

Oferta irevocabilă își explică denumirea prin faptul că, deși fiind un act juridic unilateral, aceasta nu poate fi revocată unilateral, adică prin singura manifestare de voință a emitentului ei, fiind obligatorie pentru acesta; declarația de revocare a unei astfel de oferte nu produce niciun efect, conform normei juridice cuprinse în textul art. 1.191 alin. (2) Cod civil, ofertantul fiind ținut să execute contractul născut în urma unei eventuale acceptări fără rezerve a ofertei sale ca și când aceasta nu ar fi fost revocată.

Sunt oferte irevocabile, potrivit art. 1.191 alin. (1), fraza I, Cod civil toate ofertele prin care autorul/autorii lor se obligă să le mențină un anumit termen, în vederea acceptării acestora.

Termenul de acceptare a ofertei curge, conform art. 1.192 Cod civil, din momentul în care oferta ajunge la destinatar, acesta fiind momentul în care corespondența cu oferta intră efectiv în cutia poștală a destinatarului, spre exemplu, dacă acesta a fost mijlocul de comunicare ales, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea din motive care nu îi sunt imputabile, așa cum statuează dispozițiile art. 1.200 Cod civil.

Sunt, de asemenea, irevocabile, conform aceluiași text legal, fraza a doua, ofertele care pot fi considerate astfel în temeiul acordului părților, al practicilor statornicite între acestea, al negocierilor, al conținutului însuși al ofertei ori al uzanțelor.

Oferta irevocabilă are, pentru autorul ei, forță obligatorie. Această forță obligatorie a ofertei este, *de facto*, manifestarea, în materie, a principiului forței obligatorii a contractului, statuat în cuprinsul art. 1.270 Cod civil, a cărui aplicare este atrasă asupra ofertei - act juridic unilateral - prin dispoziția art. 1.325 Cod civil: „Dacă prin lege nu se prevede altfel, dispozițiile legale privitoare la contracte se aplică în mod corespunzător actelor unilaterale”. În acest fel, prin propria sa voință asumându-și obligația de a menține oferta un anumit termen sau făcând o ofertă pe care legea, în temeiul art. 1.191 alin. (1), fraza a doua, o asimilează unei oferte irevocabile, autorul ofertei atrage asupra sa forța obligatorie a ofertei precum forța legii.

¹⁰ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 122; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 92; L. Pop, *op. cit.*, p. 161.

Per a contrario sunt *oferte revocabile*, adică cele care pot fi revocate prin declarația unilaterală a emitentului lor fără ca răspunderea acestuia să poată fi atrasă, ofertele fără termen de acceptare.

În cadrul ofertelor fără termen, trebuie însă deosebit între *oferta fără termen adresată unei persoane prezente* și *oferta fără termen adresată unei persoane absente*.

Oferta fără termen de acceptare adresată unei persoane prezente rămâne fără efecte dacă nu este acceptată de îndată, potrivit art. 1.194 alin. (1) Cod civil; odată adresată, datorită faptului că destinatarul acesteia ia la cunoștință imediat despre conținutul său, acestuia îi este solicitat de îndată consimțământul la încheierea contractului; în măsura în care destinatarul unei astfel de oferte nu își exteriorizează acest consimțământ - *de facto*, manifestarea de voință care constituie acceptarea ofertei - imediat ce a aflat despre ofertă, se consideră că el nu este interesat de încheierea contractului respectiv, motiv pentru care oferta își pierde automat forța obligatorie, autorul acesteia fiind liberat de orice obligație pe care și-a asumat-o inițial, în conținutul propunerii de a contracta.

Legea, prin art. 1.194 alin. (2) Cod civil, asimilează ofertei adresate unei persoane prezente și oferta transmisă prin telefon sau prin alte asemenea mijloace de comunicare la distanță, care asigură schimbul de consimțăminte aproape simultan, în timp real.

Oferta fără termen de acceptare adresată unei persoane absente, deși revocabilă, trebuie totuși menținută un termen rezonabil, după împrejurări, pentru ca destinatarul ei să o primească, să o analizeze și să expedieze acceptarea, conform art. 1.193 alin. (1) Cod civil.

Revocarea unei astfel de oferte își va produce efectele, împiedicând încheierea contractului, doar dacă va ajunge la destinatar înaintea momentului încheierii contractului, potrivit art. 1.193 alin. (2) Cod civil, adică înainte ca ofertantul să primească acceptarea sau, după caz, înaintea momentului în care destinatarul ofertei săvârșește un act sau un fapt concludent, chiar fără a-l înștiința pe ofertant, act sau fapt care poate echivala, în temeiul ofertei, al practicilor statornicite între părți, al uzanțelor sau potrivit naturii afacerii, cu acceptarea ofertei (art. 1.186 Cod civil).

Dacă, în schimb, ofertantul revocă oferta intempestiv, adică înaintea expirării termenului rezonabil menționat la art. 1.193 alin. (1) Cod civil și, prin aceasta, cauzează destinatarului ofertei un prejudiciu, va fi ținut să îl repare.

Trebuie făcută *distincția* cuvenită, așa cum însuși legiuitorul o face, între *revocarea ofertei* și *retragerea* acesteia, instituție juridică reglementată de art. 1.199 Cod civil.

Atât revocarea, cât și retragerea ofertei constituie manifestări unilaterale de voință ale autorului acesteia prin care acesta intenționează să lase fără niciun efect propunerea sa de a încheia un contract. Deosebirea dintre cele două se manifestă în plan temporal: câtă vreme această manifestare de voință ajunge la destinatarul ofertei după aceasta din urmă, este vorba despre revocare; dacă însă această manifestare de voință ajunge la destinatarul ofertei anterior sau concomitent cu oferta, instituția juridică incidentă este retragerea ofertei. Într-adevăr, legiuitorul, la art. 1.199 Cod civil, intitulat „Retragerea ofertei sau a acceptării”, statuează: „Oferta ... poate fi retrasă dacă retragerea ajunge la destinatar anterior ori concomitent cu oferta ...”.

§ 4. Caducitatea ofertei

Problema caducității ofertei este reglementată expres de către legiuitor în cuprinsul art. 1.195 Cod civil, cu titlu omonim, pornind de la concepția asupra acestei instituții juridice potrivit căreia oferta este un act juridic unilateral care dă naștere unui raport juridic civil obligațional între ofertant și destinatarul ofertei, raport juridic în cadrul căruia autorul ofertei are calitatea de debitor, fiind ținut să mențină oferta înăuntrul termenului expres sau tacit în care trebuie să intervină acceptarea.

Ca o consecință directă a acestui lucru, oferta devine caducă (rămâne fără efecte) dacă:

a) acceptarea nu ajunge la ofertant în termenul stabilit expres sau, în lipsă, în termenul tacit prevăzut de art. 1.193 alin. (1) Cod civil;

b) destinatarul o refuză.

În ipoteza decesului sau a incapacității ofertantului înaintea acceptării ofertei și înăuntrul termenului în care aceasta trebuia să fie acceptată, oferta nu devine caducă, ci obligațiile ofertantului se transmit moștenitorilor săi ori pot fi executate prin reprezentantul său legal, după caz; aceștia pot retrage oferta (în condițiile art. 1.199 Cod civil) sau, în cazul în care nu o retrag, pot fi ținuți de caracterul irevocabil al acesteia și, în ipoteza acceptării, de efectele contractului astfel încheiat¹¹.

Decesul sau incapacitatea ofertantului atrage caducitatea ofertei irevocabile numai în condiții excepționale, adică atunci când natura afacerii sau împrejurările o impun, potrivit art. 1.195 alin. (2) Cod civil. Poate fi vorba aici, spre exemplu, despre prefigurarea unui contract *intuitu persoane*, în care calitățile părților sunt esențiale pentru încheierea acestuia; într-un astfel de caz, încheierea contractului între succesorii ofertantului, spre pildă, și destinatarul ofertei nu mai este posibilă.

§ 5. Comparație între oferta de a contracta și antecontract (precontract sau promisiunea de contract)

Antecontractul (promisiunea de contract, promisiunea de a contracta sau precontractul, cum mai este cunoscută această instituție juridică) este acordul prealabil al părților, privind încheierea în viitor a unui contract. Antecontractul este deci un act juridic bilateral, adică un contract care trebuie să îndeplinească toate condițiile de validitate cerute de lege pentru încheierea valabilă a unui contract și să cuprindă toate elementele esențiale ale viitorului contract, prefigurat în conținutul promisiunii de a contracta.

Astfel, potrivit art. 1.279 Cod civil, „Promisiunea de a contracta trebuie să conțină toate acele clauze ale contractului promis, în lipsa cărora părțile nu ar putea executa promisiunea”.

Spre deosebire de antecontract, oferta de a contracta este un act juridic unilateral, fiind rodul unei singure manifestări de voință, aceea a ofertantului.

Prin urmare, fiecare dintre cele două instituții juridice are un regim juridic propriu, conferit de categoria specifică în care se încadrează.

¹¹ I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 109.

Oferta de a contracta poate fi retrasă cât timp nu a ajuns la destinatar sau revocată până la momentul în care acceptarea ajunge la ofertant, pe când promisiunea de contract, odată făcută, nu mai poate fi revocată, ea stingându-se numai prin împlinirea termenului pentru care a fost stipulată, ori prin pieirea lucrului la care se referea contractul a cărei încheiere a fost promisă sau în condițiile în care, de regulă, se sting obligațiile contractuale.

Oferta de a contracta devine caducă (nu-și mai produce efectele), când natura afacerii sau împrejurările o impun, dacă, între timp, ofertantul decedează sau devine incapabil, pe când promisiunea de contract continuă să fie valabilă și după ce acela care promite a devenit incapabil și se transmite moștenitorilor, ca oricare altă obligație contractuală, în afară numai dacă ea a fost stipulată *intuitu personae* (în considerarea calităților pe care le are o parte a contractului).

Nerespectarea obligației născute din promisiunea de a contracta antrenează răspunderea contractuală a debitorului, adică a promitentului. Retragerea intempestivă a ofertei atrage răspunderea delictuală a ofertantului.

C. Acceptarea

Instituția juridică a acceptării își găsește reglementarea legală în cuprinsul art. 1.196 – 1.198 Cod civil.

1. Noțiune. Acceptarea constă în manifestarea de voință a destinatarului de a primi, fără rezerve sau propuneri de modificare, pur și simplu, oferta făcută în vederea încheierii contractului.

Așadar, acceptarea constă în răspunsul destinatarului ofertei, care, la confluență cu oferta, este în măsură să dea naștere contractului.

Aceasta presupune o perfectă identitate între cele două manifestări de voință: oferta și acceptarea, solicitată, de altfel, și de dispozițiile art. 1.182 Cod civil, care condiționează încheierea contractului de „acceptarea fără rezerve a unui oferte de a contracta”.

Ea trebuie să îndeplinească condițiile unei manifestări de voință producătoare de efecte juridice (să fie *conștientă, liberă și exprimată cu intenția de a se obliga*) și trebuie să fie *expresia și rezultatul voinței reale a destinatarului*.

În considerarea celor afirmate, art. 1.196 Cod civil, intitulat marginal „Acceptarea ofertei”, dispune: „Orice act sau fapt al destinatarului constituie acceptare, dacă indică în mod neîndoielnic acordul său cu privire la ofertă, astfel cum aceasta a fost formulată, și ajunge în termen la autorul ofertei”.

Orice răspuns la ofertă prin care nu este acceptată pur și simplu, nu poate fi considerat acceptare, așa cum învederează, de altfel, și art. 1.197 alin. (1) Cod civil („Acceptarea necorespunzătoare a ofertei”): „Răspunsul destinatarului nu constituie acceptare atunci când: a) cuprinde modificări sau completări care nu corespund ofertei primite”. Același text de lege, dar la alin. (2), califică această manifestare neconcordanță de voință a destinatarului ofertei ca putând fi, după împrejurări, o contraofertă.

2. Forma acceptării

Asemenea formei ofertei, forma acceptării este supusă aceluiași principiu care guvernează în materia formei contractelor, statuat în cuprinsul art. 1.178 Cod civil, intitulat marginal sugestiv „Libertatea formei”. Este vorba, așadar, în speță de principii

libertății forme contractuale sau principiul consensualismului, conform căruia, dacă, prin lege, nu se dispune altfel, contractul se încheie prin simplul acord de voință al părților (*solo consensus*), nefiind necesară îndeplinirea a niciunei alte formalități.

Acestui principiu se subordonează și forma acceptării, care este guvernată expres de dispozițiile art. 1.187 Cod civil: „... acceptarea trebuie emisă în forma cerută de lege pentru încheierea valabilă a contractului” și care, evident, se completează, în mod necesar, cu textul art. 1.178 Cod civil, cu cel al art. 1.244 Cod civil, precitate, precum și cu toate dispozițiile legale din materia contractelor speciale care derogă de la litera art. 1.178, constituindu-se în excepții de la principiul consensualismului.

Voința ofertantului are totuși un cuvânt greu de spus în materie, impunând forma în care trebuie să fie exteriorizată acceptarea, întrucât, potrivit textului art. 1.197 alin. (1) lit. b), „Răspunsul destinatarului nu constituie acceptare atunci când: b) nu respectă forma cerută anume de ofertant...”; această manifestare de voință, care răspunde, în rest, exigențelor unei acceptări, fiind conformă ofertei, poate fi considerată, după împrejurări, potrivit art. 1.197 alin. (2) Cod civil, o contraofertă.

În sensul celor de mai sus, asemenea ofertei, acceptarea poate fi, după modul ei de exprimare sau de exteriorizare, *expresă* sau *tacită*.

Acceptarea este *expresă* când rezultă dintr-un act sau dintr-un comportament special îndeplinit de către destinatarul ofertei, în vederea aducerii acordului său la cunoștința ofertantului¹². Se poate afirma, deci, că acceptarea expresă constă în orice exteriorizare a consimțământului care nu are nevoie de a fi interpretată pentru a putea constata că a avut loc acceptarea ofertei; cu alte cuvinte, acceptarea expresă se impune cu forța evidentei¹³. Acceptarea expresă se concretizează de cele mai multe ori într-un înscris¹⁴, dar poate fi făcută și verbal, prin viu grai. În afară de aceste modalități, ea se poate realiza și prin anumite gesturi care, conform uzanțelor, se săvârșesc numai pentru a face cunoscută voința autorului lor de a încheia un contract¹⁵, cum sunt: aplicarea semnăturii pe un anumit înscris¹⁶, ridicarea mâinii sau mișcarea aprobativă a capului la o licitație publică sau la bursă¹⁷, introducerea unor piese de monedă într-un distribuitor automat de bilete de călătorie ori de spectacol sau de produse alimentare¹⁸, deschiderea portierei unui taxi care se află staționat într-o stație rezervată acestui tip de autovehicule¹⁹.

Cât privește acceptarea *tacită*, aceasta se desprinde din acțiuni sau atitudini care pot fi interpretate astfel, presupunând un comportament al destinatarului ofertei care denotă neechivoc intenția acestuia de a accepta oferta și de a încheia contractul în termenii stabiliți de către ofertant. Spre deosebire de acceptarea expresă, acceptarea

¹² Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 134, nr. 123.

¹³ Chr. Larroumet, *op. cit.*, p. 224.

¹⁴ Curtea de Apel din Versailles, decizia din 19 februarie 1993, în *Recueil Dalloz 1994*, p. 9, cu sumar comentat de Ph. Delebecque.

¹⁵ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, thèse, Lille, 1997, nr. 18.

¹⁶ Curtea de Casație a Franței, camera comercială, decizia din 25 iunie 1991, în *Bulletin civil*, IV, nr. 234.

¹⁷ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 101, nr. 150.

¹⁸ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 134, nr. 123; Curtea de Casație a Franței, camera I-a civilă, decizia din 22 ianuarie 1968, în *Recueil Dalloz 1968*, nr. 304.

¹⁹ Curtea de Casație a Franței, camera I-a civilă, decizia din 2 decembrie 1969, în *Recueil Dalloz 1970*, nr. 104.

tacită nu are valoarea unei manifestări de voință prin ea însăși, ci aceasta este dedusă din comportamentul destinatarului ofertei²⁰.

La instituția juridică a acceptării tacite a ofertei face trimitere expresă textul alin. (2) al art. 1.186 Cod civil, precizat, atunci când acordă unui act sau unui fapt concludent săvârșit de către destinatarul ofertei fără a-l înștiința pe ofertant, valoarea unei acceptări a acesteia, în măsura în care, în temeiul ofertei, al practicilor statornicite între părți, al uzanțelor sau potrivit naturii afacerii, acceptarea se poate face în acest mod. De cele mai multe ori, actul sau faptul concludent de care face vorbire legiuitorul în textul legal amintit constă chiar în executarea contractului de către destinatarul ofertei²¹ fără să-l înștiințeze despre aceasta pe ofertant și fără să fi emis, în prealabil, acceptarea expresă a ofertei. Chiar și numai începerea executării contractului de către destinatarul ofertei, fără să fi dus la bun sfârșit această executare, poate primi valoarea unei acceptări tacite a ofertei²².

Cât privește *tăcerea*, legislatorul, în cuprinsul art. 1.196 alin. (2) Cod civil, legiferează un mai vechi principiu în materie: *quid tacet consentire non videtur*, adică tăcerea nu valorează acceptare. Potrivit acestui text legal, „Tăcerea sau inacțiunea destinatarului nu valorează acceptare ...”.

Desigur, acesta fiind principiul, excepțiile se concretizează când „rezultă din lege, din acordul părților, din practicile statornicite între acestea, din uzanțe sau din alte împrejurări” [art. 1.196 alin. (2) *in fine*], când tăcerea sau inacțiunea destinatarului ofertei primesc valoarea acceptării acesteia.

Aceasta, deoarece tăcerea, căreia îi este asimilată inacțiunea destinatarului, are un caracter echivoc, neputând deduce din ea acceptarea ofertei; or, consimțământul trebuie să fie neechivoc și stabilit indiscutabil²³. Încă de la sfârșitul secolului al XIX – lea și până în prezent, jurisprudența a statuat, în materie, că „în drept, tăcerea celui căruia i se pretinde a fi obligat, nu poate fi folosită, în absența oricăror alte circumstanțe, pentru a dovedi în sarcina lui existența obligației alegate²⁴”. În același sens se exprimă și codificările moderne; de exemplu, art. 18 din Convenția de la Viena asupra vânzării-cumpărării internaționale de mărfuri statuează: „Tăcerea sau inacțiunea nu valorează, prin ea însăși, acceptare”.

Totuși, chiar legiuitorul deschide în acest sens o portiță, acordând tăcerii sau inacțiunii posibilitatea de a valora consimțământ, adică acceptare, în anumite cazuri, în anume circumstanțe, așa cum învederează art. 1.197 alin. (2) Cod civil.

Astfel, în împrejurări cu totul excepționale, tăcerea poate avea valoarea unei acceptări valabile (*quid tacet consentire videtur*): când, potrivit legii, acordului prealabil al părților, uzanțelor, practicilor statornicite între părți sau altor împrejurări, tăcerea înseamnă acceptare.

²⁰ Chr. Larroumet, *op. cit.*, p. 225, nr. 254.

²¹ J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 101, nr. 150; L. Pop, *op. cit.*, p. 178.

²² I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S. Vidu, *op. cit.*, p. 114.

²³ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 135, nr. 124.

²⁴ Curtea de Casație a Franței, decizia din 25 mai 1870, în *Recueil Dalloz 1870*, nr. 1.257; *idem*, camera I-a civilă, decizia din 23 mai 1979, în *Recueil Dalloz 1979*, p. 488; *idem*, camera comercială, decizia din 16 decembrie 1981, în *Juris Classeur Périodique 1982*, IV, p. 88; *idem*, decizia din 3 decembrie 1985, în *Juris Classeur Périodique 1986*, IV, p. 65; Curtea de Casație a Franței, prima cameră civilă, decizia din 16 aprilie 1996, în *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 894, cu observații de J. Mestre.

De asemenea, în jurisprudență s-a statuat că instanțele au facultatea de a aprecia suveran tăcerea ca valorând acceptare, când oferta s-a făcut în interesul exclusiv al destinatarului²⁵, sub pretextul că, de regulă, nu există niciun motiv ca destinatarul ofertei să o refuze întrucât, din contractul ce urmează a se încheia, acestuia i se nasc numai drepturi (de exemplu, o ofertă de donație).

Cât privește însăși legea, un astfel de caz, în care tăcerea sau inacțiunea destinatarului ofertei valorează acceptare, este legiferat în cuprinsul art. 1.810 Cod civil („Tacita relocațiune”); atitudinea pasivă a locatorului, constând în „nicio împotrivire” vizavi de conduita locatarului care, la expirarea termenului pentru care s-a încheiat contractul de locațiune, continuă să execute contractul, deținând bunul și îndeplinindu-și sarcinile convenționale, valorează acceptarea ofertei făcută de acesta din urmă în sensul încheierii unui nou contract de locațiune, în aceleași condiții ca și primul, însă pe durată nedeterminată.

§ 3. Condițiile acceptării

În privința conținutului său, acceptarea trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

a) să fie pură și simplă, conformă cu oferta (să aibă același obiect cu aceasta), așa cum solicită art. 1.197 alin. (1) Cod civil; cu alte cuvinte, așa cum am învederat deja, acceptarea trebuie să fie făcută fără rezerve pentru ca, întâlnindu-se cu oferta, să formeze contractul; în măsura în care răspunsul dat de destinatarul ofertei cuprinde modificări sau completări care nu corespund ofertei primite, acesta nu valorează acceptare, ci, în condițiile alin. (2) al art. 1.197 Cod civil, în funcție de împrejurări, o contraofertă; credem, alături de alți autori²⁶, că, în speță, trebuie să ne raportăm la dispozițiile art. 1.182 alin. (2) Cod civil, fiind suficient ca destinatarul ofertei, în cazul în care nu se limitează la emiterea unei acceptări într-o formă cât se poate de simplă (de genul „da, accept oferta cu privire la contractul...”), să exteriorizeze un răspuns care să fie într-o concordanță suficientă cu oferta, în așa fel încât, prin întrunirea celor două, să se deceleze elementele esențiale ale contractului ce urmează a fi încheiat, iar acesta să se concluzioneze în acest fel, putându-se lăsa elementele secundare ale acestuia spre a fi convenite ulterior ori spre a fi determinate de către o terță persoană;

b) să fie neîndoielnică, adică să ateste în mod neechivoc intenția destinatarului ofertei de a accepta această ofertă;

c) să nu fie tardivă; este o condiție impusă expres prin prevederile art. 1.196 alin. (1) Cod civil și implicit prin dispozițiile art. 1.197 alin. (1) lit. c) care califică drept o acceptare necorespunzătoare răspunsul destinatarului ofertei, care ajunge la ofertant după ce oferta a devenit caducă, adică după expirarea termenului explicit sau a celui tacit în care oferta trebuia să fie menținută și care este considerat, *de facto*, termen de acceptare, conform art. 1191 alin. (1) și art. 1.193 alin. (1) Cod civil; să se facă în

²⁵ Curtea de Casație a Franței, camera socială, decizia din 17 decembrie 1970, în *Bulletin civile*, V, nr. 722, p. 590; *idem*, camera I-a civilă, decizia din 1 decembrie 1969, în *Revue trimestrielle de droit civil*, 1971, p. 164, cu observații de G. Durry; *idem*, decizia din 10 octombrie 1995, în *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 895, cu observații de J. Mestre.

²⁶ I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S. Vidu, *op. cit.*, p. 113, nota de subsol 2.

termenul stipulat de ofertant (dacă oferta e făcută cu termen) sau în termenul rezonabil în care oferta trebuia să ajungă la destinatar, acesta trebuia să o analizeze și să expedieze acceptarea (dacă oferta a fost făcută fără termen). Cu toate că legiuitorul este destul de explicit când prevede această condiție în cuprinsul art. 1.196 alin. (1) Cod civil, el îi lasă totuși ofertantului posibilitatea exclusivă de a accepta sau nu și o ofertă tardivă, cu consecința realizării contractului; astfel, prin art. 1.198 Cod civil, intitulat marginal „Acceptarea tardivă”, gânditorii acestui act normativ se exprimă: „(1) Acceptarea tardivă produce efecte numai dacă autorul ofertei îl înștiințează de îndată pe acceptant despre încheierea contractului. (2) Acceptarea făcută în termen, dar ajunsă la ofertant după expirarea termenului, din motive neimputabile acceptantului, produce efecte dacă ofertantul nu îl înștiințează despre aceasta de îndată”. În textul legal precitat sunt avansate două ipoteze de lucru: prima, cea descrisă în alin. (1), se referă la acceptarea tardivă propriu-zisă, care a fost făcută după împlinirea termenului de acceptare, adică destinatarul ofertei a emis răspunsul său favorabil după împlinirea acestui termen; într-un asemenea caz, acceptarea nu produce niciun efect decât dacă ofertantul îl înștiințează de îndată pe acceptant în sensul primirii acceptării și al încheierii contractului; secunda, cea cuprinsă în alin. (2), are în vedere acceptarea făcută în termen, dar ajunsă la destinatarul ofertei după expirarea acestuia; cu toate că, potrivit art. 1.200 Cod civil, acceptarea produce efecte numai din momentul în care ajunge la destinatar, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea din motive care nu îi sunt imputabile, și deci, într-o asemenea situație, în care ofertantul primește răspunsul după împlinirea termenului de acceptare, oferta devenind, de drept, caducă, prin neacceptarea sa în termen, totuși, având în vedere faptul că, în speța analizată, destinatarul ofertei a emis acceptarea în termen, dar, din motive care nu îi sunt imputabile, aceasta nu a ajuns la ofertant până la momentul expirării acestuia, legiuitorul îi acordă acceptantului beneficiul unei *veritabile ficțiuni juridice* prin care *acceptarea făcută în termen, dar de care ofertantul nu ia cunoștință în interiorul acestuia, din motive neimputabile acceptantului, este considerată o acceptare ajunsă în termen la autorul ofertei*; într-o astfel de ipoteză, situația este inversată (în beneficiul acceptantului) față de aceea descrisă în alin. (1): contractul se consideră încheiat de îndată ce acceptarea ajunge la ofertant, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea, din motive care nu îi sunt imputabile, iar, dacă acesta din urmă nu mai are interesul de a încheia contractul, trebuie să-l înștiințeze de îndată pe acceptant despre aceasta;

d) să fie emisă în forma cerută de lege pentru valabilitatea contractului final, potrivit art. 1.187 Cod civil, sau „în forma cerută anume de ofertant” [art. 1.197 alin. (1) lit. c) Cod civil], cu precizarea că, în ipoteza în care forma nerespectată era cea solicitată de lege pentru încheierea valabilă a contractului, acceptarea va fi sancționată cu nulitatea absolută²⁷, iar, în cazul în care forma nerespectată era cea solicitată de către ofertant, acceptarea va putea fi recalificată și socotită, după împrejurări, ca o contraofertă [art. 1.197 alin. (2) Cod civil)].

²⁷ *Idem*, p. 114, nr. 77.

§ 4. Retragera acceptării

Asemenea ofertei, și acceptarea poate fi retrasă, cu același efect, în condițiile art. 1.199 Cod civil. Astfel, pentru a fi eficace, retragerea acceptării trebuie să fi ajuns la destinatar, adică la ofertant înaintea sau cel mult concomitent cu acceptarea însăși. După acest moment, al ajungerii acceptării la autorul ofertei, potrivit art. 1.186 Cod civil, contractul este format, așa încât nu se mai poate pune problema retragerii acceptării; aceasta din urmă și-a pierdut identitatea proprie, constituind, împreună cu oferta, acordul de voință generator de contract.

§ 5. Natura juridică a acceptării

Aidoma ofertei, în viziunea gânditorilor Codului civil în vigoare, acceptarea constituie un act juridic unilateral generator de obligații, supus comunicării (art. 1.200, coroborat cu art. 1.326 Cod civil) și care produce efecte „din momentul în care comunicarea ajunge la destinatar, chiar dacă acesta nu a luat cunoștință de aceasta din motive care nu îi sunt imputabile”.

§ 6. Comunicarea ofertei, a acceptării și a revocării

Chiar dacă nici în titlul marginal, nici în cuprinsul art. 1.200 Cod civil, denumit „Comunicarea ofertei, acceptării și revocării”, legislatorul nu face nicio mențiune despre comunicarea retragerii ofertei, potrivit principiului *ubi eadem est ratio, ibi idem solutio esse debet*, apreciem că acest text legal este aplicabil și acestei instituții juridice.

Încadrarea ofertei, a acceptării, a retragerii și a revocării ofertei sau, după caz, a acceptării în categoria mai largă a actelor juridice unilaterale explică consacrarea unei norme juridice speciale problematicii comunicării acestora.

În deplin acord cu prevederile art. 1.326 Cod civil din materia actelor juridice unilaterale, alin. (1) al art. 1200 Cod civil stipulează că toate aceste acte juridice își produc efectele doar din momentul în care ele au ajuns la destinatar, chiar dacă acesta nu a luat cunoștință de ele din motive care nu îi sunt imputabile.

Principiul simetriei în drept își găsește deplina aplicare în alin. (2) al art. 1.200 Cod civil, care prevede necesitatea comunicării acceptării prin mijloace cel puțin la fel de rapide precum cele folosite de ofertant, cu excepția cazului în care din lege, din acordul părților, din practicile statornicite între acestea sau din alte asemenea împrejurări, nu rezultă contrariul.

D. Momentul încheierii contractului

1. Importanță

Determinarea momentului încheierii contractului prezintă importanță din următoarele puncte de vedere²⁸:

- a) viciile de consimțământ se apreciază la acest moment;
- b) capacitatea părților se apreciază la data încheierii contractului;
- c) problema caducității se pune în legătură cu evenimente petrecute anterior acestui moment (se poate aprecia dacă oferta a devenit caducă, în situația în care ofertantul moare între timp sau cade în incapacitate și, tot astfel, dacă acceptantul moare sau devine incapabil înainte ca acceptarea să ajungă la ofertant);
- d) revocarea tardivă a ofertei sau a acceptării primește considerare (este calificată ca atare) în funcție de momentul încheierii contractului;
- e) dacă s-a făcut aceeași ofertă succesiv, către mai multe persoane, va fi considerat valabil contractul care s-a încheiat primul;
- f) din momentul încheierii contractului încep să curgă efectele juridice în vederea producerii cărora părțile și-au manifestat voința de a contracta;
- g) la acest moment se apreciază pretul curent;
- h) numai creditorii chirografari anteriori momentului încheierii unui contract fraudulos beneficiază de exercitiul acțiunii pauliene, nu și cei posteriori acestui moment;
- i) în raport de acest moment se soluționează conflictele de legi în timp
- j) momentul încheierii contractului este, de regulă, și locul încheierii acestuia etc.

Pentru determinarea momentului încheierii contractului trebuie să facem aceeași distincție pe care însuși legiuitorul o face, tratând, cum este și firesc, de altfel, în mod deosebit, problema momentului încheierii contractului între persoane prezente de aceea a momentului încheierii contractului între persoane neprezente, caz în care, ofertantul și acceptantul neaflându-se, concomitent, în același loc și necomunicând în timp real, încheie contractul prin corespondență. În plus, tot în aceeași materie, mai putem discuta și despre încheierea contractului ca urmare a acceptării tacite a ofertei, prin executarea contractului de către acceptant sau prin alt mod, implicit, care indică intenția sa de a accepta.

2. Determinarea momentului încheierii contractului între persoane prezente

Problema este tranșată parțial de art. 1.194 Cod civil și parțial de art. 1.191 din același act normativ.

Astfel, potrivit art. 1.194 alin. (1) Cod civil, care se preocupă de oferta fără termen adresată unei persoane prezente, aceasta, pentru a-și produce efectele, trebuie acceptată de îndată. Adică, aproape simultan cu oferta, trebuie să survină și acceptarea pentru ca, în acest fel, să se formeze acordul de voință al părților, generator de contract. În această situație, momentul formării contractului coincide cu acela al declarării acceptării ofertei, integral, pur și simplu, fără rezerve. În caz contrar, dacă oferta fără termen de acceptare

²⁸ T.R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968, p. 79; C. Stătescu, C. Bârsan, *Dreptul civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1993; I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S. Vidu, *op. cit.*, p. 117; L. Pop, *op. cit.*, p. 184; Chr. Larroumet, *op. cit.*, p. 243; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 171; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 108-109.

adresată unei persoane prezente nu este acceptată de îndată, aceasta rămâne fără efecte, ceea ce înseamnă că devine caducă, ipoteza fiind asimilabilă (prin jocul principiului *ubi eadem est ratio, ibi idem solutio esse debet*), în opinia noastră, aceleia în care caducitatea ofertei intervine ca urmare a refuzului acesteia de către destinatarul său, reglementată de art. 1.195 alin. (1) lit. b) Cod civil. Datorită posibilităților părților de a comunica aproape în timp real prin mijloacele moderne de comunicare la distanță (telefon, fax, email, spre exemplu) oferta astfel făcută, prin asemenea mijloace, este asimilată de către legiuitor, în cuprinsul art. 1.194 alin. (2) Cod civil, aceleia adresate unei persoane prezente, motiv pentru care, pentru identitate de rațiune, i se aplică același regim juridic ca și acesteia.

Art. 1.191 Cod civil are în sfera sa de preocupare oferta cu termen de acceptare, fără a decela însă după cum aceasta este adresată unei persoane prezente sau, dimpotrivă, uneia absente, aflate la distanță. În oricare dintre împrejurări, studiind momentul încheierii contractului, trebuie să ne raportăm la acel moment în care intervine declararea acceptării ofertei. Dacă, la data respectivă, acceptantul se află față în față cu ofertantul, contractul se încheie automat, prin întâlnirea concordantă a acceptării cu oferta. Dacă însă, la momentul acceptării ofertei, acceptantul se află la distanță, vom determina momentul încheierii contractului după aceleași reguli ca și în cazul ofertei fără termen adresate unei persoane absente.

3. Determinarea momentului încheierii contractului între persoane absente

Determinarea momentului încheierii contractului presupune, așa cum am văzut deja, decelarea acelui moment în care oferta și acceptarea se întâlnesc concordant. Problema apare în termeni destul de simpli, astfel cum am învederat mai sus, în cazurile în care ofertantul și acceptantul se află față în față sau, dacă nu, cel puțin comunică în timp real, prin mijloace de comunicare moderne, care asigură această posibilitate (telefon, fax etc.).

Dacă însă, încă sub imperiul vechilor legiuiri (Codul civil de la 1864, Codul comercial 1887, aflate în vigoare, ambele, până la data de 1 octombrie 2011) se vorbea despre încheierea contractelor la distanță, între persoane care nu se află față în față sau care nu comunică prin astfel de mijloace moderne de comunicare prin care să se asigure schimbul de informații în timp real, realitățile socio-economico-juridice de astăzi, precum și posibilitățile tehnologice impun, cu atât mai mult, necesitatea unei astfel de discuții, dar, mai ales, reglementarea amănunțită a acestei situații.

Problema se ridică în acele situații în care părțile, aflându-se la distanță, în procesul transmiterii reciproce a ofertei și a acceptării, nu utilizează mijloace de comunicare prin care schimbul de informații se realizează în timp real, ci folosesc poșta, curierul, telegraful, telexul sau alte mijloace de comunicare ce determină scurgerea unui interval de timp între expedierea ofertei și cunoașterea acceptării de către ofertant.

La interogația: „într-un astfel de caz, care este momentul încheierii contractului?”, doctrina juridică a construit un răspuns bazat pe mai multe teorii:

- a) *teoria emisiunii (declarațiunii acceptării);*
- b) *teoria expedierii acceptării;*
- c) *teoria recepțiunii acceptării;*
- d) *teoria informațiunii sau a luării la cunoștință asupra acceptării.*

a) *Teoria emisiunii (declarațiunii acceptării)*. Potrivit acestei teorii, contractul se consideră încheiat în momentul acceptării ofertei, adică în momentul în care destinatarul hotărăște a da curs ofertei, chiar dacă voința de acceptare nu a fost încă expediată ofertantului.

Această teorie prezintă două serioase neajunsuri:

- hotărârea de a accepta este un element psihologic, lăuntric, foarte greu de dovedit;
- ofertantul nu a luat încă cunoștință de acceptare, ceea ce înseamnă că voințele părților nu s-au unit și că deci nu s-a format acordul de voință și nu se poate vorbi de încheierea contractului.

b) *Teoria expedierii acceptării*. Conform acestei teorii, contractul se consideră încheiat în momentul în care destinatarul ofertei expediază în scris acceptarea acesteia (prin scrisoare obișnuită sau recomandată, ori prin telegramă, spre exemplu), chiar dacă aceasta nu a ajuns încă la ofertant. Este adevărat că această teorie înlătură neajunsul constând în dificultatea dovedirii momentului respectiv, pentru că proba acestuia se face cu data ștampilei unității postale de expediție. Rămâne însă celălalt neajuns: voințele părților nu s-au întâlnit încă, la acest moment, deci, nu s-a realizat acordul de voință și nu s-a încheiat contractul. Mai mult, până la data ajungerii acceptării la emitentul ofertei, acceptarea poate fi retrasă, împiedicându-se astfel încheierea contractului.

c) *Teoria recepțiunii acceptării*. Se consideră, în baza acestei teorii, că momentul încheierii contractului este momentul în care acceptarea a ajuns la adresa ofertantului, fiind suficient ca plicul ce conține corespondența să fie pus în cutia poștală, predată la poartă, la secretariat sau la serviciul de curier al întreprinderii. În acest moment, acceptarea se definitivează, nemaiputând fi revocată. Același neajuns se poate constata și în cazul acestei teorii. Este foarte probabil ca ofertantul să nu poată lua efectiv cunoștință de acceptare în momentul sau în ziua când aceasta a fost adusă la domiciliul sau reședința sa, din diferite motive (plecat în delegație, în excursie, internat în spital, scrisoarea a fost rătăcită etc.), ceea ce face să nu se poată uni voințele părților în acel moment. Cu toate acestea, sistemul recepțiunii acceptării este cel mai frecvent utilizat sistem în dreptul modern comparat, fiind adoptat de toate proiectele majore de codificare europeană.

d) *Teoria informațiunii sau a luării la cunoștință asupra acceptării*. Conform acestei teorii, contractul se consideră încheiat în momentul în care ofertantul a luat efectiv cunoștință de acceptare, deschizând plicul ce conține corespondența. Într-adevăr, acesta este momentul când voințele părților s-au unit (când s-a realizat acordul de voință al părților). Această teorie a fost îmbrățișată în sistemul nostru de drept sub imperiul fostului art. 35 alin. (1) din Codul comercial 1887, care se aplica, prin analogie, și în dreptul civil, în lipsa unei reglementări exprese, în acest sens, în cuprinsul Codului civil 1864. Și acest sistem prezintă însă inconvenientul că încheierea contractului se afla, de această dată, la discreția ofertantului care, deși a primit corespondența privind acceptarea ofertei sale, nu ia cunoștință de îndată despre aceasta. Mai mult, chiar în ipoteza primirii corespondenței, din dorința de a fraudă interesele acceptantului, ofertantul ar putea susține că nu a luat la cunoștință despre conținutul acesteia. Din acest motiv, doctrina juridică autohtonă, dar și practica judiciară au operat cu prezumția simplă conform căreia odată ce corespondența a intrat în cutia poștală a emitentului ofertei, acesta este prezumat că a luat la cunoștință imediat despre conținutul acceptării. În acest fel, neajunsurile principale ale acestui sistem, care s-a dovedit a fi cel mai apropiat de realitate,

au fost surmontate. Practic, s-a realizat un sistem eclectic, din conjugarea celui al *recepțiunii acceptării* cu cel al *luării la cunoștință despre conținutul acceptării*. Potrivit acestuia, contractul se considera încheiat la momentul în care plicul ce conținea corespondența privind acceptarea intra în cutia poștală a emitentului ofertei, acesta fiind prezumat, chiar de la acel moment, că a luat cunoștință despre conținutul corespondenței privind acceptarea. Dovada datei respective se făcea cu data ștampilei oficiului poștal de intrare de la locul primirii corespondenței de către ofertant, aplicate pe plicul respectiv.

Codul civil actual a îmbrățișat, *expressis verbis*, acest sistem eclectic bazat pe *sistemul recepțiunii acceptării* căruia i se aplică, pentru corijare, *prezumția legală absolută*, de data aceasta, a luării la cunoștință despre conținutul corespondenței privind acceptarea de îndată ce aceasta ajunge la ofertant.

Astfel, potrivit art. 1.186 alin. (1) Cod civil, „Contractul se încheie în momentul și în locul în care acceptarea ajunge la ofertant, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea din motive care nu îi sunt imputabile”. Așadar, de îndată ce corespondența privind acceptarea ajunge la ofertant, contractul se consideră încheiat, împotriva acestei prezumții neputându-se face nicio probă, căci, potrivit textului legal precitat, chiar dacă emitentul ofertei face dovada unui fapt extern neimputabil lui din pricina căruia nu a putut lua cunoștință despre conținutul acceptării, aceasta nu împieteaază cu nimic asupra stabilirii momentului încheierii contractului, care este acela atestat de către data aplicată prin ștampilă pe plicul cu corespondența, de către oficiul poștal de la locul primirii corespondenței de către ofertant.

Deci, potrivit sistemului adoptat de către Codul civil în vigoare, *riscul informării* aparține ofertantului (care este prezumat a fi informat din momentul în care corespondența cu acceptarea a ajuns la el), iar *riscul comunicării* aparține acceptantului [care este ținut, conform art. 1.200 alin. (2) Cod civil, să utilizeze, pentru comunicarea acceptării, mijloace cel puțin la fel de rapide ca și cele folosite de ofertant, dacă din lege, din uzanțe ori din convenție nu rezultă contrariul]; neajungerea în termenul de acceptare a acceptării la ofertant, chiar dacă aceasta a fost corect expediată, este pe riscul acceptantului, cu excepția cazului în care, potrivit art. 1.198 alin. (2) Cod civil.

4. Momentul încheierii contractului prin acceptarea implicită (tacită) a ofertei

Cât privește acceptarea tacită sau implicită a ofertei, însuși legiuitorul, așa cum am văzut deja, o prevede ca pe o posibilitate validă de exteriorizare a voinței privind acceptarea de către destinatarul ofertei, în cuprinsul art. 1.196 alin. (1) fraza I Cod civil, când stipulează: „orice act sau fapt al destinatarului constituie acceptare dacă indică în mod neîndoielnic acordul său cu privire la ofertă, astfel cum aceasta a fost formulată, și ajunge în termen la autorul ofertei”. Textul se completează însă, în fraza a doua a sa, cu precizarea „dispozițiile art. 1.186 rămân aplicabile”.

Așadar, pentru a determina momentul încheierii contractului prin mecanismul acceptării tacite neechivoce a ofertei, trebuie să raportăm textul art. 1.196 alin. (1) fraza I Cod civil, pe de o parte, la alin. (1) al art. 1.186 din același act normativ și, pe de altă parte, la art. 2 din același text legal.

Obținem în acest fel *două variante* de decelare a momentului încheierii contractului într-un astfel de caz.

a) *Prima* dintre acestea descrie soluția relevată de coroborarea art. 1.196 alin. (1) fraza I cu art. 1.186 alin. (1) Cod civil: în lipsa unei prevederi exprese în cuprinsul

ofertei, a unor practici statornicite între părți, a uzanțelor în domeniu, a incidenței naturii afacerii ori a înțelegerii prealabile a părților privind momentul încheierii contractului prin acceptarea implicită a ofertei, astfel cum aceasta a fost formulată, manifestarea de voință a acceptantului trebuie să ajungă, în orice formă și în termenul stabilit (expres sau implicit) pentru acceptare, la cunoștința ofertantului; în acest caz, contractul se consideră încheiat în momentul în care ofertantul a fost înștiințat despre actul sau despre faptul destinatarului, care indică în mod neîndoielnic acordul său fără rezerve cu privire la ofertă; în speță, este aplicat deci *sistemul recepțiunii acceptării* de către ofertant a informației cu privire la faptul executării contractului, așa cum acesta a fost propus prin ofertă, sau la oricare alt act sau fapt care este în măsură să dovedească în mod neechivoc, concludent, intenția destinatarului de a accepta oferta; poate fi vorba, într-o astfel de situație, despre executarea propriu-zisă a contractului, dovedită prin livrarea efectivă a mărfii sau prin plata prețului despre care ofertantul este înștiințat (de plildă, prin transmiterea pe email a ordinului de plată²⁹).

b) A doua variantă de determinare a momentului încheierii contractului prin acceptarea tacită, dar neechivocă, a ofertei rezultă din coroborarea art. 1.196 alin. (1) fraza I cu art. 1.186 alin. (2) Cod civil: contractul se consideră încheiat în momentul în care destinatarul ofertei săvârșește un act sau un fapt concludent, care dovedește acceptarea neechivocă și fără rezerve a ofertei, chiar dacă ofertantul nu este înștiințat în acest sens, însă numai în cazul în care, în temeiul ofertei, al practicilor statornicite între părți, al uzanțelor sau potrivit naturii afacerii, acceptarea se poate face în acest mod; în această situație, *momentul încheierii contractului coincide cu primul act de executare*³⁰ (primul act sau fapt concludent care indică în mod neîndoielnic acordul destinatarului cu privire la ofertă); un astfel de exemplu îl poate constitui acceptarea mandatului, despre care legiuitorul afirmă, în cuprinsul art. 2.013 alin. (1) ultima propoziție, că „poate rezulta și din executarea sa de către mandatar”.

E. Locul încheierii contractului

Observând titlul marginal al art. 1.186 Cod civil – „Momentul și locul încheierii contractului” -, vom concluziona că locul încheierii contractului se determină după aceleași reguli ca și momentul încheierii acestuia. Așadar, locul încheierii contractului va fi locul în care s-a realizat acordul de voință, locul confluenței dintre ofertă și acceptarea fără rezerve a acesteia.

În privința contractelor încheiate între persoane prezente, aflate față în față, determinarea locului încheierii contractului nu ridică niciun fel de probleme: acesta este locul în care cele două părți contractante se află la momentul realizării acordului de voință.

Dacă, din punctul de vedere al momentului încheierii contractului, persoanele care, deși absente, fac schimb de informații prin mijloace moderne de comunicare, prin intermediul cărora oferta și acceptarea acesteia sunt percepute în timp real raportat la momentul emiterii lor, sunt asimilate persoanelor prezente, din perspectiva locului

²⁹ L. Pop, I. F. Popa, S. Vidu, *op. cit.*, p. 120.

³⁰ *Ibidem*.

încheierii contractului, acest lucru nu se mai poate întâmpla; astfel, aceste persoane, aflându-se la distanță una față de cealaltă, sunt considerate persoane absente, iar locul încheierii contractului, în acest caz, va fi acela de unde vorbește ofertantul, potrivit sistemului recepțiunii acceptării.

Dacă este vorba tot despre persoane absente, dar care, de data aceasta, comunică prin alte mijloace decât cele capabile să asigure un schimb de informații în timp real, raportându-ne tot la același sistem al recepțiunii acceptării ofertei, locul încheierii contractului va fi acela în care ofertantul primește corespondența cu acceptarea (domiciliul sau sediul său, reședința sa, alt loc stabilit de el în acest sens și adus la cunoștința destinatarului ofertei ori prin chiar conținutul acesteia ori sub o altă modalitate, inclusiv prin practici statornicite între cele două părți).

Cât privește contractele solemne, acestea se încheie la locul în care se realizează formalitățile solicitate de lege pentru încheierea lor valabilă.

Contractele reale, pe de altă parte, se încheie la locul remiterii materiale a bunului care face obiectul lor, căci doar la acel moment aceste contracte se încheie valabil, prin conjugarea acordului de voință al părților cu predarea efectivă a bunului.

Sesizarea organului de executare și încuviințarea executării silită în reglementarea noului Cod de procedură civilă

Asist. univ. dr. Nicolae-Horia ȚIȚ
Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza Iași



Execution and approval to the relevant enforcement in regulation of the new Code of civil procedure

Abstract: The new Civil Procedural Code regulates in a detailed manner the enforcement proceedings, which starts with an application for enforcement formulated by the creditor and addressed to the executor. Under the new Civil Procedural Code the procedure for the enforcement of the title is eliminated and is included in the procedure for the approval of the enforcement by the court.

The article analyzes in the first part of the enforcement procedure, namely, in the application for enforcement, the registration of this application made by the executor and the procedure in front of the court for the approval of the enforcement. The legislative changes applied in comparison with the former of Civil Procedure Code are observed, problems of time application are identified and solutions for a better regulation are suggested.

Keywords: Enforcement, application for enforcement, the commencement of the enforcement, the approval of the enforcement.

§ 1. Cererea de executare silită

Procesul civil este guvernat de principiul disponibilității, putând fi pornit numai la cererea celui interesat sau, în cazurile anume prevăzute de lege, la cererea altei persoane ori entități¹. Art. 9 C. pr. civ. prevede, în mod expres, această regulă generală, care se aplică tuturor fazelor procesului civil, respectiv atât fazei de judecată (*cognitio*), cât și fazei de executare (*executio*). Incluzând în noțiunea de proces și faza de executare, stabilim aplicabilitatea principiului disponibilității cu privire la această fază².

¹ S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, *Tratat de executare silită*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 59.

² Sub acest aspect, în practica anterioară a Curtii Constituționale s-a reținut că „Procesul civil constituie activitatea desfășurată de instanță, părți, organe de executare și alte persoane sau organe

Regula generală a disponibilității își găsește aplicarea în dispozițiile art. 663 alin. (1) C. pr. civ., potrivit cu care „executarea silită poate porni numai la cererea creditorului, dacă prin lege nu se prevede altfel”. Posibilitatea ca legea să instituie excepții de la această regulă trebuie înțeleasă în dublu sens: pe de o parte, posibilitatea ca legea să prevadă ca executarea silită să pornească la cererea altei persoane, nu a creditorului (sub acest aspect, spre exemplu, executarea poate fi cerută de procuror, în temeiul art. 92 alin. (5) C. pr. civ. sau de către creditorii creditorului, pe calea acțiunii oblice); pe de altă parte, posibilitatea ca legea să prevadă situații în care executarea ar avea loc fără a fi necesară cererea unei persoane, creditor sau altă persoană, după caz³.

Cererea de executare silită poate fi formulată de către creditor personal sau prin reprezentant, legal sau convențional, instituției reprezentării în faza de executare silită fiindu-i aplicabilă reglementarea generală prevăzută de art. 80 și urm. C. pr. civ., respectiv de art. 151 C. pr. civ.

Cererea de executare silită trebuie să îndeplinească anumite cerințe, intrinseci și extrinseci. Cu privire la prima categorie de condiții, art. 663 alin. (3) C. pr. civ. face trimitere la art. 148 C. pr. civ., precizând că pe lângă aceste mențiuni generale, cererea trebuie să cuprindă numele, prenumele și domiciliul sau, după caz, denumirea și sediul creditorului și debitorului, bunul sau, după caz, felul prestației datorate, modalitățile de executare solicitate de creditor⁴.

Sub aspectul mențiunilor prevăzute de art. 148 C. pr. civ., un prim element pe care cererea de executare silită trebuie să îl cuprindă este indicarea executorului căruia îi este adresată. Alegerea executorului judecătoresc reprezintă facultatea creditorului, aceasta având posibilitatea să investească cu cererea de executare oricare executor judecătoresc competent potrivit art. 651 C. pr. civ. Remarcăm faptul că, dacă sub imperiul Codului de procedură civilă 1865 schimbarea executorului judecătoresc reprezenta o chestiune controversată, în reglementarea noului Cod de procedură civilă creditorul are posibilitatea ca, ulterior învestirii unui executor, să solicite înlocuirea executorului judecătoresc, potrivit art. 652 alin. (4) C. pr. civ.

Cererea de executare silită trebuie să cuprindă, potrivit art. 148 C. pr. civ., numele, prenumele domiciliul sau reședința părților, ori după caz, denumirea și sediul lor. Sub acest aspect, apreciem ca nefiind necesară precizarea de la art. 663 alin. (3) lit. a), respectiv aceea că cererea de executare silită trebuie să cuprindă, în afara mențiunilor prevăzute la art. 148 C. pr. civ., numele, prenumele și domiciliul sau, după caz, denumirea și sediul creditorului și debitorului, deoarece aceste mențiuni oricum erau cuprinse în

care participă la înfăptuirea de către instanțele judecătorești a justiției în cauzele civile, în vederea realizării sau stabilirii drepturilor și intereselor civile deduse judecății și executării silite a hotărârilor judecătorești și a altor titluri executorii. Așadar, procesul civil parcurge două faze: judecata și executarea silită, aceasta din urmă intervenind în cazul hotărârilor susceptibile de a fi puse în executare cu ajutorul forței de constrângere a statului sau a altor titluri executorii, în măsura în care debitorul nu își execută de bunăvoie obligația.” (Decizia Curții Constituționale nr. 458/2009, publicată în M. Of. nr. 256 din 17 aprilie 2009).

³ Sub acest aspect, atragem atenția că noul Cod de procedură civilă nu mai conține o dispoziție similară art. 453 alin. (2) din Codul de procedură civilă 1865, care prevedea înființarea din oficiu a poprii în cazurile prevăzute de lege.

⁴ G. Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Vol. II, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 145.

cerere potrivit art. 148, noțiunea de parte în procedura de executare silită fiind clarificată de art. 644 alin. (1) C. pr. civ., respectiv creditorul și debitorul. Prin urmare, din moment ce art. 148 alin. (1) C. pr. civ. prevede că cererea trebuie să cuprindă numele, prenumele, domiciliul sau reședința părților, sau după caz denumirea și sediul lor, iar părțile în procedura de executare silită sunt creditorul și debitorul, apreciem că nu mai era necesară mențiunea de la art. 663 alin. (3) lit. a).

Indicarea în cererea de executare silită a numelui și prenumelui sau, după caz, a denumirii părților are o importanță deosebită, acestea constituind una dintre laturile cadrului execuțional, stabilit de către creditor. Desigur, aceste elemente trebuie să corespundă cu titlul executoriu, în caz contrar cererea de executare este lipsită de temei. Este însă posibil ca prin cerere creditorul să restrângă cadrul execuțional, solicitând punerea în executare față doar de unul dintre debitori, deși titlul i-ar fi dat posibilitatea de a începe executarea față de mai mulți debitori. Un exemplu în acest sens poate fi reprezentat de situația debitorului și a fidejursorului. În cazul în care cererea de executare silită este formulată de către creditor doar cu privire la debitor, executorul nu poate, pe parcursul executării silite, să lărgescă cadrul acesteia, adică să pornească executarea silită împotriva unui nou debitor, fără a fi investit în acest sens printr-o cerere de executare de către creditor⁵. Efectuarea de acte de executare împotriva fidejursorului, fără a exista o cerere de executare în acest sens, reprezintă o încălcare evidentă a principiului disponibilității, cu atât mai mult cu cât în faza executării silite nu există coparticipare

⁵ Sub acest aspect, sub imperiul Codului de procedură civilă 1865 s-a reținut în jurisprudență că „La data de 21 martie 2005 creditoarea R.B. S.A. a solicitat executorului bancar începerea executării silite împotriva debitorului N.C. în baza contractului de credit nr. n/04.12.2002. Prin încheierea din 11 martie 2005 pronunțată de Judecătoria Iași s-a dispus investirea cu formulă executorie a contractului amintit.

Somațiile privind executarea silită au fost comunicate debitorului N.C.

La data de 30 mai 2007 a fost emisă o somație către contestatorul B.P.M.

În dosarul de executare nu există însă o cerere a creditorului pentru începerea procedurii executării silite față de debitorul B.P.M.

Conform art. 373¹ C. pr. civ. cererea de executare silită se depune la executorul judecătoresc dacă legea nu dispune altfel.

În contractul de credit nr. n/2002, contestatorul este înscris în calitate de girant, debitor fiind N.C.

Eronat susține intimata R.B. S.A. că executarea silită a fost începută împotriva debitorului și a girantului atâta timp cât cererea formulată se referă doar la debitor.

Faptul că girantul a declarat că se angajează în solidar cu debitorul la restituirea creditului se apreciază în cadrul raportului juridic de drept material dintre părți și nu pe plan procesual. Executarea silită, ca parte a procesului civil, se supune regulilor prevăzute de art. 371 ș.u. din C.pr. civ., iar solidaritatea debitorilor din dreptul material nu se transpune și pe plan procesual, după cum corect susține recurentul.

Se constată astfel că executarea silită începută împotriva contestatorului B.P.M. este în afara cadrului legal, aspect pe care instanța de fiind nu l-a reținut și care justifică anularea actelor de executare emise împotriva acestuia.

Prima instanță a avut în vedere doar somația nr. 232 ca act începător de executare, fără a verifica dacă există și cerere de executare a creditorului în raport de acest debitor.

Sub acest aspect, se consideră că recursul este întemeiat și va fi admis conform art. 304 pct. 9 C. pr. civ.”

(Decizia civilă nr. 2210 din 3 noiembrie 2010 a Tribunalului Iași, nepublicată).

pasivă, adică nu poate fi purtată o executare împotriva mai multor debitori, în același dosar de executare.

Faptul că, în cadrul raportului juridic de drept material există o solidaritate pasivă între debitor și fidejutor nu înseamnă că în mod automat, această solidaritate se va regăsi și pe plan procesual sau execuțional. Situația este similară cu aceea în care reclamantul formulează o cerere de chemare în judecată doar față de debitor. Instanța nu poate să pronunțe o hotărâre decât în contradictoriu cu debitorul respectiv, nu și cu fidejutorul, chiar dacă, potrivit contractului încheiat între părți, acesta s-a obligat în solidar cu creditorul. *Mutatis mutandis*, în faza executării, un codebitor sau un fidejutor solidar nu poate fi executat, chiar dacă creditorul are titlu executoriu și împotriva acestuia, decât în măsura în care s-a formulat o cerere de executare în acest sens.

În cazul unei coparticipări active, cererea trebuie să cuprindă numele tuturor creditorilor, în caz contrar putând fi pusă la îndoială voința acestora de a declanșa executarea silită. De asemenea, trebuie avută în vedere posibilitatea intervenirii unei transmisiuni a calității de creditor anterior sesizării organului de executare. În acest caz, cererea de executare va cuprinde numele și prenumele sau, după caz, denumirea persoanelor care au devenit creditor ca urmare a cesiunii⁶.

Arătarea domiciliului sau sediului părții reprezintă, de asemenea, mențiuni importante în cuprinsul cererii de executare în primul rând pentru a se putea efectua comunicările necesare. În ceea ce îl privește pe creditor, deși nici art. 148 C. pr. civ., nici art. 663 C. pr. civ. nu prevăd în mod expres, apreciem că, în cazul în care acesta are domiciliul sau sediul în străinătate, trebuie să indice în cerere domiciliul ales în România unde urmează să i se facă toate comunicările, conform art. 194 lit. a), teza finală⁷. În ceea ce îl privește pe debitor, în cerere trebuie indicat domiciliul actual al acestuia, respectiv domiciliul la care acesta locuiește la momentul cererii de executare, rațiunea fiind aceea de a se putea realiza procedurile de comunicare pe care procedura execuțională le presupune.

În al doilea rând, indicarea domiciliului sau, după caz, sediului debitorului este importantă, deoarece în cazul urmăririi silite a bunurilor mobile și al executării silite directe mobiliare, competența executorului judecătoresc se stabilește în funcție de acest domiciliu sau sediu.

Potrivit art. 148 alin. (1) teza finală C. pr. civ., cererea va cuprinde, dacă este cazul, obiectul, și adresa electronică sau coordonatele care au fost indicate în acest scop de părți, precum numărul de telefon, numărul de fax ori altele asemenea.

Dacă în ceea ce privește indicarea numelui, prenumelui și domiciliului ori, după caz, a denumirii și sediului părților, acestea au caracter obligatoriu, indicarea celorlalte date de contact are caracter facultativ, legiuitorul folosind sintagma „dacă este cazul”. Cu alte cuvinte, aceste mijloace de comunicare vor putea fi folosite numai în măsura în care partea dispune și înțelege să se folosească de ele⁸. Astfel, apreciem că în cererea de

⁶ Sub acest aspect, art. 644 alin. (2) C. pr. civ. face referire la transmiterea calității de creditor sau de debitor în cursul executării silite, însă apreciem că, cel puțin în ceea ce îl privește pe creditor, aceasta poate opera și înainte de sesizarea organului de executare, potrivit dreptului comun.

⁷ E. Oprina, I. Gârbulet, *Tratat teoretic și practic de executare silită, Vol. I Teoria generală și procedurile execuționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 390.

⁸ D. Atasiei, H. Țiț, *Mica reformă în justiție, Legea nr. 202/2010 comentată*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, 2011, p. 19.

executare creditorul va putea să precizeze propriile date de contact. În ceea ce îl privește pe debitor, indicarea în cererea de executare a datelor de identificare menționate trebuie dublată de dovedirea acestora de către creditor.

O altă mențiune în cuprinsul cererii de executare se referă la numele și prenumele, domiciliul sau reședința reprezentanților părților. Sub acest aspect, în cazul reprezentării convenționale, trebuie reținut că în cazul în care titlul executoriu este o hotărâre judecătorească, iar debitorul a fost reprezentat în faza de judecată, mandatul încetează odată cu pronunțarea hotărârii, așa încât în cererea de executare silită va trebui indicat domiciliul debitorului. Prin urmare, în cerere va putea fi eventual indicat reprezentantul creditorului, urmând ca ulterior declanșării procedurii execuționale debitorul să poată să recurgă la un reprezentant⁹. În cazul reprezentării legale, creditorul are obligația de a indica și reprezentantul legal al debitorului, deoarece drepturile și obligațiile acestuia nu vor putea fi exercitate decât prin reprezentant.

Obiectul cererii de executare este reprezentat de obligația care trebuie pusă în executare. Sub acest aspect, art. 663 alin. (3) lit. b) prevede: cererea de executare trebuie să facă referire și la „bunul sau, după caz, felul prestației datorate”. Apreciem că deși lapidară, formularea legiuitorului trebuie înțeleasă în sensul că în cererea de executare trebuie individualizată creanța ce urmează să fie pusă în executare, în conformitate cu dispozițiile titlului executoriu. Această mențiune este importantă, deoarece reprezintă cea de-a doua coordonată (alături de cea referitoare la părți) a cadrului execuțional, care de asemenea intră sub incidența principiului disponibilității. Chiar dacă titlul executoriu cuprinde mai multe creanțe, dar creditorul solicită executarea doar a uneia dintre acestea, executorul nu poate pune în executare toate creanțele cuprinse în titlul fără a exista o cerere a creditorului în acest sens.

Apreciem că deși art. 663 C. pr. civ. nu menționează în mod expres, cererea de executare silită trebuie să cuprindă în mod obligatoriu arătarea titlului executoriu. Potrivit art. 632 C. pr. civ. titlul executoriu reprezintă temeiul executării silite, iar potrivit art. 148 C. pr. civ., în cerere trebuie indicate motivele acesteia. Motivarea cererii este reprezentată tocmai de indicarea temeiurilor acesteia, mai exact indicarea temeiului obligației (creanței) a cărei executare se cere. Or temeiul creanței și al întregii executări este reprezentat de titlul executoriu. Noțiunea de executare precum și încuviințarea executării este strâns legată de noțiunea de titlu, așa cum vom arăta și în continuare.

O ultimă mențiune în cuprinsul cererii de executare silită este cea referitoare la modalitățile de executare solicitate de creditor. Ca regulă generală, această mențiune nu este obligatorie, în lipsa ei prezumându-se că prin cererea sa creditorul a avut intenția de a investi executorul cu executarea în orice modalitate prevăzută de lege¹⁰. Această interpretare, aplicabilă în cazul executării silite indirecte, rezultă implicit din dispozițiile art. 665 alin. (3) C. pr. civ., care, așa cum vom arăta și mai jos, cu privire la cuprinsul încheierii de încuviințare a executării silite, prevede că aceasta va cuprinde, *inter alia*, modalitatea concretă de executare, atunci când s-a solicitat expres aceasta. *Per a contrario*, legea permite și situația în care nu se solicită în mod expres o modalitate de executare,

⁹ E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 389-390.

¹⁰ Pentru opinia contrară, a se vedea I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Vol. II, Ed. Universul Juridic, București, p. 68.

în acest caz încuviințarea executării silită permițând creditorului să ceară executorului judecătoresc să recurgă, simultan ori succesiv, la toate modalitățile de executare prevăzute de lege, potrivit art. 665 alin. (4) C. pr. civ.

De la această regulă generală, legea instituie excepții în materia urmăririi veniturilor generale ale imobilelor, respectiv în cazul urmăririi imobiliare. Astfel, potrivit art. 800 alin. (2) C. pr. civ., în cazul cererii de urmărire a veniturilor generale ale imobilelor, creditorul trebuie să indice în mod expres în cerere imobilul ale cărui venituri se urmăresc, ceea ce presupune, în mod evident, și indicarea expresă a acestei modalități de urmărire. Deși legea nu prevede în mod expres, aceeași soluție considerăm că trebuie adoptată și în cazul cererii de urmărire silită imobiliară, în caz contrar neputând fi determinată competența executorului judecătoresc sesizat și nici a instanței de executare, așa cum vom arăta și mai jos. În această materie, cu privire la instanța de executare, legea stabilește, la art. 819 C. pr. civ., o regulă specială, derogatorie de la cea de drept comun, prevăzută de art. 650 alin. (1) C. pr. civ. Astfel, dacă potrivit regulii generale, instanța de executare este judecătoria în circumscripția căreia se află biroul executorului judecătoresc care face executarea, potrivit art. 819 C. pr. civ., instanța de executare în cazul urmăririi imobiliare (executării silită indirecte imobiliare) este cea în circumscripția căreia se află imobilul, aceasta fiind cea competentă să încuviințeze executarea, așa cum vom arăta și mai jos. Prin urmare, pentru a se putea determina în primul rând competența executorului judecătoresc, potrivit art. 651 alin. (1) lit. a) C. pr. civ. și în al doilea rând competența instanței de executare conform art. 819 C. pr. civ., trebuie ca în cererea de urmărire imobiliară să fie precizată modalitatea de executare, cu indicarea bunului imobil. De altfel, această concluzie este în acord cu dispozițiile art. 663 alin. (3) lit. b) C. pr. civ., la care art. 818 C. pr. civ. face trimitere.

Condițiile extrinseci ale cererii de executare silită sunt prevăzute de art. 663 alin. (4) C. pr. civ., potrivit cu care la cerere se vor atașa titlul executoriu în original sau în copie legalizată, după caz, și dovada achitării taxelor de timbru, inclusiv timbrul judiciar, precum și, dacă este cazul, înscrisurile anume prevăzute de lege.

Principala cerință extrinsecă cererii de executare este cea referitoare la atașarea titlului executoriu în original sau în copie legalizată. În ceea ce privește hotărârile judecătorești, dat fiind faptul că acestea se întocmesc în două exemplare originale, dintre care unul se atașează la dosarul cauzei, iar celălalt se depune spre conservare la dosarul de hotărâri al instanței, potrivit art. 426 alin. (6) C. pr. civ., rezultă că în cazul în care titlul executoriu este o hotărâre judecătorească, la cererea de executare nu poate fi anexată decât o copie legalizată a hotărârii respective¹¹. În cazul actelor autentificate de notarul public, potrivit art. 639 alin. (1) C. pr. civ., regula este aceea că titlul executoriu este reprezentat de actul original, în lipsa acestuia titlul fiind reprezentat de duplicatul sau de copia legalizată din arhiva notarului public. De altfel, potrivit art. 98 din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și activității notariale, actele autentice notariale se întocmesc într-un singur exemplar original, care se păstrează în arhiva notarului public. Exemplarul original al înscrisului autenticat, împreună cu anexele care fac parte integrantă din acest înscris, se semnează în fața notarului public de către părți sau de către reprezentanții lor și, după caz, de cei chemați a încuviința actele pe care părțile le întocmesc, de martorii-asistenți,

¹¹ G. Boroi, *op. cit.*, p. 145.

atunci când este cerută prezența lor, și, după caz, de cel care a redactat înscrisul, în condițiile prezentei legi. Prin anexa care face parte integrantă din înscris se înțelege orice înscris atașat înscrisului principal, care detaliază sau completează conținutul acestuia din urmă și a fost declarat ca atare de către părți. Înscrisurile care constituie documentația necesară autentificării se rețin la dosarul actului și nu se consideră anexe. Părțile vor primi un duplicat de pe actul original. Duplicatul actului notarial are forța probantă prevăzută de lege ca și originalul actului. Prin urmare, în cazul în care titlul executoriu este reprezentat de un înscris autentificat de notarul public, la cererea de executare se va anexa fie duplicatul primit de parte de pe actul original, fie o copie legalizată de pe originalul înscrisului din arhiva notarului public.

Precizăm că indiferent de momentul emiterii sau pronunțării titlului executoriu, nu este necesară investirea sa cu formulă executorie potrivit art. 374 din Codul de procedură civilă 1865. Astfel, potrivit art. 5 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, dispozițiile noului Cod de procedură civilă privitoare la titlurile executorii se aplică și hotărârilor judecătorești sau altor înscrisuri pronunțate ori, după caz, întocmite înainte de intrarea în vigoare a acestuia, care pot fi puse în executare chiar dacă nu au fost investite cu formulă executorie. De asemenea, potrivit art. 10 din aceeași lege, ori de câte ori printr-un act normativ se prevede investirea cu formulă executorie a unei hotărâri judecătorești sau a altui înscris, acestea vor fi puse în executare, de la data intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă fără a fi necesară investirea cu formulă executorie. Prin urmare, în cazul în care cererea de executare este formulată după data intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă, titlul executoriu anexat acesteia nu trebuie investit cu formulă executorie, chiar dacă este vorba despre o hotărâre judecătorească sau un alt titlu pronunțat, respectiv emis anterior intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă.

La cererea de executare se va anexa taxa judiciară de timbru și timbru judiciar aferente cererii de încuviințare a executării silite. Precizăm că cererea de executare silită în sine nu se timbrează, fiind supusă timbrării doar cererea de încuviințare a executării silite, potrivit art. 3 lit. o) din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru, taxa de timbru având un quantum fix, de 10 lei. Timbrul judiciar se stabilește conform art. 4 alin. (1) din O.G. nr. 32/1995 privind timbrul judiciar, potrivit cu care cererilor adresate instanțelor judecătorești care nu fac obiectul activității de judecată, dar sunt supuse taxei de timbru, potrivit legii, li se aplică timbre judiciare de 0,15 lei. Apreciem că în cazul în care prin aceeași cerere de executare silită se solicită executarea mai multor titluri executorii, se va achita o taxă judiciară de timbru și un timbru judiciar distinct pentru fiecare titlu executoriu.

Cererea de executare silită va fi însoțită și de alte înscrisuri anume prevăzute de lege. Astfel, potrivit art. 151 C. pr. civ., când cererea este făcută prin mandatar, la aceasta se va alătura procura în original sau în copie legalizată.

Potrivit art. 663 alin. (2) C. pr. civ., cererea de executare se depune de către creditor, personal sau prin reprezentant legal ori convențional, la biroul executorului judecătoresc, ori se trimite acestuia prin poștă, curier, telefax, poștă electronică, sau prin alte mijloace ce asigură transmiterea textului și confirmarea primirii cererii de executare cu toate documentele justificative. Raportat însă la condiția ca la cerere să fie anexat titlul executoriu în original sau în copie legalizată, apreciem că, din punct de vedere practic, singurele modalități de depunere a cererii de executare sunt direct la sediul executorului, respectiv

prin poștă sau curier, în acest din urmă caz fiind aplicabile prin analogie dispozițiile art. 183 C. pr. civ. De altfel, apreciem că momentul investirii organului de executare, care este de altfel și momentul de la care se consideră că începe procedura execuțională, potrivit art. 622 alin. (2) C. pr. civ., este acela la care cererea de executare este depusă, respectiv trimisă executorului, însoțită de titlul executoriu, deoarece doar în această situație aceasta produce efectul de întrerupere a prescripției dreptului de a obține executarea silită, potrivit art. 708 alin. (1) pct. 2 C. pr. civ. Prin urmare, o cerere trimisă executorului prin fax sau poștă electronică, nefiind însoțită de titlul executoriu în original sau în copie legalizată, nu este aptă să conducă la investirea executorului, momentul declanșării executării fiind acela la care, alături de cerere, executorului i se depune sau i se comunică titlul executoriu. Chestiunea are relevanță și sub aspectul stabilirii legii aplicabile în timp. Potrivit art. 3 alin. (1) din Legea nr. 76/2012, dispozițiile noului Cod de procedură civilă sunt aplicabile numai executărilor silite începute după intrarea în vigoare a acestuia. Pentru a aplica această regulă trebuie să ne raportăm la data sesizării organului de executare, însă această sesizare nu trebuie redusă la trimiterea sau depunerea cererii de executare, ci și la condiția extrinsecă a anexării titlului executoriu în original sau în copie legalizată. Atâta timp cât cererea de executare nu este însoțită de titlu, aceasta nu este aptă să declanșeze executarea silită și nici să întrerupă prescripția, prin urmare interesează în principal momentul depunerii sau trimiterii titlului executoriu către organul de executare, anexat la cerere sau, după caz, separat de aceasta.

§ 2. Înregistrarea cererii de executare

Odată depusă la executorul judecătoresc competent, cererea de executare parcurge o procedură de verificare, înregistrare și regularizare. Potrivit art. 664 alin. (1) C. pr. civ., „de îndată ce primește cererea de executare, executorul judecătoresc, prin încheiere, va dispune înregistrarea acesteia și deschiderea dosarului de executare sau, după caz, va refuza motivat deschiderea procedurii de executare”.

Textul de lege nu stabilește un termen pentru înregistrarea cererii, așa cum este cazul la art. 665 alin. (1) și (2) C. pr. civ. cu privire la formularea și soluționarea cererii de încuviințare a executării silite. Din contră, este folosit, ca și în alte situații, termenul „de îndată”, care are semnificația unei proceduri rapide, dar în același timp conferă o anumită marjă de apreciere executorului cu privire la înregistrarea cererii. Prin raportare și la alte texte de lege care folosesc aceeași sintagmă [spre exemplu, art. 396 alin. (2) C. pr. civ., potrivit cu care „În cazuri justificate, dacă instanța nu ia hotărârea de îndată, pronunțarea acesteia poate fi amânată pentru un termen care nu poate depăși 15 zile”] și având în vedere și practica, apreciem că sintagma „de îndată” trebuie înțeleasă în sensul în care înregistrarea cererii trebuie făcută în aceeași zi cu depunerea sau primirea acesteia la biroul executorului judecătoresc. Deși textul de lege nu prevede, apreciem că pe cererea de executare trebuie făcută o rezoluție de primire în care să fie consemnată această dată, deoarece aceasta este data la care organul de executare se consideră investit, deci momentul de la care începe executarea silită, potrivit art. 622 alin. (2) C. pr. civ. și momentul de la care se întrerupe cursul prescripției dreptului de a obține executarea silită (condiționat de depunerea, odată cu cererea de executare, a titlului executoriu, în original sau în copie, așa cum am arătat și mai sus).

Cererea de executare va fi înregistrată în Registrul general al biroului executorului judecătoresc, conform art. 85 din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 188/2000 privind executorii judecătorești. Înregistrarea cererii se face indiferent dacă aceasta îndeplinește sau nu cerințele de formă prevăzute de art. 663 C. pr. civ., operațiunea de înregistrare putând fi urmată de o scurtă etapă de regularizare a cererii. Deși legea nu prevede în mod expres acest lucru, considerăm că o astfel de etapă este necesară, mai ales prin prisma prevederilor referitoare la semnarea cererii. Astfel, făcând o aplicare corespunzătoare a dispozițiilor art. 148 alin. (5) C. pr. civ., apreciem că executorul va putea acorda un termen scurt pentru semnarea cererii, precum și pentru complinirea altor lipsuri, precum depunerea titlului executoriu în original sau în copie legalizată, depunerea taxei judiciare de timbru și a timbrului judiciar, a dovezii calității de reprezentant. Regularizarea cererii se face după înregistrarea acesteia însă, așa cum am arătat și mai sus, executorul nu se poate considera investit decât la momentul depunerii titlului executoriu în original sau în copie legalizată, dacă acesta nu a fost depus odată cu cererea.

Cerințele formale, intrinseci și extrinseci, ale cererii de executare vor fi analizate de executorul judecătoresc, care se va pronunța asupra acestora printr-o încheiere. Este vorba așadar despre două operațiuni diferite: înregistrarea cererii, care are loc în toate situațiile și analiza de către executor a cerințelor de formă cu privire la cererea de executare. Încheierea prin care executorul se pronunță cu privire la cerințele de formă ale cererii de executare reprezintă un act execuțional pe care vechiul cod nu îl reglementa. Deși textul de lege, la o primă lectură, ar lăsa impresia că se va constitui un dosar de executare numai în situația în care aceste cerințe sunt îndeplinite, apreciem că dosarul de executare trebuie constituit în toate situațiile¹². Există mai multe argumente în acest sens. În primul rând, potrivit art. 656 alin. (1) lit. b) C. pr. civ., toate încheierile executorului judecătoresc trebuie să cuprindă arătarea dosarului de executare, mențiune prevăzută de lege sub sancțiunea nulității, potrivit art. 656 alin. (2) C. pr. civ. Așadar, chiar dacă din exprimarea art. 664 alin. (1) C. pr. civ. s-ar putea trage concluzia că se constituie doar de executare numai în cazul în care cererea de executare îndeplinește cerințele prevăzute de lege, apreciem că și în cazul refuzului, încheierea se pronunță tot în cadrul unui dosar de executare. Acest lucru rezultă și din reglementarea referitoare la registrele executorului, în registrul general fiind înregistrate toate lucrările executorului, acest registru cuprinzând, potrivit art. 85 din Regulament, următoarele rubrici: numărul curent; data înregistrării; organul sau persoana care trimite titlul executoriu, numărul și data sesizării; numele sau denumirea creditorului cu domiciliul/sediul și numele sau denumirea debitorului cu domiciliul/sediul; cuantumul creanței debitorului; natura cauzei (confiscare, sechestrul asigurător, evacuare, pretenții etc.); modul de soluționare; observații. Prin urmare, indiferent de situație, cererea de executare se înregistrează și se constituie un dosar, dosar în care se va pronunța o încheiere prin care se va dispune, după caz, începerea procedurii de executare sau se va refuza deschiderea procedurii. Pentru a înlătura controversile de interpretare a textului, apreciem, *de lege ferenda*, că acesta ar trebui reformulat, înlăturându-se referirea la deschiderea dosarului de executare. Propunem așadar ca art. 664 alin. (1) C. pr. civ. să aibă formularea „de îndată ce primește cererea de

¹² Pentru opinia contrară, a se vedea E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 393.

executare, executorul judecătoresc, prin încheiere, va dispune înregistrarea acesteia și deschiderea procedurii de executare sau, după caz, va refuza motivat deschiderea procedurii de executare”.

Deși textul de lege pare a sugera contrariul, încheierea prevăzută de art. 664 alin. (1) C. pr. civ. trebuie motivată indiferent de soluția dată de executorul judecătoresc, având în vedere dispozițiile art. 656 alin. (1) lit. g) C. pr. civ., motivarea în fapt și în drept a încheierii fiind prevăzută sub sancțiunea nulității, potrivit art. 656 alin. (2) C. pr. civ.

Așa cum am arătat și mai sus, apreciem că executorul trebuie să verifice doar condițiile de formă ale cererii de executare, nu și îndeplinirea condițiilor pentru a se trece la executarea silită¹³. Acestea vor fi apreciate de către instanța de executare în procedura încuviințării executării silite, așa cum vom arăta și mai jos. Executorul este obligat să formuleze cererea de încuviințare, în condițiile în care cererea de executare îndeplinește cerințele prevăzute de art. 663 C. pr. civ., nefiind ținut să analizeze chestiunile referitoare la propria competență, caracterul de titlu executoriu al hotărârii sau înscrisului anexat de creditor la cerere, îndeplinirea cerințelor de formă ale înscrisului, caracterul cert, lichid și exigibil al creanței, imunitatea de executare a debitorului, faptul că titlul executoriu cuprinde dispoziții care nu se pot aduce la îndeplinire pe care de executare silită sau existența altor impedimente la executare, toate acestea urmând să fie analizate de instanța de executare în cadrul procedurii de încuviințare a executării. Cu toate acestea, apreciem că în cazul unor nereguli vădite referitoare la îndeplinirea unor cerințe referitoare la declanșarea procedurii de executare, executorul are obligația de a-l înștiința pe creditor, urmând ca, în situația în care acesta persistă în cererea sa, executorul să solicite încuviințarea și instanța de executare să se pronunțe cu privire la îndeplinirea acestor condiții.

Așadar, motivele pentru care executorul poate refuza deschiderea procedurii sunt relativ restrânse și cantonate strict la cerințele formale, intrinseci și extrinseci, ale cererii de executare silită: lipsa semnăturii, nedepunerea titlului executoriu în original sau în copie legalizată, nedovedirea calității de reprezentant, în cazul în care cererea este formulată prin reprezentant, nedepunderea taxei de timbru și a timbrului judiciar etc. În niciun caz executorul nu poate refuza deschiderea procedurii pe motiv că dreptul de a obține executare este prescris, invocarea prescripției fiind exclusiv la latitudinea debitorului.

Încheierea reglementată de art. 664 alin. (1) C. pr. civ. se comunică de îndată creditorului, indiferent de soluția pronunțată de executor. Legea deschide o cale de atac specială împotriva încheierii prin care s-a refuzat deschiderea procedurii execuționale, respectiv calea plângerii, care poate fi formulată de 15 zile de la comunicare. Atât calea procedurală, cât și termenul, sunt derogatorii de la dreptul comun. Ca regulă generală, încheierile executorului judecătoresc pot fi atacate cu contestație la executare, în termen de 5 zile de la comunicare, potrivit art. 714 alin. (2) C. pr. civ. Plângerea reglementată de art. 664 alin. (2) C. pr. civ., nu trebuie așadar confundată cu contestația împotriva refuzului executării silite sau îndeplinirii unui act de executare, prevăzută de art. 711 alin. (1) teza finală C. pr. civ., aceasta putând fi formulată doar după încuviințarea executării silite.

De asemenea, plângerea reglementată de art. 664 alin. (2) C. pr. civ. nu trebuie confundată cu plângerea reglementată de art. 56 alin. (2) din Legea nr. 188/2000

¹³ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 69.

privind executorii judecătoreşti. Aceasta poate fi formulată în cazul refuzului nejustificat al executorului de îndeplinire a atribuţiilor prevăzute de art. 7 lit. b)-i) din Legea nr. 188/2000, deci mai puţin cele referitoare la punerea în executare a dispoziţiilor cu caracter civil din titlurile executorii, atribuţie reglementată de art. 7 lit. a) din Legea nr. 188/2000.

Plângerea este de competenţa exclusivă a instanţei de executare, deci, ca regulă generală, a judecătorei în circumscripţia căreia se află biroul executorului judecătoresc care face executarea, potrivit art. 650 alin. (1) C. pr. civ., respectiv a judecătorei în raza căreia se află situat bunul imobil, în cazul urmăririi imobiliare, potrivit art. 819 C. pr. civ.

În lipsa unor reglementări speciale, apreciem că plângerea reglementată de art. 664 alin. (2) C. pr. civ. trebuie soluţionată în procedura necontencioasă, deci potrivit regulilor prevăzute de art. 527 şi urm. C. pr. civ.¹⁴. În acest sens, trebuie ținut cont de faptul că în această procedură nu urmează a fi analizat dreptul subiectiv şi nici măcar dreptul de trece la executarea silită, ci exclusiv cerinţele formale ale cererii de executare, analizarea cerinţelor referitoare la competenţa executorului, titlul executoriu, creanţă imunitate, alte impedimente urmând să fie făcută ulterior, în procedura încuviinţării executării silite. Prin urmare, plângerea trebuie să îndeplinească cerinţele prevăzute de art. 530 C. pr. civ. Apreciem că, dată fiind natura procedurii şi faptul că plângerea este îndreptată împotriva refuzului executorului, în aplicarea dispoziţiilor art. 532 alin. (1) C. pr. civ., aceasta se va judeca în camera de consiliu, cu citarea creditorului şi a executorului, acestora urmând a le fi comunicată şi încheierea pronunţată de instanţă. Această încheiere este supusă apelului în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 650 alin. (3) C. pr. civ. Apelul se judecă, de asemenea, în camera de consiliu, potrivit art. 534 alin. (5) C. pr. civ.

În cazul admiterii plângerii, de la data pronunţării încheierii de către instanţa de executare începe să curgă termenul pentru formularea cererii de încuviinţare a executării silite, prevăzut de art. 665 alin. (1) C. pr. civ., nemaifiind necesară pronunţarea de către executor a unei încheieri de deschidere a dosarului de executare¹⁵. Dat fiind caracterul executoriu al încheierii pronunţate de instanţa de executare, prevăzut de art. 650 alin. (3) C. pr. civ., în cazul admiterii plângerii executorul este obligat să solicite încuviinţarea executării, chiar dacă formulează apel împotriva încheierii de admiterea a plângerii.

§ 3. Încuviinţarea executării silite

Odată parcursă procedura de înregistrare a cererii, executorul va solicita instanţei de executare încuviinţarea executării silite. Sediul materiei este reprezentat de art. 665 din noul Cod de procedură civilă, text de lege similar, dar nu identic cu art. 373¹ din Codul de procedură civilă 1865¹⁶. Cea mai semnificativă noutate pe care noul Cod o aduce în legătură cu această procedură este cea referitoare la includerea în procedura încuviinţării executării a investirii cu formulă executorie, formulă care, în noua

¹⁴ G. Boroi, *op. cit.*, p. 147.

¹⁵ Pentru opinia contrară, în sensul în care în cazul admiterii plângerii se va dispune înregistrarea cererii de executare în registrul general şi deschiderea dosarului de executare, a se vedea E. Oprina, I. Gârbuleţ, *op. cit.*, p. 395.

¹⁶ Pentru un istoric al reglementării a se vedea G. Boroi, *op. cit.*, p. 148-149.

reglementare, nu se mai regăsește în cuprinsul titlului executoriu, ci al încheierii de încuviințare a executării.

Cererea de încuviințarea a executării se formulează în mod exclusiv de către executorul judecătoresc. Deși art. 665 alin. (1) C. pr. civ. nu lasă loc pentru excepții, totuși legiuitorul a prevăzut și astfel de situații, respectiv în care cererea de încuviințare a executării se adresează de către creditor executorului [așa cum este cazul la art. 2.445 alin. (1) C. civ., în cazul vânzării bunurilor mobile ipotecate¹⁷], ori în care executarea are loc, în mod excepțional, fără a fi necesară încuviințarea executării (așa cum este cazul la art. 2.442-2.443 C. civ. în cazul preluării silite a bunului mobil ipotecat)¹⁸. Toate procedurile execuționale reglementate de Codul de procedură civilă se desfășoară însă doar după încuviințarea executării silite de către instanța de executare.

Legea prevede un termen de 3 zile pentru formularea cererii de încuviințare a executării, termen care începe să curgă de la data înregistrării cererii. Apreciem că în cazul depășirii termenului de 3 zile, creditorul poate formula contestație la executare în temeiul art. 711 alin. (1) teza finală C. pr. civ., termenul pentru exercitarea contestației începând să curgă de la data împlinirii termenului de 3 zile¹⁹. Cererea de încuviințare a executării trebuie să îndeplinească cerințele generale prevăzute de art. 148 C. pr. civ, respectiv arătarea creditorului și a debitorului, cu indicarea domiciliului sau, după caz, sediului acestuia, arătarea obligației a cărei executare se solicită, temeiul acesteia, respectiv titlul executoriu, modalitățile de executare, în situația în care creditorul a indicat-o în mod expres în cererea de executare, bunul ce urmează a fi executat sau urmărit, dacă este cazul. La cerere se vor anexa, în copie certificată de executor pentru conformitate cu originalul cererea creditorului, titlul executoriu și încheierea prin care s-a dispus deschiderea dosarului de executare, potrivit art. 664 alin. (1) C. pr. civ. De asemenea, cererea va fi timbrată cu taxa judiciară de timbru și timbrul judiciar pe care creditorul are obligația să le anexeze la cererea de executare, așa cum am arătat mai sus.

Cererea de încuviințare a executării silite este de competența exclusivă a instanței de executare, așa cum prevede art. 665 alin. (1) C. pr. civ. Așa cum am arătat și mai sus, ca regulă generală, instanța de executare este judecătoria în a cărei circumscripție se află biroul executorului judecătoresc care face executarea, potrivit art. 650 alin. (1) C. pr. civ. Prin excepție de la această regulă, potrivit art. 819 C. pr. civ. în cazul urmăririi imobiliare, instanța de executare este judecătoria în circumscripția căreia se află situat bunul imobil. Prin urmare, în cazul în care pentru modalități de executare diferite competența instanței de executare ar fi diferită (spre exemplu, în cursul executării, executorul identifică bunuri imobile care sunt în circumscripția aceleiași curți de apel, dar nu și a aceleiași judecătoria), executorul va trebui să solicite încuviințarea executării atât de la judecătoria în circumscripția căreia se află biroul său, competentă să fie instanță de executare pentru toate formele de executare, mai puțin pentru executarea silită indirectă imobiliară, cât și de la judecătoria în raza căreia se află bunul imobil²⁰. Apreciem că nu este necesară o nouă încuviințare a urmăririi imobiliare dacă bunul imobil se află situat în

¹⁷ Colectiv, *Noul Cod civil, Comentarii, doctrină, jurisprudență*, Vol. III, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 854.

¹⁸ E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 405.

¹⁹ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 71.

²⁰ E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 397.

circumscripția aceleiași judecătorii ca și biroul executorului judecătoresc învestit de către creditor.

Apreciem că procedura încuviințării executării silite este una necontencioasă, încadrându-se în categoria cererilor privitoare la darea autorizațiilor judecătorești, potrivit art. 527 C. pr. civ. Art. 665 alin. (2) C. pr. civ. prevede reguli derogatorii de la dreptul comun cu privire la soluționarea cererii de încuviințare a executării silite, respectiv aceasta se soluționează în camera de consiliu, fără citarea părților, în termen de maximum 7 zile de la înregistrarea acesteia. Amânarea pronunțării poate fi făcută pentru maxim 48 de ore, iar redactarea încheierii se face în termen de maxim 7 zile de la pronunțare. Aceste termene au caracter relativ, depășirea lor neatrăgând sancțiuni procedurale cu privire la procedura execuțională.

În cazul admiterii cererii de încuviințare a executării, încheierea trebuie să cuprindă, potrivit art. 665 alin. (3) C. pr. civ. mențiuni exprese cu privire la titlul executoriu, creanță și accesoriile acesteia, respectiv suma de bani în cazul executării silite indirecte, modalitatea de executare, atunci când în cererea de executare silită creditorul a indicat-o în mod expres, precum și autorizarea creditorului de a trece la executarea silită a creanței cuprinse în titlu. De asemenea, potrivit art. 665 alin. (7) C. pr. civ., în partea finală a încheierii de încuviințare a executării silite va fi cuprinsă formula executorie.

Încheierea de admitere a cererii de executare silită nu este supusă niciunei căi de atac, formularea folosită de legiuitor trebuind înțeleasă în sensul în care aceasta nu va putea fi atacată nici cu apel ori recurs, nici cu contestație în anulare sau revizuire. Chiar dacă nu se precizează în mod expres, încheierea de admitere a cererii de încuviințare a executării silite nu se comunică decât executorului judecătoresc, urmând ca acesta să comunice o copie de pe această încheiere debitorului, în condițiile art. 666 C. pr. civ. Împotriva acestei încheieri se va putea totuși formula contestație la executare, potrivit art. 711 alin. (3) C. pr. civ., de către orice persoană interesată sau vătămată. Raportat la această dispoziție, apreciem că și creditorul poate formula contestație la executare împotriva încheierii de admitere a cererii de încuviințare a executării silite, atunci când ar fi vătămat prin acesta (spre exemplu, în situația în care instanța ar indica în mod expres modalitatea de executare, deși prin cererea de executare silită creditorul nu a solicitat în mod expres o anumită modalitate de executare).

Admiterea cererii de încuviințare a executării silite produce anumite efecte, prevăzute de art. 665 alin. (4) C. pr. civ. Astfel, încuviințarea executării permite creditorului să ceară executorului judecătoresc care a solicitat încuviințarea să recurgă, simultan ori succesiv, la toate modalitățile de executare prevăzute de lege în vederea realizării drepturilor sale, inclusiv a cheltuielilor de executare și produce efecte pe întreg teritoriul țării. Acest efect al încheierii de admitere a cererii de încuviințare a executării silite se produce atâta timp cât executorul care a solicitat încuviințarea este competent să aducă la îndeplinire obligația din titlul executoriu. În caz contrar, pentru modalități de executare care atrag competența unui alt executor judecătoresc, creditorul va trebui să se adreseze unui executor judecătoresc competent, cu o nouă cerere de executare silită, iar respectivul executor va trebui să solicite o nouă încuviințare. Spre exemplu, în cazul în care creditorul a învestit cu cererea sa de executare silită un executor judecătoresc din circumscripția curții de apel unde se află domiciliul sau sediul debitorului, acesta va putea efectua, în baza încheierii de încuviințare a executării silite, acte de executare silită indirectă mobilă,

indiferent de locul situării bunurilor mobile, el fiind competent potrivit art. 651 alin. (1) lit. b) și efectele încheierii producându-se pe întreg teritoriul țării, atâta timp cât bunurile respective se află pe teritoriul României. În acest sens sunt și dispozițiile art. 651 alin. (3) C. pr. civ., potrivit cu care dacă bunul imobil care face obiectul urmăririi silită ori al executării silită directe a fost mutat în timpul procedurii de executare, competent teritorial este executorul judecătoresc care a început procedura de executare. Dacă însă în cursul executării sunt identificate bunuri imobile aflate în circumscripția teritorială a unei alte curți de apel, executorul inițial sesizat de creditor și a cărui cerere de încuviințare a executării a fost admisă nu mai este competent, potrivit art. 651 alin. (1) lit. a) C. pr. civ., astfel încât pentru urmărirea silită imobiliară creditorul va trebui să formuleze o nouă cerere adresată unui executor judecătoresc competent. Dacă executorul judecătoresc inițial sesizat de către creditor este competent, dat fiind faptul că bunul imobil se află situat în circumscripția teritorială a curții de apel unde își are biroul, însă nu se află în circumscripția aceleiași judecătorii, executorul va trebui să solicite o nouă încuviințare a urmăririi imobiliare, potrivit art. 819 C. pr. civ. așa cum am arătat și mai sus. Dacă bunul imobil se află în circumscripția judecătoriei care a dat încheierea de încuviințare a executării, nu mai este necesară o nouă încheiere de încuviințare a urmăririi imobiliare, încheierea inițială producând efecte cu privire la toate modalitățile de executare, așa cum am arătat și mai sus, atâta timp cât nu sunt încălcate regulile referitoare la competența teritorială a instanței de executare și a executorului judecătoresc.

Art. 665 alin. (4) teza finală prevede că încuviințarea executării silită se extinde și asupra titlurilor executorii care se vor emite de executorul judecătoresc în cadrul procedurii de executare silită încuviințate. Apreciem că acest efect se produce numai în măsura în care respectivul titlu este emis în beneficiul aceluiași creditor și în contradictoriu cu același debitor, spre exemplu încheierea de stabilire a cheltuielilor de executare, potrivit art. 669 C. pr. civ. În cazul în care un act emis de executorul judecătoresc constituie titlu executoriu, dar în beneficiul altei persoane, spre exemplu actul de adjudecare, potrivit art. 852 lit. i) C. pr. civ. (actul de adjudecare este titlu executoriu pentru adjudecator împotriva debitorului sau, după caz, a tertului dobânditor, ca și împotriva oricărei persoane care posedă ori detine imobilul adjudecat, fără a putea invoca un drept opozabil în condițiile legii), sau în beneficiul aceluiași creditor, dar în contradictoriu cu un alt debitor, spre exemplu actul de adjudecare, potrivit art. 852 lit. j) (actul de adjudecare este titlu executoriu pentru creditor împotriva adjudecatorului care nu plătește diferența de preț, în cazul în care vânzarea s-a făcut cu plata prețului în rate), va fi necesară o nouă cerere de executare silită și o nouă încheiere de încuviințare a executării.

Art. 665 alin. (5) C. pr. civ. prevede motivele pentru care instanța de executare poate respinge cererea de încuviințare a executării silită, respectiv: cererea de executare silită este de competența altui organ de executare decât cel sesizat; hotărârea sau, după caz, înscrisul nu constituie, potrivit legii, titlu executoriu; înscrisul, altul decât o hotărâre judecătorească, nu întrunește toate condițiile de formă cerute de lege; creanța nu este certă, lichidă și exigibilă; debitorul se bucură de imunitate de executare; titlul cuprinde dispoziții care nu se pot aduce la îndeplinire prin executare silită; există alte impedimente prevăzute de lege [spre exemplu, se solicită încuviințarea urmăririi imobiliare pentru o creanță mai mică de 10.000 lei, cu încălcarea art. 812 alin. (5) C. pr. civ., se solicită încuviințarea evacuării în perioada 1 decembrie-1 martie, cu încălcarea art. 895 alin. (1)

C. pr. civ. etc]. Încheierea de respingere a cererii de încuviințare a executării silite se comunică creditorului, doar acesta putând formula apel împotriva acestei încheieri, în termen de 5 zile de la comunicare. Dat fiind caracterul necontencios al acestei proceduri, apreciem că la soluționarea apelului nu va fi citat decât creditorul. Apelul se va soluționa în camera de consiliu, potrivit art. 534 alin. (5) C. pr. civ., hotărârea dată în apel fiind definitivă [art. 665 alin. (6) precizează că încheierea de respingere a cererii de încuviințare a executării este supusă exclusiv apelului].

BIBLIOGRAFIE:

- Savelly Zilberstein, Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat de executare silită*, Editura Lumina Lex, București;
- Gabriel Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Vol. II, Editura Hamangiu, București, 2013;
- Evelina Oprina, Ioan Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită, Vol. I Teoria generală și procedurile execuționale*, Editura Universul Juridic, București;
- Daniel Atășiei, Horia Țiț, *Mica reformă în justiție, Legea nr. 202/2010 comentată*, Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Hamangiu;
- Ion Deleanu, Valentin Mitea, Sergiu Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Vol. II, Editura Universul Juridic, București;
- Colectiv, *Noul Cod civil, Comentarii, doctrină, jurisprudență*, Vol. III, Editura Hamangiu, București.

Redefinirea actelor de terorism prin Legea nr. 187/2012 privind punerea în aplicare a Noului Cod Penal

*Asist. dr. Raluca-Ioana MOCANU
Facultatea de Drept, Universitatea din București*



New provisions of terrorist offences amended by Law no. 187/2012

Abstract: The definition of terrorist acts provided by Law no. 535/2004 (Romanian Anti-terrorist law) has been amended by the dispositions of article 159 of Law no. 187/2012 regarding putting into force the New Criminal Code. Our study tends to analyse how the legal definition of terrorist acts will be regulated from 1st February 2014 with a special regard for the subjects of the offence, the objective and subjective elements of the inner structure of it, and also new incriminations which will enter into force.

The analyse is conceived as a comparison between present dispositions and future ones, following the way the Romanian Law has transposed the E.U.'s Council Framework-Decision 2002/JHA/475 on terrorism offences.

Keywords: Law no. 535/2004, Law no. 187/2012, terrorist offences, terrorist entities, terrorist purpose.

Structura Legii nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului a fost gândită în trei părți distincte: art. 1-4 conține explicarea unor termeni, art. 5-31 dispoziții speciale în legătură cu instituțiile cu atribuții în domeniul prevenirii terorismului, precum și dispoziții speciale de procedură penală, art. 32-47 dispoziții cu caracter penal, printre care și incriminarea actelor de terorism (art. 32 - atentatele), incriminarea altor fapte în legătură cu fenomenul terorist (art. 33 - actele asimilate, art. 35 - asocierea cu scop terorist și conducerea unei entități teroriste, art. 36 - finanțarea terorismului), dar și dispoziții de procedură penală - art. 40 și următoarele.

În ciuda faptului că odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod Penal constatăm tendința legiuitorului de a aduce în Codul penal o parte dintre infracțiunile din legile speciale (traficul de persoane, fraudă informatică, comerțul ilegal cu mijloace electronice etc.), în această materie incriminarea va subzista în legea specială. Totuși, Legea nr. 187/2012 privind punerea în aplicare a Codului penal aduce modificări importante unora dintre incriminările din legea specială.

Astfel, sunt modificate textele care reglementează incriminarea actelor de terorism - art. 32 și 34, incriminarea actelor asimilate actelor de terorism - art. 33, sunt reformulate dispozițiile art. 35 - care incriminează participația constituită și conducerea entităților teroriste și nu în ultimul rând sunt redefinite art. 36, 37 și 38 din lege.

Dintre acestea, cea mai importantă modificare ce atrage atenția noastră este redefinirea actelor de terorism, atât în ce privește elemente din sfera laturii obiective a conținutului constitutiv, cât și în ce privește precizarea scopului care întregeste latura subiectivă.

În prezentul articol vom prezenta și vom urmări într-o analiză critică modificările ce privesc redefinirea actelor de terorism.

De lege lata actele de terorism au fost incriminate fie ca infracțiuni complexe grefate pe alte fapte (omor, vătămare corporală, lipsire de libertate în mod ilegal), fie ca fapte noi, pe care le regăsim totuși într-o formulă aproximativă și în alte texte. Astfel, în prevederile art. 32 alin. (1) lit. e) și f) putem lesne identifica elemente comune situației de fapt pe care este construită ipoteza incriminării atentatului contra unei colectivități.

Legiuitorul va continua să mențină și în viitoarea reglementare aceeași împărțire a faptelor de terorism în cele două categorii, însă departajarea va fi mult mai clară, în sensul că infracțiunile complexe ce se grefează pe alte fapte sunt prevăzute la alin. (1) al art. 32 astfel modificat, în timp ce faptele nou incriminate sunt prevăzute la alin. (3) al art. 32.

În ce ne privește apreciem că menținerea prevederilor art. 32 alin. (1) lit. e) și f) [regăsite la viitorul alin. (2) al art. 32] este inutilă și conduce la suprapuneri de reglementare, accentuate de fondul modificărilor art. 32. În ciuda modificărilor aduse incriminării actelor de terorism, legiuitorul român continuă să nu asigure la nivelul dreptului intern deplina transpunere a legislației UE. Îndepărtarea față de recomandarea din Decizia-Cadru 475/JHA/2002 este evidentă față de cerința art. 1 ce solicită ca statele să „ia măsurile necesare pentru a fi considerate ca infracțiuni teroriste actele intenționate prevăzute la lit. a)-i) (din decizie - n.n.), astfel cum sunt definite ca infracțiuni în dreptul intern”.

Așadar, în viziunea legiuitorului comunitar, actele de terorism nu pot fi construite decât *exclusiv* ca infracțiuni complexe, ceea ce corespunde în opinia noastră, cu realitatea de fapt.

Deși scopul pe care legiuitorul l-a identificat, cel puțin la nivel declarativ, ca fiind resort al modificărilor aduse dispozițiilor Legii nr. 535/2004 privește punerea în acord a legii interne cu prevederile Deciziei-Cadru sus-amintite, vom observa că aceasta nu este singura chestiune în care legiuitorul român ignoră armonizarea legislației interne cu cea comunitară. Critica noastră nu privește doar o chestiune de formă, în sensul că într-o viziune actele de terorism pot fi și infracțiuni complexe și infracțiuni *sui-generis*, iar într-o altă viziune exclusiv infracțiuni complexe. Intenționăm să mergem în profunzimea normei și să remarcăm că incriminările care pe viitor vor fi prevăzute la art. 32 alin. (2) sunt deja prevăzute într-o formă diferită (dar având efecte practice identice) la viitoarele prevederi ale art. 32 alin. (1) lit. p) - atentatele teroriste grefate pe atentatele contra unei colectivități.

Astfel, definiția atentatului contra unei colectivități (dispozițiile art. 402 din viitorul C. pen.) rămâne practic identică cu cea a definiției prevăzute în art. 161 C. pen. (C. pen. din 1968) - „*atentatul săvârșit contra unei colectivități prin otrăviri în masă, provocare*

de epidemii sau prin orice alt mijloc, în scopul îngreunării sau exercitării puterii de stat". Suprapunerile care existau anterior (și continuă să existe la momentul redactării și publicării prezentului articol) între prevederile¹ art. 32 alin. (1) lit. e) și f) și prevederile art. 161 C. pen. - în sensul că primele reprezintă, în mod vădit, cel puțin acte preparatorii sau chiar acte de executare similare modului de săvârșire a infracțiunii prevăzute de art. 161 C. pen., vor fi accentuate prin reglementarea viitoare care grefează actul terorist pe atentatul unei colectivități. Suprapunerile incriminărilor sunt și mai evidente între viitoarele prevederi ale art. 32 alin. (1) lit. p) și cele ale art. 32 alin. (2) lit. a) și b), întrucât în viitoarea reglementare actele de terorism nu vor mai fi definite prin raportare la *entitățile teroriste*.

I. În ce privește modificările de esență aduse art. 32, prima asupra căreia ne vom opri este definiția însăși a actului terorist.

De lege lata infracțiunile de terorism sunt definite prin coroborarea prevederilor art. 32 cu prevederile art. 2: „*constituie acte de terorism următoarele infracțiuni săvârșite în condițiile prevederilor art. 2:*

a) infracțiunile de omor, omor calificat, omor deosebit de grav, vătămare corporală și vătămare corporală gravă, lipsire de libertate în mod ilegal,

b) infracțiunile prevăzute în art. 106-109 C. pen.

c) infracțiunile de distrugere

d) infracțiunile de nerespectare a regimului armelor și munițiilor”.

Prin modificările aduse de Legea nr. 187/2012 se renunță la o definiție în „doi pași”, prin raportare la trăsăturile terorismului (astfel cum opera în mod greoi această definire în Legea nr. 535/2004) și potrivit viitoarei definiții: „*Constituie acte de terorism (...) săvârșirea uneia dintre următoarele fapte care, prin natura sau prin contextul săvârșirii lor, pot aduce atingere gravă unei țări ori unei organizații internaționale, atunci când sunt săvârșite în scopul de a intimida populația sau de a constrânge o autoritate publică sau o organizație internațională să îndeplinească, să nu îndeplinească sau să se abțină de la îndeplinirea unui anumit act ori pentru a destabiliza grav sau a distruge structurile politice fundamentale, constituționale, economice ori sociale ale unui stat sau organizații internaționale”.*

O primă constatare se referă la arhitectura textului și ne determină să remarcăm noua reglementare ce preia definiția actului terorist întocmai cum aceasta este formulată în dispozițiile art. 1 din Decizia-Cadru 475/JHA/2002, oferind textului mai multă eleganță, renunțându-se la definirea fracturată și greoaie a actelor teroriste.

Ca observații pe fond, putem traduce voința legiuitorului urmărind-o pe două planuri. O primă concluzie față de reglementarea anterioară: din noua formulare rezultă explicit

¹ Potrivit art. 32 alin. (1) lit. e) - *Constituie acte de terorism:*

Producerea, dobândirea, deținerea, transportul, furnizarea sau transferarea către alte persoane, direct sau indirect, de arme chimice sau biologice, precum și cercetarea în domeniu sau dezvoltarea de asemenea arme:

Potrivit art. 32 alin. (1) lit. f) - *Constituie acte de terorism:*

Introducerea sau răspândirea în atmosferă, pe sol, în subsol ori în apă de produse, substanțe, materiale, microorganisme sau toxine de natură să pună în pericol sănătatea oamenilor sau a animalelor ori mediul înconjurător.

faptul că infracțiunile de terorism se comit cu intenție directă calificată prin scop. Totodată față de discuțiile cu valențe incerte din doctrină - identificăm cu mult mai multă claritate valoarea socială protejată prin incriminarea actelor de terorism.

Astfel, în ce privește valoarea socială protejată prin incriminarea infracțiunilor de terorism, așa cum acestea au fost definite prin O.U.G. nr. 141/2001 (actul normativ „originar” în materie, care a fost elaborat, după cum putem lesne constata, imediat după atentatele din 11 septembrie), doctrina a emis mai multe opinii. Potrivit uneia dintre acestea: „*Obiectul juridic* al ocrotirii penale în cazul infracțiunilor prevăzute de O.U.G. nr. 141/2001 îl constituie relațiile sociale a căror formare, desfășurare și dezvoltare sunt legate de securitatea persoanei, de asigurarea unui climat de ordine și liniște publică”². Autorii apreciază că: „ordonanța incriminează actele de terorism pentru a apăra ordinea de stat, viața, sănătatea și integritatea fizică a persoanelor, ordinea și liniștea publică, *siguranța statului*.(s.n.)”³, întrucât „actele teroriste, pe lângă gravele urmări pe care le produc în plan uman, social și economic, constituie adevărate atacuri la democrație și la statul de drept”⁴.

Este evident că autorii ezită să se pronunțe tranșant și dincolo de orice echivoc în sensul că în cazul actelor de terorism putem identifica ca obiect juridic și relațiile sociale constituite în jurul valorilor sociale fundamentale care condiționează însăși existența statului, totuși ridică această problemă, incluzând în finalul enumerării valorilor sociale ocrotite prin incriminarea actelor de terorism și „siguranța statului”.

În ce ne privește, am argumentat într-o lucrare anterioară că, într-adevăr identificarea obiectului juridic în cazul actelor de terorism (așa cum acestea sunt definite prin raportare la dispozițiile art. 2) nu este o chestiune nici simplă și nici la adăpost de orice critică, dacă ne situăm tranșant pe una dintre poziții - fie admitând că actele de terorism incriminează exclusiv ordinea publică, fie siguranța națională. Ambivalența valorilor sociale protejate este determinată de însuși textul de incriminare, în condițiile în care, potrivit prevederilor art. 2, actele de terorism sunt: *a) sunt săvârșite, de regulă, cu violență și produc stări de neliniște, nesiguranță, teamă, panică sau teroare în rândul populației; b) atentează grav asupra factorilor umani specifici și nespecifici, precum și asupra factorilor materiali; c) urmăresc realizarea unor obiective specifice, de natură politică, prin determinarea autorităților statului sau a unei organizații internaționale să dispună, să renunțe sau să influențeze luarea unor decizii în favoarea entității teroriste.*

Trebuie să remarcăm faptul că legiuitorul nu precizează dacă aceste condiții sunt alternative sau trebuie îndeplinite cumulativ, or câtă vreme exprimarea sa este prea fluidă, interpretarea textului conduce la puncte de vedere diferite, fapt deloc de dorit într-o astfel de materie care ar trebui să împiedice neclaritățile.

În opinia noastră, actele de terorism sunt de natură să pună în pericol însăși **siguranța națională**, ceea ce ne determină să afirmăm că infracțiunile din această sferă au ca obiect juridic relații sociale privind stabilitatea și siguranța națională a statului; urmărind modul concret în care violența politică se manifestă, aceste fapte ating valori fundamentale

² O. Predescu, I. Lascu, C. Sima, *Infracțiuni prevăzute în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 141/2001 privind sancționarea unor acte de terorism și a unor fapte de încălcare a ordinii publice*, apărut în Dreptul nr. 2/2002, p. 14.

³ *Idem*, p. 5.

⁴ *Ibidem*, p. 6.

ale statului. În opinia noastră apreciem că, pe cale de consecință aceste fapte ar fi necesitat o altă abordare a incriminării inițiale din ordonanța de urgență. Din păcate, legiuitorul primelor acte normative în materie a „retrogradat” actele de terorism în rândul infracțiunilor care pot aduce atingere ordinii publice, complicând percepția acestora și implicit formularea unor opinii neconforme cu realitatea obiectivă a gravității acestor fapte. Însăși denumirea primului act normativ în materie este de natură să conducă la confuzii - câtă vreme legiuitorul O.U.G. nr. 141/2001 apreciază că ordonanța *privește sancționarea unor acte de terorism și a unor fapte de încălcare a ordinii publice*.

În ce ne privește apreciem că există argumente contrare față de cele susținute în doctrină și prezentate anterior, argumente bazate pe interpretarea evoluției incriminării, argumente bazate pe chestiuni ce derivă din identificarea instituțiilor implicate în prevenirea atentatelor teroriste și nu în ultimul rând, argumente construite pe analiza situației de fapt specifică a infracțiunilor din sfera terorismului.

Actele de terorism au fost pentru prima dată etichetate ca atare în raport cu atentatele săvârșite împotriva șefilor de stat și de guvern, întrucât ele au constituit inițial exemplul tipic al infracțiunilor politice⁵. Or, este dincolo de orice îndoială că actele îndreptate împotriva șefului statului sunt dintre cele ce aduc atingere siguranței naționale, ceea ce ne determină să afirmăm că, în acord cu viziunea inițială asupra actelor de terorism, obiectul juridic al acestora era reprezentat de relațiile sociale care presupuneau apărarea statului și a valorilor sale fundamentale.

Tot în susținerea acestui punct de vedere, avem și argumente ce derivă din identificarea instituțiilor implicate în prevenirea și combaterea terorismului - așa cum aceste instituții primesc atribuții specifice în această materie prin dispozițiile Legii nr. 535/2004. Contrar regulii generale din materia prevenirii infracțiunilor de drept comun, în cazul infracțiunilor teroriste, dispozițiile art. 12 alin. (1) și (2) din Legea nr. 535/2004 prevăd ca derogare de la cadrul general că: *„în cazul unui atac terorist, Serviciul Român de Informații, prin unitatea sa specializată, este cel care execută intervenția contrateroristă, independent sau în cooperare cu alte forțe abilitate, pe întregul teritoriu al țării, asupra obiectivelor atacate sau ocupate de teroriști, în scopul capturării ori anihilării acestora, eliberării ostaticilor și a restabilirii ordinii legale. Intervenția contrateroristă se execută cu aprobarea Consiliului Suprem de Apărare a Țării și se realizează potrivit metodologiei elaborate de Serviciul Român de Informații, aprobată prin hotărâre a Consiliului Suprem de Apărare a Țării”*. Dispozițiile alin. (1)-(3) ale art. 12 se completează cu prevederile alin. (4) ale aceluiași articol, conform cărora, în anumite cazuri, la contracararea unui atac terorist pot participa și alte unități specializate pentru astfel de misiuni: *„La solicitarea Serviciului Român de Informații, în funcție de amploarea și de natura acțiunii teroriste pot fi angrenate, în condițiile legii, forțe cu misiuni specifice din Ministerul Administrației și Internelor, Ministerul Apărării Naționale și Serviciul de Protecție și Pază, precum și din alte structuri din sistemul securității și apărării naționale”*.

Considerăm că dispozițiile amintite mai sus se coroborează cu cele ale art. 3 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională, unde actele de terorism sunt identificate printre pericolele siguranței naționale.

⁵ A se vedea în acest sens prevederile Convenției pentru prevenirea și pedepsirea terorismului (1937).

În opinia noastră, argumentul ce pornește de la realitățile practice nu face decât să întărească susținerile de ordinul evidentei - atacul terorist cu forma sa de manifestare penală ca infracțiune - aduce atingere siguranței naționale și nu doar ordinii publice.

Pentru aceste argumente considerăm că a susține că actele de terorism aduc atingere doar ordinii publice, contravine realității obiective. În doctrina străină s-a arătat că: „terorismul islamic actual nu mai este asemeni terorismului de stat al anilor '70 sau '80 care apăra cauza palestiniană sau ideile extremei stânga. Este un terorism tentacular și transnațional al cărui singur proiect, manifestat în cadrul șocului civilizațiilor, este de a neantiza democrațiile”⁶.

Aceeași ambivalență sau abordare diferită a sferei protecției adusă prin incriminarea faptelor de terorism o regăsim și în dispoziții ale unor legi din Europa, pe care le-am analizat în studiul nostru. Am putut constata că există două categorii de abordări. Legislații care au introdus în legea internă prevederile art. 2 din decizia-cadru privind combaterea terorismului: fie preluând exact dispozițiile respective (C. pen. german în paragr. 129a pct. 2, C. pen. austriac în art. 278c pct. 10, fie legislații care au „prelucrat” exprimarea – este cazul prevederilor din Legea portugheză anti-teroristă sau cele din C. pen. spaniol, unde se arată că actele săvârșite de grupările sau organizațiile teroriste au scopul „de a perturba ordinea constituțională sau de a altera liniștea publică în mod grav”. (art. 571 C. pen. spaniol). Câtă vreme aceste legislații introduc în legea internă prevederile comunitare, admit implicit că actele de terorism pot aduce atingere valorilor fundamentale ale statului.

În fine, în C. pen. francez, scopul terorist constă exclusiv în „perturbarea gravă a liniștii publice prin intimidare sau teroare”. De altfel, incriminările din legislația franceză nu au cunoscut modificări de substanță după adoptarea la nivelul Uniunii Europene a deciziei-cadru din materie. În lipsa armonizării incriminării din C. pen. francez cu dispozițiile deciziei-cadru, chestiunea privind reevaluarea obiectului juridic nu a fost avută în vedere de legiuitorul francez.

Odată cu viitoare definire a infracțiunilor de terorism, prin preluarea întocmai în norma internă a scopului terorist, astfel cum acesta este enunțat în Decizia-Cadru 475/JHA/2002, pe viitor vor putea fi încadrate ca infracțiuni de terorism, doar acele fapte care prin *natură sau context aduc atingere gravă* unei țări sau organizații internaționale. Se poate observa că formularea împiedică expres calificarea ca act terorist a oricărui atentat soldat cu un număr mare de victime în care scopul este acela de a răspândi teamă, însă este vădit lipsit de potențialul de a aduce vreo atingere gravă unei țări sau organizații internaționale. În opinia noastră, prin această modificare sfera protecției devine mai clară, legiuitorul plasând practic aceste fapte în rândul faptelor ce aduc atingere siguranței naționale.

Totuși, se poate observa că nici acest text nu este la adăpost de orice critică, întrucât legiuitorul român preia traducerea întocmai a definiției comunitare, fără a o raporta la realitatea internă. Astfel, legea vorbește despre fapte care *prin natură sau context pot aduce atingere gravă unei țări*, așadar nu doar României. Prin această manieră de incriminare, observăm că legiuitorul a situat pe același plan actele de terorism comise de

⁶ Ph. Chrestia, «La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme. Premières observations», în Recueil Dalloz 2006 p. 1409 și urm.

celulele ce pot acționa pe teritoriul țării noastre împotriva intereselor României, cât și cele comise de celule ce acționează împotriva altui stat.

În opinia noastră, textul ar fi trebuit să incrimineze în alineate diferite actele de terorism îndreptate împotriva României și cele îndreptate împotriva altor state, întrucât obiectul protecției nu poate fi identic. În timp ce în prima ipoteză actele de terorism aduc atingere siguranței naționale, în cealaltă ipoteză actele de terorism vor aduce atingere siguranței naționale a statului împotriva căruia sunt îndreptate și totodată vor pune în pericol „pacea mondială” - așa cum se prevede în Preambulul unora dintre Convențiile ONU. Ceea ce se realizează prin această incriminare este situarea pe același palier a actelor de terorism care pot fi produsul terorismului intern cu actele de terorism internațional.

Revenind la modificările aduse definiției actelor de terorism, apreciem că folosirea articolului nehotărât - actele de terorism aduc atingere gravă *unei țări*, este profund nefericită.

De altfel, cu o singură excepție⁷ nu am mai găsit-o în legislațiile europene consultate. Incriminarea faptelor de terorism nu se face prin traducerea textului comunitar și păstrarea articolului nehotărât „*unei țări*”, ci prin raportare la statele acestora.

Astfel, în Legea contra-teroristă portugheză lege care se apropie cel mai mult de textul Deciziei-Cadru, actele de terorism sunt definite după cum urmează: „*se consideră grup, organizație sau asociere teroristă orice reunire a două sau mai multe persoane care, acționând concertat, urmăresc fie a prejudicia integritatea și independența statului, fie a împiedica, a degrada sau a submina funcționarea instituțiilor constituționale ale statului, fie de a forța **autoritățile statului** să facă, să se abțină sau să accepte un act ori de a intimida anumite persoane, grupuri de persoane sau populația în general prin intermediul unor infracțiuni precum omor, atingerea adusă integrității fizice sau psihice etc. (textul continuând cu enumerarea infracțiunilor la care se raportează actele de terorism⁸)*. Remarcăm astfel, că legiuitorul portughez raportează comiterea actelor de terorism la propriul stat, așa cum și nouă ni se pare mai firesc. La fel, găsim incriminări aproape identice în Codul penal german, austriac, francez, spaniol și italian.

În opinia noastră, în mod similar ar fi trebuit să procedeze și legiuitorul român. Textul astfel modificat prin Legea nr. 187/2012 reproduce întocmai definiția din Decizia-Cadru, astfel încât ne întrebăm dacă este o simplă greșeală ce provine din traducerea textului sau aceasta reprezintă cu adevărat voința sa - aceea de a se plasa pe același palier actele de terorism intern cu cele ce fac parte din fenomenul terorismului internațional. Credem cu tărie că protejarea cetățenilor și intereselor altor state este de o importanță majoră în contextul construcției Uniunii Europene ca - „Spațiu de libertate, justiție și securitate”, și

⁷ Potrivit art. 3 al Legii din 19 decembrie 2003 - Legea Regatului Belgian privind infracțiunile de terorism în care infracțiunile de terorism sunt definite conform dispozițiilor din Decizia-cadru, prin traducerea întocmai a acestei definiții.

⁸ **Artigo 2. Organizações terroristas**

1 - Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante

apreciem firească preocuparea legiuitorului în acest sens, însă coerența textului ar fi fost mai mare dacă s-ar fi incriminat în varianta tip faptele de terorism îndreptate împotriva statului român, iar într-o variantă asimilată faptele de terorism îndreptate împotriva „unui stat”, altul decât cel român.

II. O altă modificare substanțială adusă textului art. 32 apare în legătură cu faptul că noua formulă din lege, care încetează să mai raporteze maniera de incriminare la dispozițiile art. 2 are drept consecință apariția unor neclarități legate de subiectul activ al infracțiunilor de terorism.

De lege lata actele de terorism sunt săvârșite de entitățile teroriste, așa cum acestea sunt definite în art. 4 pct. 1-6 din lege. Fără a mai insista asupra acestor definiții, amintim aici succint că prin entitățile teroriste, legiuitorul român înțelege deopotrivă grupul structurat - cu varianta grupare teroristă și organizație teroristă, cât și „teroristul”.

Prin modificările aduse textului, legiuitorul nu mai precizează nimic legat de subiectul activ al infracțiunilor constând în acte de terorism. Din nou ne exprimăm opinia critică față de această modificare, pentru mai multe motive pe care le vom expune pe larg.

Astfel, în primul rând se încalcă însuși dezideratul exprimat în Expunerea de motive - în sensul armonizării legislației interne cu legislația comunitară din această materie, întrucât odată cu intrarea în vigoare a modificărilor aduse prin Legea nr. 187/2012 nu va mai exista nicio legătură între dispozițiile art. 4 pct. 1-6 care definesc noțiunea de entitate teroristă și faptele incriminate în lege.

Or, în norma comunitară, la art. 2 denumit marginal **Infracțiuni referitoare la un grup terorist** sunt definite noțiunea de „grup-terorist” și cea de „asociere structurată”. Respectivele definiții sunt profund criticabile, vizavi de realitatea efectivă a modului de organizare și structură a organizațiilor teroriste și nu răspund în mod coerent prin traducerea în normă a specificului acelor organizații. Legiuitorul comunitar s-a mulțumit cu preluarea definițiilor grupului infracțional organizat și a grupului structurat din Convenția ONU din materia criminalității organizate transnaționale, fără vreo adaptare față de specificul organizațiilor teroriste, mai ales în împrejurările actuale când asistăm la o structură pe orizontală, în locul celei tradiționale pe verticală.

Totuși, legiuitorul comunitar a încercat să ofere o definiție, marcând prin aceasta, esența actelor de terorism - de a fi comise de o organizație teroristă. (indiferent sub ce denumire este aceasta redată - grup/grupare teroristă, organizație teroristă sau chiar entitate teroristă - potrivit definiției legiuitorului român). Este adevărat că legiuitorul comunitar nu propune incriminarea actelor de terorism doar dacă sunt comise de o persoană care acționează pentru sau în numele unei organizații teroriste și în Decizia-Cadru observăm că nu există vreo corelație clară și dincolo de orice îndoială prin prisma întrebării din doctrina militară dacă actele de terorism pot sau nu să fie comise de o persoană care nu este afiliată la vreo grupare ce urmărește îndeplinirea unui scop politic prin mijloace violente.

Prin această formulă posibilă dar nu obligatorie, legiuitorul comunitar a lăsat la aprecierea fiecărui stat, potrivit propriilor interpretări, incriminarea faptelor de terorism după cum sunt comise în participație constituită sau nu.

Din păcate, modificările ce vor fi aduse prevederilor art. 32 prin dispozițiile art. 172 din Legea nr. 187/2012, constatăm că acestea complică și mai mult analiza privind

subiectul activ al infracțiunilor de terorism. Dacă actualmente actele de terorism sunt comise de „entitățile teroriste”, dat fiind raportarea dispozițiilor art. 32 la prevederile art. 2 din Legea nr. 535/2004, raportare ce are sens, odată cu intrarea în vigoare a modificărilor acestui articol, va apărea o sciziune între dispozițiile art. 4 pct. 1-5 și cele ale incriminării actelor de terorism și a altor fapte în legătură cu activitatea teroristă.

Evident, modificările aduse textului îndreptătesc întrebarea - aceasta este voința legiuitorului sau asistăm la o insuficientă analiză a dispozițiilor din lege?

Având în vedere că legea tace, rezultă întrebarea dacă actele de terorism pot fi săvârșite și de către o persoană care acționează independent de vreo formațiune teroristă sau doar de către o persoană ce este membră a unei astfel de organizații.

În opinia noastră, actele de terorism nu pot fi săvârșite de către o persoană, care acționează independent de vreuna dintre formele de organizare arătate la art. 4 pct. 3, 4 sau 5 din lege. De esența actelor teroriste este scopul politic, urmărit a fi împlinit prin comiterea unor acte violente. Susținem acest punct de vedere, deoarece niciodată o singură persoană nu ar putea ajunge să atingă scopul politic de natură să anime actele sale, oricât de violente ar fi și chiar dacă acestea ar reuși să modifice temporar conduita autorităților în funcție de cerințele atentatorului. În schimb, formațiunea teroristă chiar dacă acționează prin mijloace violente are un program politic mai amplu, are oameni care se pot implica în reconstrucția instituțiilor statului. Orice formațiune teroristă care se dezbracă de hainele violenței se poate manifesta pașnic, ca un partid politic. Hamas-ul în Fâșia Gaza și Hizballah-ul în Liban sunt exemple că violența nu este doar un pretext, ci un mijloc.

În caz contrar, am ajunge să calificăm ca fiind act terorist orice atac îndreptat împotriva mai multor persoane de natură să stârnească panică, or pentru acest gen de fapte rămân aplicabile incriminările clasice, precum omorul calificat sau deosebit de grav, distrugerile etc.

Și în doctrina internațională a constituit obiect de dezbateră chestiunea privind actele de terorism individual, în sensul că unii autori au apreciat că atentatele teroriste pot fi rezultatul acțiunii unei singure persoane, care acționează independent de orice grup de persoane. Din contră, alți autori au criticat acest punct de vedere, arătând că acțiunea violentă, săvârșită de o persoană ce acționează independent, chiar motivată politic, nu poate fi considerată un act terorist. Actele de terorism individual (cel mai frecvent date ca exemplu) sunt atacul de la Oklahoma City din 1995 săvârșit de Timothy Mc Veigh și atentatele săvârșite prin trimiterea de colete capcană de către Theodore Kaczynski (The Unabomber)⁹, iar ca exemplu recent - atentatele din Norvegia comise de A. Breivik.

Aceste atentate, cu aparent caracter terorist, organizate și îndeplinite de o singură persoană, chiar și cele care au un mobil politic, sunt considerate ca operațiuni executate de regulă de psihopați, or „terorismul contemporan nu este munca unor indivizi izolați, pentru care violența este produsul fanteziei proprii”¹⁰. În acord cu acest punct de vedere, s-a pronunțat și un alt autor, conform căruia actele de violență individuale, chiar dacă

⁹ D. Whittaker, *Terrorists and Terrorism in the Contemporary World*, Ed. Routledge, London & New York, 2004, pp. 63-69.

¹⁰ L. Weinberg, *Introduction to Political Terrorism*, Ed. Mc. Graw-Hill, New York (1989) p. 83 și urm.

revendicate prin prisma unor scopuri politice, nu pot fi niciodată calificate ca acte teroriste, ci sunt acțiuni întreprinse de psihopați¹¹.

Împărtășim pe deplin aceste din urmă opinii și credem că ele pot fi susținute prin analizarea naturii scopului politic urmărit prin săvârșirea actului terorist. Calificarea unei fapte ca fiind act terorist presupune identificarea unui scop politic, care să determine acțiunea făptuitorului. Nu este de dorit ca în calificarea faptei să se facă confuzie între existența unui scop politic și existența unui mobil politic. Scopul politic, urmărit prin orice act de terorism nu poate fi niciodată atins prin acțiunea sau voința unei singure persoane. Chiar dacă actul terorist a fost adus la îndeplinire de către un singur făptuitor, în cele mai multe exemple oferite de practică, planificarea, organizarea și coordonarea lui a atras participarea mai multor persoane.

Actele teroriste „autentice” sunt întotdeauna săvârșite de către mai multe persoane. Mai mult, apreciez că niciodată actul violent săvârșit de către o singură persoană nu poate fi considerat atac terorist și prin urmare nu ar putea fi încadrat în calificările juridice ale faptelor prevăzute de prezenta lege. Chiar dacă un asemenea atac ar avea capacitatea de a induce un sentiment profund de insecuritate publicului (efect urmărit și de făptuitor) și de a atrage o mobilizare masivă din partea autorităților pentru înlăturarea efectelor sale, nu îndreptățește calificarea faptei ca fiind un atentat terorist. Nici chiar un eventual scop politic înfățișat de făptuitor ca resort al respectivului act nu ar fi suficient pentru a întregi condițiile actului terorist autentic. Și aceasta, deoarece un act violent izolat sau acte violente succesive săvârșite de o singură persoană nu au capacitatea de a duce la îndeplinire în mod real scopul politic revendicat. O singură persoană nu va putea niciodată să schimbe forma de guvernământ a unui stat¹², nu va putea aduce atingere granițelor statului prin modificarea acestora¹³. Niciodată făptuitorul **singur**, nu va putea în niciun fel redimensiona structura unui stat. Dincolo de actul terorist există întotdeauna o finalitate politică, ce implică o ideologie, o construcție viitoare, or toate acestea se pot atinge prin voința și acțiunea comună a mai multor persoane.

Problema subiectului activ al infracțiunilor de terorism este tratată diferit în legislațiile europene. Astfel, conform prevederilor art. 421-1, 421-2, 421-2-1, 421-2-2 C. pen. francez, actele de terorism sunt definite ca fiind acele „fapte săvârșite cu intenție în legătură cu acțiunea **individuală** sau colectivă a unor persoane și care au drept scop tulburarea gravă a ordinii publice prin intimidare sau teroare (...)”¹⁴ (s.n.). Și în doctrina franceză s-a afirmat că nu se pune problema de a stabili numărul minim de persoane care participă la săvârșirea actelor de terorism, de vreme ce legea incriminează inclusiv „acțiunea individuală”¹⁵. De altfel, această definiție confirmă concluziile la care ne conduc

¹¹ Vezi în acest sens W. Lacquer, *The Age of Terrorism (A Completely Revised and Expanded Study of National and International Political Violence, Based on the Author's Classic Terrorism)*, Ed. Little, Brown & Co, New York, 1987.

¹² Vezi terorismul de extremă stânga sau dreapta, terorismul islamist.

¹³ Vezi terorismul naționalist-separatist.

¹⁴ Art. 421-1 din C. pen. francez:

Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes.

¹⁵ G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit penal general*, Ed. Dalloz, 2000, p. 192.

studierea tuturor normelor din C. pen. francez din această materie: legislația franceză a adoptat în mică măsură prevederile Deciziei-Cadru nr. 475/JHA/2002 a Uniunii Europene privind combaterea terorismului.

Însă, în Codul penal german, infracțiunile de terorism sunt definite ca fiind acele fapte ce constau în „constituirea unei organizații care are ca scop sau ca activitate săvârșirea unor fapte de violență (omor, omor agravat, genocid, crime contra umanității, crime de război, sau infracțiuni împotriva libertății persoanei) etc.”¹⁶. Deci, de esența acestor fapte este participația constituită, niciodată actele de terorism neputând fi săvârșite decât prin efortul concertat al mai multor făptuitori. Această definiție a actelor de terorism nu este singulară.

Definiții similare celei germane, găsim și în Codul penal austriac, care la art. 278a incriminează grupurile infracționale organizate, la art. 278b pct. 3 incriminează asocierea în scop terorist¹⁷, iar la art. 278c faptele de terorism, precum și în Legea contra-teroristă portugheză¹⁸ care definește constituirea de grupuri teroriste în scopul comiterii unor infracțiuni grave¹⁹, dintre cele enumerate în Decizia-Cadru.

La acestea putem adăuga definițiile date organizațiilor interzise (organizații teroriste), precum și definițiile membrului sau supporterului unor astfel de organizații – din Terrorism Act 2000 (Legea anti-teroristă britanică), care incriminează explicit faptele de terorism ca fiind săvârșite de persoanele având calitatea de membri ai organizațiilor interzise ce acționează urmărind un scop terorist. Așadar, și în viziunea legiuitorului britanic infracțiunile de terorism sunt comise de mai multe persoane sau de către o persoană care acționează pentru o organizație.

Textul german, cel austriac și cel portughez surprind cel mai corect esența actelor de terorism și anume că ele reprezintă scopul infracțional în vederea căruia organizațiile teroriste s-au constituit. În conformitate cu dispozițiile acestor legislații, rezultă că o infracțiune teroristă nu ar putea fi săvârșită niciodată de către o persoană acționând independent, chiar urmărind să producă urmările specifice actelor teroriste.

Prin aceasta, prevederile amintite se apropie cel mai mult de norma comunitară, fiind în opinia noastră chiar mult mai clare și înlăturând orice ambiguitate în legătură cu subiectul activ al infracțiunilor de terorism.

¹⁶ Art. 129a paragr. 1 din C. pen. germ.

¹⁷ Cf. art. 278c alin. (3) din Codul penal austriac: *A terrorist association is an union planned for a longer time of more than two persons aiming the commitment of one or more terrorist criminal offences (sect. 278c) by one or more members of the association.*

¹⁸ Legea nr. 52/2003 privind combaterea terorismului, pentru implementarea Deciziei-Cadru nr. 475/JHA/2002.

¹⁹ **Artigo 2. Organizações terroristas**

1 – Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante:

(se considerã grup, organizație sau asocierie teroristă orice reunire a două sau mai multe persoane care, acționând concertat, urmăresc fie a prejudicia integritatea și independența statului, fie a împidica, a degrada sau a submina funcționarea instituțiilor constituționale ale statului, fie de a forța autoritățile statului să facă, să se abțină sau să accepte un act ori de a intimida anumite persoane, grupuri de persoane sau populația în general prin intermediul (...) textul continuă cu enumerarea infracțiunilor precum omor, atingerea adusă integrității fizice sau psihice etc.

La fel, în C. pen. italian, este incriminată participația penală în scopul săvârșirii actelor de terorism, delictul de „asociere în vederea săvârșirii de acte de terorism” fiind pentru prima dată introdus în 1980.

În opinia noastră, unele dintre cele mai clare reglementări sunt cele din C. pen. spaniol și cele din C. pen. austriac. Astfel, la dispozițiile art. 577 C. pen. spaniol sunt incriminate atât actele de terorism săvârșite în participație constituită, cât și cele individuale²⁰, diferența dintre acestea apărând la nivelul pedepselor, cele din urmă fiind pedepsite mai blând. Aceste dispoziții acoperă cele două viziuni exprimate în doctrina militară care analizează modalitățile de comitere a faptelor de terorism - fie ca fapte ce pot fi comise de un autor unic ce nu este afiliat vreunei grupări („lupul singuratic”), fie ca fapte care, chiar dacă sunt comise de un autor unic, ele reprezintă expresia unei construcții mai ample, care reunește ideologic un grup mai larg de persoane.

Dintre toate legislațiile consultate, legislația pe care o considerăm cea mai rafinată ca manieră de a traduce în normă realitățile specificului infracțiunilor de terorism este cea austriacă. Potrivit art. 278b paragr. 3 „*o asociere teroristă este o grupare constituită pentru o perioadă mai lungă de timp din mai mult de două persoane, care au ca scop comiterea uneia sau mai multor infracțiuni de terorism de către unul sau mai mulți membri ai asocierii*”²¹.

Se poate observa însă că, Legea nr. 187/2012 complică și mai mult chestiunea legată de subiectul activ al infracțiunilor de terorism. Dacă legiuitorul comunitar a evitat să ofere o soluție de urmat, tocmai pentru a lăsa libertatea statelor de a decide asupra incriminării faptei ca act terorist dacă este comis în participație constituită sau și ca act individual al unor persoane neafiliate vreunei grupări, nu înțelegem de ce legiuitorul român a modificat textul art. 32 încetând să mai raporteze comiterea faptelor de terorism de către entități teroriste.

III. În ce privește incriminările propriu-zise, și în această privință art. 32 suferă modificări. Astfel, asistăm la unele reformulări ale textului, dar și la noi incriminări.

O critică evidentă ce deriva din faptul că art. 32 alin. (1) lit. a) reunea în același text incriminarea actului terorist comis prin uciderea unei persoane, vătămarea corporală și lipsirea de libertate în mod ilegal poate fi parțial „îndulcită” întrucât Legea nr. 187/2012 scindează acest text în mai multe segmente. Varianta inițială a incriminării era criticabilă

²⁰ **Art. 577**

Cei care, fără a aparține unei bande armate, organizații sau grupări teroriste, și cu scopul de a perturba ordinea constituțională sau de a altera liniștea publică în mod grav, sau de a contribui prin intimidarea locuitorilor sau a membrilor unui colectiv social, politic sau profesional, prin omucidere, leziunile menționate în articolele 145 și 150, prin dețineri ilegale, sechestrări, amenințări, sau acțiuni împotriva persoanelor, sau care comit delikte de incendii, corupție sau daune menționate în articolele 263-266, 323 sau 560, precum și deținerea, fabricarea, depozitarea, traficul, transportul sau livrarea de arme, muniții, substanțe sau aparate explozive, substanțe inflamabile, incendiare sau asfixiante, sau componente ale acestora, vor fi pedepsiți cu pedeapsa corespunzătoare faptului comis în limitele jumătății sale superioare.

²¹ **Section 278b Terrorist association**

(3) A terrorist association is an union planned for a longer time of more than two persons aiming the commitment of one or more terrorist criminal offences (sect. 278c) by one or more members of the association.

întrucât încadrarea juridică reunea în același text situații de fapt diferite. Atacurile teroriste ce constau în luare de ostatici sunt diferite (ca mod de concepere) de cele ce constau în uciderea sau vătămarea unor persoane. Modul de punere în practică a acestor atacuri este diferit, ceea ce ne-a determinat să considerăm nefirească alăturarea celor două fapte în același text. Uneori grupările teroriste acționează în mod deliberat printr-un anumit tip de atac, putând fi recunoscute prin amprenta unui *modus operandi* care definește respectiva grupare. Grupările teroriste care iau ostatici, adesea aleg această manieră de atac pentru a iniția un dialog cu autoritățile. Dacă analizăm comparativ incriminarea inițială a actului terorist din legea română și cea propusă prin prevederile Deciziei-Cadru, observăm că în cazul acesteia din urmă s-a menținut distincția și sub aspectul incriminării în texte diferite. Actul terorist constând în acțiuni violente contra vieții și integrității corporale a unei persoane este prevăzut la litera b), în timp ce „răpirile și luările de ostatici” sunt prevăzute la lit. c).

Chestiunea privind incriminarea în texte separate a unor atentate teroriste diferite ca *modus operandi*, este rezolvată însă doar parțial. Nu înțelegem totuși de ce în viitorul art. 32 alin. (1) lit. b) fapta constând în amenințare este incriminată în același text cu cea constând în lipsirea de libertate în mod ilegal?

Tot în ce privește incriminările efective, Legea de punere în aplicare a Codului penal, Legea nr. 187/2012 modifică prevederile art. 32 prin renunțarea la incriminarea faptelor de terorism prin raportare la dispozițiile art. 106-109 din Codul aerian. Noua reglementare va recurge la descrierea lor propriu-zisă, prin reluarea efectivă a textului²², elementele materiale ale art. 32 alin. (1) lit. b) urmând a fi preluate de reglementarea viitoare în dispozițiile art. 32 alin. (1) lit. d)-i).

Prin comparație cu textul român, amplu și detaliat, norma comunitară prevede într-o formulare suplă și sintetică la art. 1 alin. (1) lit. e) incriminarea faptelor de: „capturarea de aeronave și de nave sau de alte mijloace de transport colective de pasageri sau de mărfuri”. Din nou ne situăm pe o poziție critică față de modul în care legiuitorul român

²² Art. 32 - (1) Constituie acte de terorism săvârșirea uneia dintre următoarele fapte:

d) comunicarea de informații false, care pune în pericol siguranța zborului sau navigației unei nave ori aeronave;

e) săvârșirea, cu ajutorul unui dispozitiv, al unei arme sau al unei substanțe, a unui act de violență împotriva unei persoane aflate într-un aeroport civil, dacă fapta a pus în pericol siguranța și securitatea în acest aeroport, precum și săvârșirea oricărui act de violență fizică ori psihică asupra unei persoane aflate la bordul unei aeronave civile în zbor sau în pregătire de zbor ori asupra personalului navigant al acesteia;

f) distrugerea sau deteriorarea gravă, cu ajutorul unui dispozitiv, al unei arme ori al unei substanțe, a instalațiilor unui aeroport civil sau a unei aeronave în serviciu ori care nu este în serviciu, dar se află pe un aeroport sau cauzarea de deteriorări care fac aeronava indisponibilă de zbor ori care sunt de natură să îi pună în pericol siguranța în zbor, precum și întreruperea serviciilor de aeroport, dacă fapta compromite sau este de natură a compromite siguranța și securitatea în acel aeroport;

g) distrugerea sau deteriorarea instalațiilor ori a serviciilor de navigație aeriană sau perturbarea funcționării acestora, dacă fapta a pus în pericol siguranța zborului;

h) plasarea pe o aeronavă civilă, prin orice mijloc, a unui dispozitiv sau a unei substanțe capabil/capabile să distrugă acea aeronavă ori să îi producă deteriorări care o fac inaptă de zbor sau care sunt de natură să pericliteze siguranța acesteia în zbor;

i) preluarea fără drept a unei aeronave, prin orice mijloace, precum și exercitarea fără drept a controlului asupra acesteia.

a ales să incrimineze acest tip de atacuri teroriste, redactarea fiind stufoasă și implicit greoaie. Sperăm că fără a fi excesiv de critici, considerăm preocuparea legiuitorului român de a fi exhaustiv ca fiind dăunătoare mai ales că prin raportare la infracțiunile din Codul aerian riscă să le lipsească pe acestea de finalitate, de vreme ce ne putem întreba care ar mai fi ipotezele în care aceste texte pot opera de sine stătător și nu prin raportare la actele de terorism, în condițiile în care subiectul activ nu mai este clar.

Păstrând aceeași simetrie în opțiunea incriminării și prevederile art. 32 alin. (1) lit. d) care incrimina ca acte de terorism ***infracțiunile de nerespectare a regimului armelor și munițiilor, de nerespectare a regimului materialelor nucleare și al altor materii radioactive, precum și de nerespectare a regimului materiilor explozive, prevăzute în art. 279, 279¹ și 280 din Codul penal*** este modificat, urmând ca pe viitor să se renunțe la o incriminare prin norme de raportare la alte infracțiuni, indicându-se doar elementul material.

Având în vedere gravitatea fenomenului terorist, atât în Decizia-Cadru, prin prevederile art. 1 alin. (1) lit. d), cât și în alte legislații europene, fabricarea, posesia, cumpărarea și transportul de arme de foc sunt incriminate tot ca acte de terorism, chiar dacă în raport cu atentatele propriu-zise acestea ar fi doar infracțiuni mijloc²³. De altfel, în doctrină s-a susținut că: „teroriștii nu au avut niciodată dificultăți în a-și procura arme și explozivi, căci ocaziile de a le cumpăra sau fura au fost și sunt numeroase”²⁴.

Modificările aduse incriminării actelor de terorism constând în înarmarea organizațiilor teroriste cu armament convențional sau neconvențional sunt laudabile. *De lege lata* dispozițiile art. 32 alin. (1) lit. d) conducea la grave suprapuneri, dar și la inadvertențe logice.

Astfel, spre exemplu în cazul infracțiunii prevăzută la art. 279¹ C. pen., legiuitorul a apreciat că se impune construirea unei variante tip, constând în: „*primirea, deținerea, folosirea, cedarea, modificarea, înstrăinarea, dispersarea, expunerea, transportul sau deturnarea materialelor nucleare ori a altor materii radioactive*”, față de varianta agravată prevăzută la art. 279¹ alin. (3) C. pen. constând în: „*sustragerea sau distrugerea de materiale nucleare sau alte materii radioactive*”. Construind actul terorist prin raportare la infracțiunea definită în Codul penal, rezultă că se menține gravitatea diferită a faptelor. Or, în ce ne privește apreciem că este lipsită de relevanță, modalitatea în care o organizație teroristă obține materiale nucleare sau materii radioactive, pericolul fiind același. Dacă în cazul infracțiunii de la art. 279¹ C. pen., fapta se putea săvârși și pentru alte scopuri decât cel de a folosi materialele nucleare sau materiile radioactive (din rațiuni exclusiv pecuniare, pentru vânzarea lor și obținerea unor sume de bani), în cazul faptelor de

²³ Art. 421-1 paragr. 4 din C. pen. francez, art. 129a alin. (2) pct. 5 din C. pen. german.

²⁴ Armele pot proveni din arsenale militare și sunt obținute fie prin complicitatea cuiva, fie prin mituire. Ele pot fi furate, mai ales din depozite. Teroriștii au arme „ușoare”, precum mitraliere, mortiere, grenade, dar și AK-47, RPG (reactive propelled grenade) sau chiar, se pare rachete Stinger. (A. Laidi, *Efectul de bumerang. Cum a determinat globalizarea apariția terorismului*, Ed. House of Guides, Colecția Intervenții, București 2006, p. 40).

„Teroriștii au folosit în mod frecvent pistoalele semi-automate, armele de asalt (AK-47 de proveniență sovietică) sau rachetele anti-tanc, ce pot fi lansate de pe umăr. Prima folosire cunoscută a RPG-ului de către o grupare teroristă este cea de la atacul ce a avut loc asupra aeroportului Orly, în 1975. La fel în 1973, palestinienii folosesc SA-7 (heat-seaking auto-aircraft rockets)”. W. Laqueur, *The Age of Terrorism*, Ed. Little Brown and Company, Boston, 1987, p. 90.

terorism actele materiale (deținerea, sustragerea, traficul etc.) sunt săvârșite cu scopul de a folosi aceste materiale sau de a amenința cu folosirea lor.

Pericolul folosirii acestor arme de distrugere în masă de către organizațiile teroriste este foarte mare, astfel încât devine lipsit de importanță modalitatea în care organizațiile teroriste au dobândit materiile radioactive sau materialele nucleare. Prin modificările aduse textului, pe viitor acest neajuns este înlăturat.

Chiar dacă armele nucleare nu au fost folosite de către teroriști, riscul unor atacuri nucleare a crescut pe fondul destabilizării politice a Uniunii Sovietice. Totodată s-a constatat că pe piața neagră se face comerț cu material radioactiv. Dezechilibrele interne majore din spațiul sovietic au avut repercusiuni și la nivelul structurilor militare²⁵. Pe fondul dizolvării Uniunii Sovietice, armata a cunoscut o perioadă în care, lipsa unei conduceri unitare și coerente resimțită și în ce privește controlul și paza armamentului, a atras abandonarea efectivă a unor depozite militare care conțineau, printre altele și armament nuclear. Aceste noi realități au determinat statele lumii să pună problema folosirii armelor de distrugere în masă în atentatele teroriste²⁶.

Contracurarea acestor tipuri de atacuri teroriste s-ar putea face doar cunoscând mijloacele efective prin care teroriștii ar putea ajunge să folosească armele nucleare sau radiologice.

Imaginându-se scenari, au fost prezentate două modalități prin care teroriștii ar putea obține astfel de arme: ei ar putea fie să încerce să construiască un dispozitiv nuclear improvizat, ori ar putea încerca să cumpere sau să fure o armă nucleară deja existentă²⁷. În ce privește prima ipoteză, mai mulți autori și-au formulat îndoiala că teroriștii ar putea să conceapă singuri, ajutați de fizicieni de elită, producerea unui dispozitiv nuclear. Chiar dacă informații despre fabricarea acestor dispozitive pot fi întâlnite și pe Internet, nu este suficient. Foarte puțini sunt specialiștii care au avut acces la informațiile clasificate ce întregesc necesarul de cunoștințe pentru a putea construi o armă nucleară. Dincolo de lipsa cunoștințelor de bază, pentru a se putea crea un dispozitiv exploziv nuclear, ar fi necesar un întreg ansamblu tehnic, în care să se producă fisiunea nucleară.

²⁵ Generalul Lebed (consilierul pe probleme de securitate ale fostului președinte Boris Yelțin) a recunoscut, într-un interviu pentru mass-media, că 99% dintre armele nucleare ale fostei U.R.S.S. sunt în depozite păzite, însă despre restul de 1% nu se știe dacă a fost pierdut sau furat, procentul echivalează cu 220 de arme nucleare portabile. 100 de arme de dimensiunea unei valize, care poate trece neobservată pe străzile Moscovei” informație publicată în Gr. Allison, *Nuclear Terrorism. The Ultimate Preventable Cataclysm*, Ed. Times Books, New York (2004), p. 44.

²⁶ Au fost înregistrate acte de sabotaj împotriva unor clădiri ce conțineau aparatură necesară tehnologiei de obținere a materialelor nucleare, mai ales între anii 1970-1980. În 1973, un grup de comando (ERP - organizație de stânga din Argentina) a reușit să pătrundă în stația Atuch ce deținea aparatură nucleară, iar în 1976 au fost aruncate bombe în Britania, fără a fi afectat reactorul. „Modelul” atacurilor îndreptate împotriva centralelor nucleare este preluat și folosit de ETA (susținută și de grupări ecologiste) fiind vizate centralele de la Lemoniz, San Sebastian, Pamplona, Tafalla, Beriz, dar și alte zone din Nordul Spaniei. Atacatorii au luat ostatic inginerul-șef al centralei Lemoniz și au ucis directorul. Chiar dacă nu s-a dovedit că teroriștii au intenționat să producă daune asupra reactorului un asemenea rezultat putea să apară accidental, cu consecințe extrem de grave, dacă avem în vedere cazul Cernobil; informații preluate din W. Laquer, *The New Terrorism*, Ed. Oxford University Press, New York etc., 1999, p. 71 și urm.

²⁷ Ch. Wirz, E. Egger, *Use of Nuclear and Radiological Weapons by Terrorists?*, International Review of the Red Cross”, vol. 87, nr. 859, sept. 2005, p. 498.

A doua ipoteză privește posibilitatea de a fura sau de a cumpăra o armă nucleară furată, aceasta ține de responsabilitatea cu care statele asigură paza lor și a depozitelor unde sunt păstrate. Un asemenea furt presupune un risc major, dar și un efort uriaș în ce privește persoanele implicate, resursele materiale necesare și o organizare riguroasă a planului, deoarece nu ar putea fi concepută o asemenea încercare fără sprijin din interior și fără o bună cunoaștere a terenului²⁸.

Se cunosc puține incidente privind încercarea de a utiliza materialele nucleare în scop infracțional, însă acestea sunt suficient de îngrijorătoare²⁹.

O altă problemă o reprezintă folosirea materialelor radioactive în scopul de a ucide sau vătăma anumite persoane, ori pentru a contamina o anumită zonă în scopul de a împiedica folosirea ei. Atunci când explozivi puternici sunt folosiți pentru a răspândi material radioactiv, armele radioactive mai sunt denumite „bombe murdare”.

Arma radiologică nu trebuie confundată cu arma nucleară, deoarece sunt două lucruri diferite atât ca mod de funcționare, cât și în ce privește consecințele pe care le produc. Chiar dacă și o armă radiologică răspândește uraniu sau plutoniu, nu are loc nicio fisiune nucleară, specifică bombelor nucleare³⁰. Armele radiologice produc efecte pe termen scurt - contaminarea radioactivă ce poate duce la deces la un interval scurt de timp de la expunerea la substanțele radioactive, și efecte pe termen lung - creșterea probabilității mortalității generată de cancer la câțiva ani de la expunerea la radiații.

Pentru a putea concepe o armă radiologică, teroriștii ar trebui să aibă acces la o cantitate suficient de mare de material radioactiv. Surse radioactive pot fi găsite în spitale, în spațiile industriale care folosesc astfel de materiale, în universități³¹. Riscul ca o grupare teroristă să folosească o armă radiologică este crescut tocmai din cauza caracterului „silencios” al unei asemenea arme, ce nu ar putea fi descoperită decât după ce efectele sale vor fi început să se vadă.

²⁸ *Ibidem*, p. 502.

²⁹ Astfel, în noiembrie 1993, un căpitan din armata navală rusă a pătruns în portul Murmansk pe poarta nepăzită și a furat 3 piese din miezul reactorului. Este prins după 8 luni, când încerca să le vândă, pentru suma de 50.000\$. În mai 1994, poliția germană găsește într-un garaj, o cantitate foarte mică, dar îngrijorătoare de plutoniu. Din investigații, se pare că acest plutoniu provenea dintr-unul din primele laboratoare de cercetare rusești. În decembrie 1998, serviciile secrete rusești, distrug o rețea ce plănuia furtul unei cantități de material nuclear necesar fabricării unei bombe atomice (materialul nuclear urma să fie sustras din laboratorul nuclear rusesc de la Celyabinsk). În fine, în noiembrie 2003, o instanță din Rusia condamnă un ofițer cu rang înalt, acuzat că a încercat să vândă o substanță precursor în procesul de obținere a uraniului îmbogățit. Toate informațiile cu privire la aceste tentative de a obține sau folosi materiale nucleare în scop infracțional sunt preluate din lucrarea lui Gr. Alliso, *Nuclear Terrorism. The Ultimate Preventable Cataclysm*, Ed. Times Books, New York, 2004, p. 72.

³⁰ Ch. Wirz, E. Egger, *op. cit.*, p. 503.

³¹ Un exemplu al folosirii, accidentale de material radioactiv este incidentul care a avut loc în Goiânia (Brazilia), unde a fost furat un dispozitiv medical pe baza de Cesium radioactiv (Ce_{137}) și apoi vândut. Cei care l-au vândut au împrăștiat din dispozitiv „o pulbere frumoasă, albastră”. Incidentul a fost descoperit, deoarece într-un interval relativ scurt de la furtul dispozitivului au decedat 5 persoane, ca urmare a expunerii la radiații, iar alte 249 au fost contaminate. După ce autoritățile au aflat despre furtul dispozitivului pe bază de material radioactiv, au observat că zona fusese contaminată pe o suprafață întinsă, luând măsuri, precum demolarea unor clădiri și decopertarea a peste 3500 m³ de sol. Descrierea incidentului a fost preluată din lucrarea lui Graham Allison - *Nuclear Terrorism. The Ultimate Preventable Cataclysm*, Ed. Times Books, New York, 2004, p. 58.

În opinia noastră, dispozițiile art. 32 alin. (1) lit. d) din legea română ce incriminează actele teroriste în legătură cu armele de foc, armele nucleare și cele radiologice sau materialele explozive acoperă o arie mai restrânsă de incriminare decât dispozițiile Deciziei-Cadru 475/JHA/2002. Afirmăm aceasta deoarece legea română nu a avut în vedere anumite acte materiale prin care se poate săvârși elementul material. Prevederile art. 1 alin. (1) lit. f) din textul comunitar propun incriminarea ca infracțiuni teroriste a faptelor constând în: „fabricarea, posesia, achiziționarea, transportul, furnizarea sau utilizarea de arme de foc, de explozibili, de arme nucleare, biologice și chimice, precum și, în ceea ce privește armele biologice și chimice, cercetarea și dezvoltarea”. Prima diferență de reglementare apare în legătură cu „utilizarea” armelor, deoarece textul comunitar se referă nu numai la armele nucleare și la folosirea explozibilului, ci și la armele de foc. În timp ce în Codul penal avem incriminări similare doar cu privire la materialele nucleare și materiile radioactive [dispersia și expunerea acestora - art. 279¹ alin. (1) C. pen.] și la materialele explozive (folosirea - art. 280 C. pen.). Însă, textul art. 279 C. pen. nu conține incriminarea faptei de a folosi armele de foc, ceea ce lipsește de simetrie textul român de cel comunitar. Considerăm că Legea nr. 187/2012 nu aduce nicio modificare Legii nr. 535/2004 cu privire la aceste aspecte.

De lege lata obținerea armelor de distrugere în masă este incriminată prin prevederile art. 32 alin. (1) lit. e): „*producerea, dobândirea, deținerea, transportul, furnizarea sau transferarea către alte persoane, direct ori indirect, de arme chimice sau biologice, precum și cercetarea în domeniu sau dezvoltarea de asemenea arme*”.

Prin Legea de punere în aplicare a Codului penal prevederile art. 32 alin. (1) lit. e) se vor regăsi la art. 32 alin. (3) lit. a) și vor avea următoarea reglementare: „*producerea, dobândirea, deținerea, transportul, furnizarea sau transferarea către alte persoane, direct sau indirect, de arme chimice sau biologice, dispozitive explozive de orice fel, precum și cercetarea în domeniu sau dezvoltarea de asemenea arme sau dispozitive*”.

Textul rămâne nemodificat în ce privește elementul material constând în **cercetarea și dezvoltarea** oricărui tip de arme, în timp ce textul comunitar se referă exclusiv la cercetarea și dezvoltarea armelor chimice și biologice. Constatăm așadar, că legiuitorul are ca intenție îmbunătățirea textului, însă adaugă o prevedere al cărui sens nu îl înțelegem și care are ca efect alterarea valorii de ansamblu a modificării. Cercetarea și dezvoltarea armelor de distrugere în masă poate, prin activitatea însăși să pună în pericol populația prin eliberarea în mediu a produsului experimentelor, chiar și fără intenția de a răspândi astfel de substanțe/microorganisme, fapte de natură să producă cel puțin una din urmările specifice terorismului. Or, o asemenea consecință cu efecte grave asupra persoanelor, nu poate fi produsă în aceleași proporții cu privire la „cercetarea și dezvoltarea unor arme și dispozitive explozive”. Apreciem că acesta este motivul pentru care legiuitorul comunitar nu a construit incriminarea cercetării și dezvoltării armelor clasice, față de cele de distrugere în masă, chestiune deloc subtilă, care însă este greșit evaluată de legiuitorul român. Prin această modificare a dispozițiilor inițiale ale art. 32 din lege, care doresc armonizarea prevederilor interne cu Decizia-Cadru, asistăm la bine-cunoscuta „originalitate” a legiuitorului român, care în opinia noastră denotă o superficială cunoaștere a realităților din sfera actelor de terorism, recurgând la o amendare a textului comunitar care nu era necesară pentru că nu traduce o realitate de fapt demnă de a fi reținută în normă.

Legea de punere în aplicare a Codului penal modifică ușor și conținutul incriminării faptei prevăzută la art. 32 alin. (1) lit. f), nu doar topografia ei - pe viitor o vom găsi la

art. 32 alin. (3) lit. b): „*introducerea sau răspândirea în atmosferă, pe sol, în subsol ori în apă de produse, substanțe, materiale de orice fel, microorganisme sau toxine de natură să pună în pericol sănătatea oamenilor ori a animalelor sau mediul înconjurător ori în scopul provocării de incendii, inundații sau explozii care au drept efect punerea în pericol a vieții umane*”.

Anterior modificărilor ce vor fi aduse prin Legea nr. 187/2012, textul de la art. 32 alin. (1) lit. f) avea un sens evident, dat fiind faptul că acoperea situațiile de fapt lăsate în afara incriminării de prevederile art. 32 alin. (1) lit. e). Totuși, utilitatea acestui text devine greu de înțeles în contextul în care, alături de prevederile art. 32 alin. (3) lit. b) reproduse mai sus, legiuitorul ce a considerat că se impune modificarea incriminării faptelor de terorism a construit (așa cum am arătat deja) infracțiunile de terorism și prin grefarea acestora față de atentatul contra unei colectivități și a actelor de diversiune. Or, conform prevederilor art. 402 noul Cod penal [față de care se vor raporta prevederile art. 32 alin. (1) lit. p)]. **Atentatul contra unei colectivități** se poate săvârși: „*prin otrăviri în masă, provocare de epidemii sau prin orice alt mijloc, în scopul îngreunării sau împiedicării exercitării puterii de stat*”, iar conform prevederilor art. 403 noul Cod penal **Actele de diversiune** vor fi definite după cum urmează: „*Distrugerea, degradarea sau aducerea în stare de neîntrebuințare, în întregime sau în parte, prin explozii, incendii sau în orice alt mod, a instalațiilor industriale, a căilor de comunicație, a mijloacelor de transport, a mijloacelor de telecomunicație, a construcțiilor, a produselor industriale sau agricole, ori a altor bunuri, dacă fapta pune în pericol securitatea națională*”. Având în vedere că pe viitor infracțiunile de terorism vor fi grefate pe infracțiunile de atentat contra unei colectivități și pe actele de diversiune, menținerea textului de la art. 32 alin. (1) lit. f) [devenit prin completare - art. 32 alin. (3) lit. b)] va conduce la suprapuneri ce decurg din reglementarea similară a situațiilor de fapt incriminate prin art. 32 alin. (1) lit. p) și art. 32 alin. (3) lit. b)... Textul astfel modificat va deveni greoi, iar paralelismele pe care le semnalăm vor conduce inevitabil la probleme de aplicare și la încadrări juridice profund criticabile. Câtă vreme aveam incriminări similare în Codul penal (actualul art. 161 C. pen. - Atentatul contra unei colectivități) și în Legea specială - Legea nr. 535/2004 - art. 32 alin. (1) lit. f), problema suprapunerii de reglementare putea fi rezolvată făcând aplicarea principiului „*specialia generalibus derogant*”. Mai mult, în incriminarea inițială, actele de terorism erau cele săvârșite de entități teroriste (prin raportarea prevederilor art. 32 la dispozițiile art. 4 pct. 1-5).

Or, pe viitor suprapunerile vor ridica serioase semne de întrebare cu privire la aplicabilitatea priorității a art. 32 alin. (1) lit. p) sau a celui de la art. 32 alin. (3) lit. b), în condițiile în care nu mai putem face aplicarea principiului invocat anterior, întrucât între cele două texte nu putem stabili o relație normă generală - normă specială.

Paradoxal, modificările aduse Legii speciale prin Legea de punere în aplicare a Codului penal dau și mai multă forță criticilor expuse în cadrul tezei de doctorat, întrucât generează noi suprapuneri, în condițiile în care posibilele suprapuneri reprezentau (și continuă să reprezinte) una dintre problemele majore ale incriminării actelor de terorism.

Art. 32 alin. (1) lit. g) amenințarea cu săvârșirea faptelor prevăzute la lit. a)-f)

La lit. g) este introdusă infracțiunea de amenințare cu săvârșirea de acte teroriste. Nu analizăm aici infracțiunea în ansamblu, întrucât se impune delimitarea acesteia de reglementările dispozițiilor art. 37 și cele ale art. 38 din lege.

Nici această reglementare nu trece nemodificată, în sensul că fapta de amenințare nu se va mai raporta la toate actele de terorism reglementate la art. 32, ci se are în

vedere fapta de amenințare astfel cum aceasta este definită în Codul penal - a se vedea dispozițiile viitoare de la art. 32 alin. (1) lit. b).

În opinia noastră, viitoarea reglementare conduce la un regres evident la nivelul incriminării. Deși în Expunerea de motive a Legii de punere în aplicare a Codului penal, ni se precizează că intenția legiuitorului a fost aceea de a proceda la o armonizare a legislației din materia actelor de terorism cu Decizia-Cadru 475/JHA/2002 și cu Decizia-Cadru 899/JHA/2008, remarcăm anularea unui text care anterior transpunea dispozițiile art. 1 lit. i) „*amenințarea de a înfăptui unul dintre comportamentele de la lit. a-h)*” din același articol. Nu putem să înțelegem rațiunile pentru care s-a ales această incriminare, deoarece ea contravine dispozițiilor comunitare și nu răspunde nici realităților specifice actelor de terorism.

IV. Alături de incriminările inițiale ca fapte de terorism a „atentatelor clasice”, Legea nr. 187/2012 a completat prevederile art. 32 cu incriminări care se impuneau pentru o transpunere cât mai completă a Deciziei-Cadru nr. 475/JHA/2002 - a se vedea prevederile art. 32 alin. (1) lit. r) - actele de terorism constând în „*preluarea fără drept a mijloacelor de transport colective de pasageri sau de mărfuri*”, precum și prevederile art. 32 alin. (3) lit. c) - „*perturbarea ori întreruperea aprovizionării cu apă, electricitate sau orice altă resursă naturală fundamentală, care au drept efect punerea în pericol a vieților umane*”.

Însă, alături de aceste dispoziții, există două prevederi ce vor intra în vigoare odată cu întreaga legislație penală ce va fi modificată după 1 februarie 2014: art. 32 alin. (1) lit. p) - actele teroriste constând în „*atentatul care pune în pericol securitatea națională, atentatul contra unei colectivități și actele de diversiune*” (art. 249-252 viitorul Cod penal) și art. 32 alin. (1) lit. q) - actele teroriste constând în „*fraude comise prin sisteme informatice și mijloace de plată electronică și infracțiuni contra siguranței și integrității sistemelor și datelor informatice*” (art. 360-366 viitorul Cod penal).

În opinia noastră legiuitorul greșește fundamental dacă raportăm actul terorist la atentatele contra siguranței naționale și a atentatelor contra unei colectivități, întrucât incriminarea va genera suprapuneri cu prevederile viitoare ale art. 32 alin. (2) lit. b). În același timp, dat fiind că în viitoarea reglementare, incriminarea actelor de terorism nu se va mai face prin raportarea apartenenței făptuitorului la o entitate teroristă, apreciem că textul de bază din Codul penal (norma generală), va deveni în mod paradoxal lipsit de aplicabilitate efectivă, în temeiul principiului *specialia generalibus derogant* atrăgând aplicabilitatea exclusivă a normei speciale din Legea nr. 535/2004.

Cât privește viitoarea incriminare ca acte de terorism a unor infracțiuni din sfera celor contra patrimoniului - fraudele informatice sau fraudele prin folosirea mijloacelor electronice de plată, nu înțelegem cum aceste fapte pot reprezenta infracțiuni teroriste... Înțelegem necesitatea de a incrimina cyberterorismul - ceea ce legiuitorul o face în teza finală a viitorului art. 32 alin. (1) lit. q) pentru ipoteza cyberatentatelor (infracțiunile contra siguranței și integrității sistemelor și datelor informatice). Însă, de ce sunt incriminate ca atentate teroriste (așadar ca infracțiuni de violență) fapte contra patrimoniului, nu putem înțelege. Nu insistăm foarte mult în această critică, doar semnalăm aici îndoiala noastră cu privire la caracterul terorist al fraudei (chiar și a celei informatice!).

În opinia noastră este evident că infracțiunile de terorism fac parte din sfera infracțiunilor de violență, or pentru ipoteza în care organizațiile teroriste intenționează să obțină fonduri pentru finanțarea activității acestora, faptele respective ar trebui să facă parte din sfera actelor specifice de sprijinire a organizațiilor teroriste.

V. În doctrină s-a arătat că terorismul se distinge de alte infracțiuni prin scopul cu care sunt comise actele. În Convențiile O.N.U. și alte instrumente internaționale, se evită constant să se dea o definiție terorismului și, de asemenea, se evită să se specifice intenția sau scopul pentru care actele sunt comise³². Din contră, în Decizia-Cadru a Uniunii Europene, se specifică unul dintre scopuri, și anume: „destabilizarea severă sau distrugerea structurii politice, constituționale, economice sau sociale a unui stat”.

Pentru a distinge între actul terorist și o infracțiune „de drept comun” s-a recurs la argumente, dar și la exemple. Astfel, două fapte aparent similare, primesc o calificare diferită, iar elementul ce le diferențiază este scopul terorist. Este luată ca ipoteză explozia unei bombe într-un restaurant. Dacă persoana pretinde că a acționat pentru sau în numele unui grup interesat de răsturnarea guvernului din statul unde fapta a fost comisă, se va reține caracterul terorist al acesteia. Dacă, însă făptuitorul este proprietarul restaurantului și a distrus localul pentru a obține asigurarea, fapta nu va mai avea același caracter³³. În același sens s-a pronunțat și un alt autor, fără alte argumente: „infracțiunile de drept comun pot fi calificate ca infracțiuni de terorism, atunci când sunt comise într-un anumit scop”³⁴.

În ce privește scopul atașat laturii subiective, constatăm că în majoritatea legislațiilor europene acesta este prevăzut în două moduri: fie prin reluarea prevederilor de la art. 1 din Decizia-Cadru (care indică scopul în vederea căroră se săvârșesc actele de terorism) și transpunerea acestora în norma internă, fie prin indicarea altui scop, fără ca acesta să conțină diferențe majore față de dispozițiile din decizie. În prima categorie amintim prevederile, despre care am mai făcut vorbire, din C. pen. german și austriac, dar și cele din C. pen. olandez, care definesc noțiunea de „obiectiv terorist”³⁵ prin raportare la prevederile preluate din art. 1 al Deciziei-Cadru.

În Codul penal spaniol scopul terorist, deși nu este denumit ca atare are în vedere fie perturbarea gravă a ordinii constituționale, fie alterarea gravă a liniștii publice³⁶.

³² R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmhurst, „*An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Ed Cambridge, 2007, p. 286-287.

³³ Ch. Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. I Crimes, Ed. Transnational Publishers, New York, 1999, p. 786.

³⁴ G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 189.

³⁵ Article 83a Cod penal olandez

A *terrorist objective* is understood to mean the objective to cause serious fear in (part) of the population in a country and/or to unlawfully force a government or international organisation to do something, not to do something, or to tolerate certain actions and/or to seriously disrupt or destroy the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation.

³⁶ A se vedea prevederile art. 571- 577 C. pen. spaniol.

O definiție proprie a „scopului terorist” este dată în Codul penal italian la art. 270 - sexies „Conduita cu scop terorist”³⁷. Nici această prevedere nu se îndepărtează prea mult de dispozițiile Deciziei-Cadru.

În fine, am lăsat la urmă prevederile din Codul penal francez, deoarece în viziunea acestui legiuitor actele teroriste sunt săvârșite doar în scopul de a atinge grav ordinea publică, prin intimidare sau teroare. La nivelul doctrinei franceze există o confuzie între scopul și mobilul cu care acționează făptuitorii³⁸, aspect care în opinia noastră a permis construcția infracțiunilor de terorism ca acte individuale. Au fost formulate critici, cu privire la confuzia ce există în doctrina franceză între mobil și intenție³⁹, ca elemente constitutive ale infracțiunii, cu referire la infracțiunile de terorism⁴⁰. Din păcate această confuzie, poate fi regăsită și în doctrina recentă. S-a afirmat astfel că „dacă vechiul cod penal nu conținea decât un număr minim de infracțiuni pentru care mobilul să fie realmente luat în seamă, situația este diferită în noul Cod penal. Astfel, mai multe infracțiuni de violență sunt agravate dacă sunt comise urmând un mobil specific, precum cele având în vedere etnia, naționalitatea, rasa sau religia. Tendința este și mai marcantă în cazul infracțiunilor foarte grave. Infracțiunile de terorism sunt definite la art. 421-1 alin. (1) din cod ca infracțiuni în legătură cu o acțiune având ca **scop** tulburarea gravă a ordinii publice prin teroare”⁴¹.

Cu privire la acest element al laturii subiective remarcăm modificarea adusă prin Legea de punere în aplicare a Codului penal a textului de la art. 32 din lege, prin redefinirea infracțiunilor de terorism. Astfel, legiuitorul preia și aduce în norma internă privind reglementarea actelor de terorism, scopul terorist - așa cum acesta este definit în Decizia-Cadru 475/JHA/2002.

Nu putem decât să laudăm această inițiativă, de vreme ce și noi am exprimat același punct de vedere în expunerea noastră, întrucât modificarea tranșează pentru viitor chestiunea legată de aspectul laturii subiective și incertitudinile generate de textul actual. În ce ne privește, apreciem că prin înlocuirea exprimării: „*Constituie acte de terorism infracțiunile comise în condițiile art. 2*” cu viitoarea reglementare: „*Constituie acte de terorism infracțiunile comise în scopul de a intimida populația ori de a constrânge o autoritate publică sau o organizație internațională să îndeplinească, să nu îndeplinească sau să se abțină de la îndeplinirea unui anumit act ori pentru a destabiliza grav sau a distruge structurile politice fundamentale, constituționale, economice sau sociale ale unui*”

³⁷ Art. 270-sexies (Condotte con finalità di terrorismo)

Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia.

³⁸ G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., p. 192.

³⁹ V. Cioclei, *Mobilul în conduita criminală*, Ed. All Beck, 1999, pp. 175-206.

⁴⁰ *Idem*, p. 197.

⁴¹ M. Benillouche, *La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction: plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité*, în *Revue de science criminelle* 2005 p. 529.

stat sau organizații internaționale”textul surprinde mult mai clar intenția directă cu care acționează făptuitorul.

Din fericire, varianta finală a redefinirii infracțiunilor de terorism, astfel cum este prevăzută în art. 172 din Legea nr. 187/2012 reprezintă o formă îmbunătățită față de varianta inițială a art. 159 a proiectului acestei legi, astfel cum acest proiect fusese conceput de Ministerul Justiției. În acea variantă „de tranzit” scopul nu era indicat, așa cum este firesc în însăși definiția infracțiunilor de terorism, ci la finalul alin. (1), iar alin. (2) și (3) era construit prin raportare la scopul formulat la finalul alin. (1)... (Definiție care ne amintește de incriminările actelor de terorism din O.U.G. nr. 159/2001, or acea configurație a textului fusese practic refăcută prin dispozițiile Legii nr. 535/2004). Această neglijență cu care se prefigura redimensionarea arhitecturii interne a normei de incriminare a actelor de terorism a fost remarcată la adoptarea legii în Parlament, astfel încât varianta finală conține nu doar dispoziții mai bune, ci se distinge totodată prin eleganța necesară formulării normei - ca expresie a unui exercițiu intelectual îndeosebi rafinat.

În concluzie, salutăm unele dintre modificările aduse incriminării actelor de terorism, dar în aceeași măsură criticăm conținutul supradimensionat al textului, care conduce la paralelisme și suprapuneri și care continuă să stârnească dubii cu privire la voința legiuitorului și întrebări privind interpretarea unor texte.

Accesiunea imobiliară artificială. Calificarea autorului lucrării autonome: proprietar, posesor sau detentor

*Asist. univ. drd. Adriana Ioana PÎRVU,
Facultatea de Științe Juridice și Administrative,
Universitatea din Pitești*



Conventional estate accession. Qualification of the author for autonomous work: owner, holder or keeper

Abstract: Most of the times, conventional estate accession arid thalweg as a result of the incorporation into the ground of some materials in order to build a building. What our study is trying to determine is which quality has, in such a situation, the author's work.

At first glance, this problem is solved simply by resorting to the rules from accession matter. Under the previous Civil Code doctrine studies have shown, that this rules are interpretable providing a favorable climate for giving different jurisprudential solutions for similar causes. The dominant solution in matter was however that one according to which the good faith builder has regarding to the risen building owner quality, while the bad faith builder is considered simply poor regulator.

Neither the current Civil Code doesn't fully clarify this issue. Interpretation of the new regulations leads to a „retraining” the author of the work, when it was in good faith. Such an author, which is in the land register as the owner of the building can no longer be considered a simple owner. He takes validly, at least, the ownership quality until the moment of getting ownership real estate by the fund owner under accession.

Keywords: property, accession, owner, holder, keeper.

Accesiunea imobiliară artificială are drept premisă unirea materială a două lucruri: unul imobil, considerat principal, și unul sau mai multe lucruri mobile considerate accesorii. Această unire este rezultatul unei acțiuni umane voluntare și are, ca principiu, un caracter durabil.

Instanțele trebuie să determine momentul în care se naște dreptul de proprietate cu privire la imobilul nou edificat. Doctrina nu are un punct de vedere unitar cu privire la determinarea acestui moment. Principalele teorii susținute de doctrină, sub imperiul vechiului Cod civil, au fost: cea a dobândirii instantanee a dreptului de proprietate prin încorporare

și cea a dobândirii dreptului de proprietate prin exercitarea dreptului potestativ de accesiune¹, drept ce se naște o dată cu primul act de încorporare a materialelor în sol.

Prin urmare instanța ar trebui să decidă care este dreptul care se naște ca efect al încorporării materialelor de construcție în sol. Sub acest aspect, trebuie precizat faptul că, nu orice autor al unei lucrări pe terenul ce aparține unei alte persoane se supune dispozițiilor art. 494 C. Civ. (art. 567 C. civ. în vigoare)². Dispozițiile privind accesiunea, având un caracter supletiv, pot fi înlăturate de la aplicare prin voința părților. Părțile își pot manifesta o astfel de intenție, prin încheierea unei convenții, din care să rezulte faptul că autorul lucrării a acționat ca administrator, antreprenor sau mandatar. Raportul juridic izvorât dintr-o astfel de convenție va fi, în principiu, guvernat de legea părților (convenția). În mod similar, dispozițiile privind accesiunea imobiliară artificială nu sunt incidente atunci când se constată că sunt aplicabile prevederile legale ce reglementează gestiunea de afaceri sau coproprietatea³.

Sub imperiul vechiului cod, nici instanțele și nici doctrina nu au ajuns la un consens, cu privire la momentul nașterii dreptului de proprietate în temeiul accesiunii sau la natura dreptului ce se naște în favoarea proprietarului fondului, ca urmare a încorporării materialelor în sol. Controversa ar fi trebuit soluționată prin noul Cod civil. Legiuitorul nu a dat o soluție concretă acestei probleme nici de această dată.

Mergând pe teoria potrivit căreia, prin încorporarea materialelor în sol se naște un drept potestativ de accesiune, în exercitarea acestuia, titularul are posibilitatea de a opta între a deveni proprietarul imobilului, cu obligația corelativă de a-l despăgubi corespunzător pe constructor, a solicita obligarea constructorului la cumpărarea terenului la prețul pe care acesta l-ar fi avut dacă lucrările nu s-ar fi edificat, (opțiuni valabile atât în cazul constructorului de bună-credință, cât și în cel al constructorului de rea-credință) sau a solicita obligarea autorului lucrării la ridicarea acesteia (opțiune valabilă numai pentru situația lucrării realizate de un constructor de rea-credință).

Întrebarea care se pune este de a ști ce calitate are autorul lucrării, raportat la aceasta, până la exercitarea dreptului de opțiune?

Răspunsul clasic la această întrebare depinde de stabilirea caracterului constructorului, dacă acesta este de bună sau de rea-credință.

Se consideră aproape în unanimitate că în perioada cuprinsă între realizarea lucrării și manifestarea de voință a proprietarului terenului, în sensul preluării construcției în proprietate, „constructorul exercită asupra construcției și terenului, numai o simplă posesie, care nu este atributul vreunui drept real”⁴. Întrunind ambele elemente definitorii ale posesiei, atât *animus*, cât și *corpus*, autorul lucrării beneficiază din plin de efectele acesteia.

Ca prim efect al posesiei sale, constructorul va beneficia, până la intervenția proprietarului, de prezumția de proprietate asupra imobilelor, fond și construcție.

Un alt efect al posesiei sale îl reprezintă dobândirea fructelor imobilului. Constructorul de bună-credință nu poate fi obligat de proprietarul fondului să restituie fructele bunului

¹ V. Stoica, *Accesiunea imobiliară artificială (I)*, în *Dreptul* nr. 1/2006, p. 41.

² V. Stoica, *Accesiunea imobiliară artificială (II)*, în *Dreptul* nr. 2/2006, p. 61.

³ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Atelierele grafice SOCEC, București, 1909, tomul III, partea I, p. 353.

⁴ I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Ed. All Beck, 2003, p. 268.

sau contravaloarea lor. Numai constructorul de rea-credință poate fi astfel obligat, așa cum rezultă din prevederile art. 583 alin. (2) din noul Cod civil. Deși proprietarul fondului este obligat față de constructorul de rea-credință să îi plătească în cuantum „rezonabil” cheltuielile necesare realizate, el va putea deduce „valoarea fructelor imobilului, diminuată cu costurile necesare obținerii acestora”.

În fine, constructorul de bună-credință, deși nu este proprietarul fondului asupra căruia a realizat lucrarea, va putea deveni proprietar al acestuia, ca urmare a exercitării posesiei pe durata și în condițiile prevăzute de lege, ca efect al uzucapiunii.

De vreme ce buna-credință a constructorului încetează la data introducerii unei acțiuni în judecată de către proprietarul fondului, de la aceeași dată posesia exercitată de acesta se transformă în detentie precară.

Spre deosebire de constructorul de bună-credință, cel de rea-credință este lipsit de animus, elementul intențional caracteristic posesiei. El realizează în cunoștință de cauză lucrarea pe un teren asupra căruia cunoaște că nu are un titlu (valabil) de proprietate. Acesta este motivul pentru care constructorul de rea-credință este considerat a fi detentor precar. El nu exercită decât o stăpânire materială asupra fondului, stăpânire care este exercitată, de regulă, în temeiul unui act juridic încheiat cu proprietarul, act în temeiul căruia el este obligat la restituirea bunului către acesta. În doctrina franceză⁵ a fost exprimată opinia potrivit căreia, obligația impusă locatarului de a restitui bunul, la încetarea locațiunii, în starea sa inițială, este chiar o aplicație particulară a reglementărilor accesiei imobiliare artificiale, mai exact a acelor prevederi ce oferă proprietarului fondului posibilitatea de a solicita constructorului de rea-credință ridicarea lucrărilor edificate pe terenul său. O aplicare particulară a aceleiași reglementări, o regăsim și în recunoașterea dreptului locatarului de a solicita despăgubiri pentru îmbunătățirile aduse bunului închiriat, atunci când proprietarul bunului decide să le păstreze.

Prin intervertirea precarității, constructorul de rea-credință ar putea deveni și el un veritabil posesor, beneficiind din acel moment de toate efectele juridice recunoscute de lege posesorului.

Noul Cod civil prevede atât posibilitatea constructorului de bună-credință, cât și a celui de rea-credință, de a-și păstra, cu acordul implicit al proprietarului fondului, stăpânirea asupra fondului, atâta timp cât există construcția, prin constituirea unui drept de suprafață. Potrivit art. 693 C. civ. „suprafața se poate înscrie pe baza renunțării proprietarului terenului la dreptul de a invoca accesunea, în favoarea constructorului.” Dreptul de suprafață se va naște în favoarea proprietarului prin înscrierea în cartea funciară a actului de renunțare, act ce considerăm că va trebui să îmbrace forma autentică, de vreme ce echivalează cu renunțarea la dreptul de proprietate asupra construcției, caz în care legiuitorul cere în mod expres forma autentică a actului de renunțare (art. 889 C. civ.). Pe de altă parte, dreptul de suprafață, ca dezmembrământ al dreptului de proprietate nu s-ar putea constitui valabil decât printr-un act autentic.

Nu vedem însă care sunt motivele pentru care nu am considera că, de fapt, până la momentul exercitării dreptului de opțiune, constructorul, fie de bună-credință, fie de rea-credință, nu ar putea fi considerat proprietar al construcției.

⁵ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 3^{ème} édition, Recueil Sirey, Paris, 1938, p. 925, cit. de V. Stoica, *Accesunea (II)*, p. 63.

Aderăm astfel la opinia exprimată în doctrină⁶, potrivit căreia, până la intervalul menționat, autorul lucrării este proprietarul acesteia. El este un proprietar sub condiția rezolutorie a exercitării dreptului de opțiune. Este vorba despre o condiție rezolutorie atipică, ce constă în exercitarea dreptului de accesiune în formă pozitivă. Atipicitatea acestei condiții rezidă din faptul că ea nu este prevăzută într-un act juridic, prin voința părților, ci chiar în lege. În plus, caracterul atipic al acestei condiții rezolutorii reiese și din faptul că efectul îndeplinirii condiției nu se produce retroactiv. Proprietarul imobilului devine proprietarul lucrării numai din momentul în care el își exercită dreptul de accesiune.⁷

Pentru a jure la o astfel de interpretare, putem porni de la dreptul de proprietate ce poartă asupra materialelor. Aceasta poate aparține fie constructorului, fie unei alte persoane. Dacă materialele aparțin constructorului, în temeiul dreptului de proprietate pe care îl deține, considerăm că lucrul în care se transformă lucrul inițial, nu se poate afla decât în proprietatea sa.

Pe de altă parte, există și situația în care lucrarea este realizată de un terț, cu materialele sale sau ale altuia. Este unanim admis în doctrină, faptul că, cele două bunuri implicate în accesiune, sunt terenul și construcția ridicată asupra sa. Dacă accesiunea s-ar produce numai între teren și materialele de construcție încorporate, nu vedem de ce în cuantumul despăgubirilor, atunci când proprietarul terenului dorește să păstreze construcția, ar trebui inclusă și valoarea muncii, pe lângă valoarea materialelor. În temeiul accesiunii, proprietarul terenului ar trebui să plătească numai valoarea materialelor. Valoarea muncii ar putea fi invocată separat, în temeiul gestiunii de afaceri. Fiind însă vorba de încorporarea construcției în teren, despăgubirea va viza bunul în ansamblul său, însumând valoarea materialelor și a muncii.

De altfel, de vreme ce materialele se transformă prin prelucrarea lor, ele nici nu mai există ca atare, locul lor fiind preluat de construcția care face obiectul accesiunii. Cum accesiunea presupune doi proprietari diferiți, considerăm că este justificată opinia potrivit căreia, constructorul, fie de bună-credință, fie de rea-credință, poate fi considerat nu doar posesor sau detentor, ci chiar proprietar al construcției.

În cea de-a doua ipoteză, cea în care materialele aparțin unei alte persoane, considerăm că situația este aceeași, fiind însă precedată de o altă accesiune, de data aceasta mobilă, sub forma specificațiunii. Această specificațiune se produce ca urmare a încorporării materialelor într-o construcție. Prin încorporare, ele își pierd identitatea, transformându-se într-un lucru nou. Aportul constructorului fiind, de regulă, mai mare decât cel al proprietarului materialelor, accesiunea operează în favoarea constructorului, care devine astfel proprietarul construcției.

Considerăm că, cel puțin implicit, adesea s-a recunoscut, chiar în doctrină, calitatea de proprietar a constructorului. Un astfel de exemplu, de recunoaștere implicită a acestui fapt, îl regăsim în propunerea de schimbare a criteriului de determinare a bunului considerat principal, în cazul accesiunii imobiliare artificiale. S-a propus ca determinarea bunului principal să se facă pe criteriu valoric, ajungându-se prin aplicarea acestui criteriu la situații în care bunul principal nu este terenul, ci lucrarea edificată asupra lui. Considerăm că autorii acestei opinii au avut în vedere faptul că, de multe ori, construcția realizată are

⁶ V. Stoica, *Accesiunea (I)*, op. cit. p. 50.

⁷ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, 2009, pp. 327-328.

o valoare net superioară terenului, fapt ce, pe de-o parte, face inechitabilă soluția accesii față de constructor, pe de altă parte, face greu de suportat accesiunea de către proprietarul terenului, care trebuie să-l despăgubească pe constructor.

Înseși instanțele⁸, prin hotărârile pe care le-au pronunțat, sunt cele care uneori, tot în mod implicit, au lăsat să se înțeleagă faptul că proprietarul construcției, până la momentul invocării accesii de către proprietarul terenului, este constructorul. Uneori, chiar în mod explicit instanța a exprimat, conștient sau nu, acest fapt. Astfel, într-o decizie, Curtea Constituțională a susținut că ea „nu poate reține nici critica de neconstituționalitate potrivit căreia prevederile art. 494 din Codul civil creează o discriminare evidentă între **proprietarul construcției și proprietarul terenului pe care este edificată construcția**, de vreme ce acestea se aplică în mod egal tuturor persoanelor aflate în situația reglementată de ipoteza normei juridice, fără nicio discriminare pe criterii arbitrare”⁹.

De cele mai multe ori, în mod expres, Curtea s-a pronunțat în sens contrar, însă numai cu privire la calitatea constructorului de rea-credință, considerând că „autoarea excepției pornește de la o premisă greșită atunci când susține că, în calitate de proprietar al construcției edificate cu rea-credință pe terenul altuia, nu beneficiază de despăgubiri pentru valoarea acesteia, ceea ce, în opinia sa, contravine protecției constituționale și internaționale a dreptului de proprietate privată”¹⁰. *Per a contrario*, constructorul de bună-credință are asupra construcției un drept real, respectiv, de proprietate?

Calitatea de proprietar a constructorului a fost recunoscută în mod explicit și de instanțele de drept comun¹¹, care au considerat că „prin exercitarea dreptului de accesie

⁸ Curtea Constituțională, Decizia nr. 91/2003, <http://www.legex.ro/Decizia-91-2003-35809.aspx>, accesat în data de 13 martie 2013, ora 15.10: „Atunci când constructorul este de bună-credință, având convingerea eronată că acel teren este proprietatea sa, în mod obligatoriu, *proprietarul terenului devine și proprietarul construcției*, cu obligația de a-l despăgubi pe constructor, fără a putea cere însă dărâmarea sau ridicarea lucrărilor efectuate”. Deci proprietarul terenului nu este deja proprietar al construcției ca efect al încorporării materialelor în sol, ci devine proprietarul acesteia de îndată ce își manifestă această opțiune. Mai mult, unele instanțe au recunoscut în mod expres calitatea de proprietar a constructorului. Astfel, în cadrul unei excepții de neconstituționalitate, Tribunalul Iași, secția civilă, „arată că susținerea potrivit căreia tratamentul juridic diferit al *proprietarului construcțiilor sau plantațiilor față de proprietarul terenului* contravine dispozițiilor constituționale ale art. 16 este neîntemeiată”, Curtea Constituțională, Decizia nr. 1306/2009, <http://lege5.ro/Gratuit/gezdsnbxge/decizie-1306-2009-referitoare-la-respingerea-excepției-de-neconstituționalitate-a-prevederilor-art-494-din-codul-civil>, accesat în data de 13 martie 2013, ora 15.10.

⁹ CC, Dec. nr. 1306/2009, cit.

¹⁰ CC, Dec. nr. 395/2007, <http://lege5.ro/Gratuit/geydenjuhe/decizie-395-2007-referitoare-la-excepția-de-neconstituționalitate-a-dispozițiilor-art-494-din-codul-civil>, accesat în data de 13 martie 2013, ora 15.25. În același sens, CC, Dec. nr. 152/2007, Dec. nr. 1306/2009 ș.a.

¹¹ Există însă și instanțe care consideră că astfel de hotărâri, deși constată dreptul de proprietate asupra construcțiilor, nefiind apte să constituie un drept de superficie, respectiv de folosință asupra terenului aferent, de fapt, ele doar produc efectele „necesare reținerii calității de constructor de bună-credință (...) la momentul edificării imobilelor, necesară pretinderii și obținerii unei juste despăgubiri corelativă manifestării de voință a proprietarului terenului de a dobândi în patrimoniul său, bunurile imobile, pe calea activării accesii imobiliare artificiale”, Sentința civilă nr. 803/C/2008 a Tribunalului Neamț, definitivă prin Decizia nr. 75/2009, Secția civilă, cauze minore, familie, conflicte de muncă, asigurări sociale a Curtii de Apel Bacău, <http://www.avocatura.com/speta-74012-civil-accessiune.html#ixzz2NX3udmHT>, accesat în data de 14 martie 2013, ora 18.50.

nu s-a produs nicio încălcare a dreptului de proprietate asupra construcției în litigiu, cât timp raporturile dintre proprietarul terenului și autorul lucrării se află sub incidența dispozițiilor art. 494 C. civ. (anterior n.n.); în raporturile de drept privat, legiuitorului îi sunt îngăduite excepții printr-o lege organică, așa cum este în cazul art. 494 C. civ., în vederea asigurării unui just echilibru între interesele **proprietarului terenului și ale proprietarului construcției**¹².

La aceeași interpretare, privind calitatea de proprietar a constructorului, considerăm că se ajunge și urmărind calea procedurală a accesiei. De vreme ce, „un drept de proprietate conform dispozițiilor art. 492 și urm. nu poate fi dobândit fără o cerere expresă în acest sens”¹³, înseamnă că, până la formularea unei astfel de cereri, proprietarului terenului nu i se poate recunoaște calitatea de proprietar asupra construcției. Într-o astfel de ipoteză, considerăm că până la formularea cererii respective, proprietar al construcției nu poate fi decât constructorul, cel ce este sau a devenit prin specificațiune și proprietarul materialelor, sau cel căruia constructorul i-a transmis acest drept.

Este adevărat că „dreptul de accesie se naște pe măsura încorporării materialelor în teren, însă dreptul de proprietate asupra materialelor este dobândit în momentul exercitării dreptului de accesie, care poate să îmbrace mai multe forme: introducerea unei acțiuni în evacuare, o notificare prin intermediul executorului judecătoresc sau formularea unei acțiuni în revendicare”¹⁴.

Autorii care susțin că, până la invocarea dreptului de accesie, proprietarul lucrării este autorul ei, au realizat chiar o paralelă cu situația ce rezultă din contractul de antrepriză. Atunci când antreprenorul realizează lucrarea la care s-a angajat cu materialele proprii, el păstrează proprietatea asupra lor, respectiv asupra lucrării în care acestea sunt încorporate până la finalizarea lucrării. „Așadar, în cazul contractului de antrepriză, se admite că proprietarul lucrării este o altă persoană decât proprietarul terenului, fără a fi însă vorba de un drept de suprafață”¹⁵. Dreptul de proprietate se transferă către beneficiarul contractului, în urma recepției lucrării.

Așa cum menționam la începutul studiului, există și opinia potrivit căreia, dreptul de proprietate se naște în temeiul accesiei, în favoarea proprietarului fondului, chiar de la data încorporării materialelor în sol. Această teorie reprezintă practic o interpretare extensivă adusă art. 493 C. civ. anterior, acesta reglementând situația lucrărilor realizate de chiar proprietarul terenului, dar cu materialele unui terț. Prin aplicarea acestei teorii „proprietarul fondului devine automat proprietar al construcției, din momentul efectuării acesteia și, ca orice proprietar, are drept de dispoziție asupra construcției, cu excepția situației în care constructorul a fost de bună-credință, situație în care nu se poate cere demolarea construcției”¹⁶.

¹² C.A. Constanța, s. civ., pentru cauze cu minori și familie și pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, decizia nr. 312 din 6 iunie 2007, în B.C.A. nr. 3/2007, preluată și comentată de Ionica Ninu, Uzucapiunea și accesiea imobiliară, Ed. Hamangiu, 2009, p. 294.

¹³ ÎCCJ, s. com., decizia nr. 1053 din 15 martie 2006, în Legalis, coment. de I. Ninu, *lucr. cit.*, p. 275.

¹⁴ C.A. Constanța, s. civ., pentru cauze cu minori și familie, pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, decizia nr. 10 din 10 ianuarie 2007, în B.C.A. nr. 2/2007, coment. de I. Ninu, *lucr. cit.*, p. 283.

¹⁵ V. Stoica, *Accesiea imobiliară artificială (I)*, în Dreptul nr. 1/2006, p. 66.

¹⁶ C.A. Cluj, s. civ., de muncă și asigurări sociale, pentru minori și familie, decizia nr. 1495 din 9 iunie 2006, în C.A. Cluj, B.J. 2006, coment. de I. Ninu, *op. cit.*, p. 310.

Evident, aceste interpretări își pot găsi aplicarea în acele cauze ce se soluționează potrivit Codului civil anterior, care permitea dobândirea în proprietate a unei construcții prin simpla edificare¹⁷, deși edificarea nu era o condiție suficientă¹⁸.

Actualul Cod civil condiționează dobândirea valabilă a dreptului de proprietate asupra unui imobil de înscrierea sa în cartea funciară. Prin urmare, în noul context legal, numai un constructor de bună-credință ar putea deveni proprietar al construcției până la invocarea dreptului de proprietate de către adevăratul proprietar al terenului, întrucât numai el ar putea să își înscrie dreptul. Constructor de bună-credință, așa cum este conceput el de noua reglementare, este numai acela care se întemeiază fie pe cuprinsul cărții funciare în care, la data realizării lucrării, era înscris ca proprietar al imobilului, fie pe un mod de dobândire nesupus înscrierii în cartea funciară, dacă în ambele cazuri, nu rezultă din cartea funciară și nu a cunoscut pe nicio altă cale viciul titlului său”. (art. 586 C. civ.) În plus, numai un constructor care deține autorizație de construcție poate fi considerat de bună-credință.

„Ca urmare, în intervalul de timp cuprins între realizarea lucrării autonome cu caracter durabil și dobândirea dreptului de proprietate asupra sa, prin intabularea în cartea funciară de către adevăratul proprietar al imobilului, autorul de bună-credință, care este înscris în cartea funciară ca proprietar al imobilului, nu mai este un simplu posesor, ci va trebui considerat el însuși proprietar”¹⁹.

Se pare că însuși legiuitorul noului Cod civil a înțeles să îmbrățișeze această interpretare, potrivit căreia constructorul, dar numai cel de bună-credință, este proprietarul lucrării, până la momentul invocării dreptului de accesiune de către titularul său. „Este o ficțiune juridică fără a cărei utilizare ar trebui să acceptăm ideea că lucrarea autonomă nu are niciun proprietar în acest interval de timp”²⁰.

Cu toate că legiuitorul nu îl mai consideră pe constructorul de bună-credință doar un posesor, el continuă să îl considere pe constructorul de rea-credință a fi un detentor precar. Această concepție rezultă din interpretarea art. 597 C. civ., potrivit căruia „lucrările făcute de un detentor precar sunt supuse, în mod corespunzător, regulilor aplicabile autorului de rea-credință”.

¹⁷ „Principala modalitate de dobândire a proprietății construcțiilor o reprezintă edificarea acestora de către cei interesați” E. Chelaru, *Drept civil, Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, 2006, p. 158.

¹⁸ „Faptul construirii nu constituie prin el însuși o modalitate de dobândire a dreptului de proprietate, având în vedere că terenul nu aparține părții, ci statului, iar reclamanta rămâne un simplu constructor pe terenul altuia, dobândirea dreptului de proprietate prin accesiune imobiliară fiind în favoarea proprietarului terenului”, ÎCCJ, s. com., decizia nr. 1995 din 1 iunie 2006, coment. de I. Ninu, *lucr.* p. 319.

¹⁹ E. Chelaru, *Comentariu din lucrarea Noul Cod civil. Comentariu pe articole, 1-2.664*, Fl. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Ed. C.H. Beck, 2012, p. 654.

²⁰ E. Chelaru, *Comentariu*, 2012, p. 654.

BIBLIOGRAFIE:

D. Alexandresco, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, Atelierele grafice SOCEC, București, 1909, tomul III;

L. Josserand, Cours de droit civil positif français, t. I, 3^{ème} edition, Recueil Sirey, Paris, 1938;

I. Dogaru, S. Cercel, Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale, Editura All Beck, 2003;

V. Stoica, Accesiunea imobiliară artificială (I), Dreptul nr. 1/2006;

V. Stoica, Accesiunea imobiliară artificială (II), Dreptul nr. 2/2006;

E. Chelaru, Drept civil, Drepturile reale principale, Ed. C.H. Beck, 2006;

V. Stoica, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. C.H. Beck, 2009;

Ionica Ninu, Uzucapiunea și accesiunea imobiliară, Ed. Hamangiu, 2009, p. 294;

E. Chelaru, Comentariu, din Noul Cod civil. Comentariu pe articole, 1-2.664, Fl. Baias

E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Ed. C.H. Beck, 2012.

Prejudiciul de mediu în lumina legislației actuale

*Asistent universitar doctor Maria-Cristina PETRE
Facultatea de Drept, Universitatea din București*



Environmental damage according to the current legislation

Abstract: As it is necessary to assure the environment protection - a major public interest objective - both in the interest of the current and future population, as well as with a view to implementing the sustainability concept and to providing proper compensation for the victims of pollution, efforts have been made in order to develop a legal framework which tackles the environmental prejudice based on its specific characteristics.

This scientific approach is aimed at briefly reviewing the key issues associated to environmental prejudice, both in terms of its prevention and of possible remedies.

Keywords: pollution, environmental prejudice, prevention, remedy.

§ I. Scurtă introducere

Raportat la legislația în vigoare în dreptul intern, studiul în lucrarea de față se va concentra asupra aspectelor pe care le surprinde, în materie, O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu trimiterile de rigoare, atunci când este cazul, și la alte reglementări cu incidență în domeniu.

§ II. Noțiunea de prejudiciu asupra mediului. Domeniul de aplicare a O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului

În condițiile în care „criza ecologică” și-a făcut resimțită prezența din ce în ce mai acut, s-a impus cu necesitate abordarea și implementarea unor măsuri menite să concilieze relația dintre dezvoltarea economică și protecția mediului, măsuri concretizate și în

adoptarea de reglementări care să asigure, cu prioritate, prevenirea¹, iar atunci când este cazul repararea atingerilor aduse mediului.

În dreptul mediului abordarea prejudiciului vizează valențele specifice impuse de particularitățile valorilor amenințate de efectele poluării.

Prejudiciul în materie de mediu² nu a cunoscut, în dreptul național, o definiție consacrată legislativ anterior intrării în vigoare a Legii nr. 137/1995³, vechea lege a protecției mediului, care, a definit, inițial, *prejudiciul* ca reprezentând efectul cuantificabil în cost al daunelor asupra sănătății oamenilor, bunurilor sau mediului provocat de poluanți, activități dăunătoare sau dezastre (Anexa nr. I) și, ulterior, în urma modificării prin O.U.G. nr. 91/2002⁴, ca fiind efectul cuantificabil în cost al daunelor asupra sănătății oamenilor, bunurilor sau mediului, provocat de poluanți, activități dăunătoare, accidente ecologice sau fenomene naturale periculoase. În schimb, prima lege a protecției mediului, Legea nr. 9/1973⁵ se limita, sub acest aspect, la a prevedea, în art. 73, că „încălcarea dispozițiilor legale cu privire la protecția mediului înconjurător atrage răspunderea disciplinară, materială, civilă, contravențională sau penală, după caz”.

Actuala reglementare cadru în domeniul protecției mediului, O.U.G. nr. 195/2005, cu modificările și completările ulterioare, definește *prejudiciul* ca reprezentând o schimbare

¹ Având în vedere că prejudiciul adus mediului prezintă adeseori un caracter ireversibil, prevenirea constituie un element esențial în materia dreptului mediului. De altfel, prevenirea este ridicată la rang de principiu legislativ, găsindu-și consacrare în art. 3 lit. c) din O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, publicată în M. Of. nr. 1196 din 30 octombrie 2005, aprobată prin Legea nr. 265/2006, publicată în M. Of. nr. 586 din 6 iulie 2006, modificată și completată succesiv, ultima dată prin O.U.G. nr. 71/2011, publicată în M. Of. nr. 637 din 31 august 2011. Principiul prevenirii se situează, alături de alte principii, la temelia politicii de mediu a Uniunii Europene și, în același timp, se regăsește în numeroase instrumente juridice internaționale în materie de mediu.

² În literatura juridică de specialitate, prejudiciul a fost definit ca fiind „rezultatul, efectul negativ suferit (...) ca urmare a faptei ilicite săvârșite de o (...) persoană ori ca urmare a faptei unui animal sau lucru, pentru care este ținută a răspunde o anumită persoană” (C-tin Stătescu, C. Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 2005, p. 135); în privința prejudiciului adus mediului, în literatura juridică de specialitate, a fost folosită sintagma „daună ecologică”, utilizată pentru prima dată de M. Dépax, în *Droit de l'environnement*, Litec, Paris, 1980, p. 1036; „dauna ecologică” a fost definită ca fiind „vătămarea adusă mediului” (P. Girod, *La réparation dommage écologique*, Thèse, Paris, 1974, p. 13), „acea vătămare care aduce atingere ansamblului elementelor unui sistem și care, datorită caracterului său indirect și difuz, nu permite constituirea unui drept la reparație” (M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1991, pp. 1034-1041), „orice pagubă cauzată direct mediului, considerată ca independentă de repercusiunile sale asupra persoanelor și bunurilor” (F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, 1981, p. 293). Sub aspect terminologic, în literatura de specialitate se folosește și sintagma „prejudiciu ecologic”, „pagubă ecologică” (a se vedea în acest sens M. Dutu, *Legea protecției mediului*, în *Dreptul nr. 5/1996*, p. 9, M. Dutu, *Dreptul mediului. Tratat. Abordare integrată, vol. I*, Ed. Economică, București, 2003, pp. 394-397). D. Marinescu în *Tratat de Dreptul Mediului*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 629-630, apreciază ca fiind adecvată sintagma „prejudiciu adus mediului”, argumentând că noțiunea de „mediu” este mai complexă decât noțiunea de „ecologie”.

³ Legea nr. 137/1995 a protecției mediului a fost publicată în M. Of. nr. 304 din 30 decembrie 1995 și republicată în M. Of. nr. 70 din 17 februarie 2000.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 465 din 28 iunie 2002.

⁵ Legea nr. 9/1973 privind protecția mediului înconjurător, publicată în Buletinul Oficial nr. 91 din 23 iunie 1973.

negativă măsurabilă a unei resurse naturale sau o deteriorare măsurabilă a unui serviciu legat de resursele naturale, care poate surveni direct sau indirect⁶.

Codul silvic al României⁷, la pct. 28 din Anexă, definește *prejudiciul adus pădurii* ca fiind efectul unei acțiuni umane, prin care este afectată integritatea pădurii și/sau realizarea funcțiilor pe care aceasta ar trebui să le asigure⁸.

În lumina reglementării în vigoare referitoare la răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului⁹, prin *prejudiciu* se înțelege o schimbare negativă măsurabilă a unei resurse naturale sau o deteriorare măsurabilă a unui serviciu legat de resursele naturale, care poate surveni direct sau indirect.¹⁰

Mai mult, actul normativ menționat¹¹ stabilește *prejudiciul asupra mediului* ca reprezentând:

- *prejudiciul asupra speciilor și habitatelor naturale protejate*¹², respectiv orice prejudiciu care are efecte semnificative¹³ negative asupra atingerii sau menținerii unei stări favorabile de conservare a unor astfel de habitate sau specii. Prejudiciile aduse

⁶ Art. 2 pct. 52 din O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare.

⁷ Legea nr. 46/2008 privind Codul Silvic, publicată în M. Of. nr. 238 din 27 martie 2008, a fost modificată și completată de O.U.G. nr. 193/2008, publicată în M. Of. nr. 825 din 8 decembrie 2008, aprobată prin Legea nr. 193/2009, publicată în M. Of. nr. 365 din 1 iunie 2009, de Legea nr. 54/2010, publicată în M. Of. nr. 186 din 24 martie 2010, de Legea nr. 95/2010, publicată în M. Of. nr. 350 din 27 mai 2010 și de Legea nr. 60/2012, publicată în M. Of. nr. 255 din 17 aprilie 2012.

⁸ Aceste acțiuni pot afecta pădurea fie în mod direct, prin acțiuni desfășurate ilegal, fie în mod indirect, prin acțiuni al căror efect asupra pădurii poate fi cuantificat în timp. Se încadrează în acest tip efectele produse asupra acestora în urma poluării, realizării de construcții, exploatarea de resurse minerale, cu identificarea relației cauză-efect certificate prin studii realizate de organisme abilitate, neamenajarea zonelor de limitare a propagării incendiilor, precum și neasigurarea dotării minime pentru intervenție în caz de incendiu.

⁹ O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, publicată în M. Of. nr. 446 din 29 iunie 2007, aprobată prin Legea nr. 19/2008, publicată în M. Of. nr. 170 din 5 martie 2008, modificată și completată prin O.U.G. nr. 15/2009, publicată în M. Of. nr. 149 din 10 martie 2009 și prin O.U.G. nr. 64/2011, publicată în M. Of. nr. 461 din 30 iunie 2011. Actul normativ menționat transpune în dreptul intern prevederile Directivei nr. 2004/35/EC a Parlamentului European și a Consiliului privind răspunderea pentru mediu înconjurător în legătură cu prevenirea și repararea daunelor aduse mediului, publicată în JO L 143 din 30 aprilie 2004, în vederea stabilirii unui cadru legislativ unitar în domeniu. Pentru o analiză a O.U.G. nr. 68/2007 a se vedea și D. Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a IV-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 615 - 629, M. Duțu, *Prevenirea și repararea pagubelor de mediu potrivit O.U.G. nr. 68/2007*, în *Dreptul nr. 11/2007*, pp. 9-24.

¹⁰ Art. 2 pct. 12 din O.U.G. nr. 68/2007.

¹¹ Art. 2 pct. 13 lit. a), b), c) din O.U.G. nr. 68/2007.

¹² Potrivit art. 2 pct. 17 din O.U.G. nr. 68/2007, în categoria speciilor și habitatelor naturale protejate intră: a) speciile incluse în anexele nr. 3, 4A și 4B la O.U.G. nr. 57/2007 privind regimul ariilor naturale protejate, conservarea habitatelor naturale, a florei și faunei sălbatice, cu modificările și completările ulterioare; b) habitatele de păsări migratoare sau ale speciilor incluse în anexa nr. 3, precum și habitatele naturale enumerate în anexa nr. 2 și locurile de reproducere sau de odihnă ale speciilor prevăzute în anexele nr. 4A și 4B la O.U.G. nr. 57/2007, cu modificările și completările ulterioare.

¹³ Caracterul semnificativ al acestor efecte se evaluează în raport cu starea inițială.

speciilor și habitatelor naturale protejate nu includ efectele negative identificate anterior, ce rezultă din acțiunile unui operator care a fost autorizat în mod expres de autoritățile competente în concordanță cu prevederile legale în vigoare;

- *prejudiciul asupra apelor*, adică orice prejudiciu care are efecte adverse semnificative asupra stării ecologice chimice și/sau cantitative și/sau potențialului ecologic al apelor în cauză, astfel cum au fost definite în Legea nr. 107/1996¹⁴, cu modificările și completările ulterioare, cu excepția efectelor negative pentru care se aplică art. 27 din același act normativ;

- *prejudiciul asupra solului*, însemnând orice contaminare a solului, care reprezintă un risc semnificativ pentru sănătatea umană, ce este afectată negativ ca rezultat al introducerii directe sau indirecte a unor substanțe, preparate, organisme sau microorganisme în sol sau în subsol.

De altfel, sub aspectul sferei de aplicare, O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare, vizează, în limitele celor trei categorii statuate prin definiția de mai sus, următoarele:

- prejudiciul asupra mediului, cauzat de orice tip de activitate profesională prevăzută în Anexa nr. 3 la acest act normativ - anexă în care sunt enunțate activitățile cu un anumit grad de pericolozitate și pentru care răspunderea este obiectivă - și oricărei amenințări iminente cu un astfel de prejudiciu determinate de oricare dintre aceste activități;

- prejudiciul asupra speciilor și habitatelor naturale protejate și oricărei amenințări iminente cu un astfel de prejudiciu cauzat de orice activitate profesională, alta decât cele prevăzute în Anexa nr. 3, ori de câte ori operatorul acționează cu intenție sau din culpă;

- prejudiciul asupra mediului sau unei amenințări iminente cu un astfel de prejudiciu, cauzate de poluarea cu caracter difuz, numai când se poate stabili o legătură de cauzalitate între prejudiciu și activitățile operatorilor individuali.

Actul normativ menționat se aplică fără a aduce atingere legislației Uniunii Europene și celei naționale care reglementează mai sever desfășurarea oricăror activități ce intră sub incidența ordonanței sau care prevede reguli în cazul conflictelor de jurisdicție¹⁵.

O.U.G. nr. 68/2007 nu se aplică:

- prejudiciului asupra mediului sau oricărei amenințări iminente cu un astfel de prejudiciu care decurge dintr-un incident pentru care răspunderea sau compensarea este reglementată de una dintre convențiile internaționale prevăzute în Anexa nr. 4 la respectivul act normativ¹⁶, inclusiv de orice amendamente ulterioare ale acestora la care România este parte;

¹⁴ Legea apelor nr. 107/1996 a fost publicată în M. Of. nr. 244 din 8 octombrie 1996, suferind modificări și completări succesive prin următoarele acte normative: Legea nr. 310/2004, publicată în M. Of. nr. 584 din 30 iunie 2004, Legea 112/2006, publicată în M. Of. nr. 413 din 12 mai 2006, O.U.G. nr. 12/2007, publicată în M. Of. nr. 153 din 2 martie 2007, O.U.G. nr. 130/2007, publicată în M. Of. nr. 780 din 16 noiembrie 2007, O.U.G. nr. 3/2010, publicată în M. Of. nr. 114 din 19 februarie 2010, aprobată prin Legea nr. 146/2010, publicată în M. Of. nr. 497 din 19 iulie 2010, O.U.G. nr. 64/2011, publicată în M. Of. nr. 461 din 30 iunie 2011, O.U.G. nr. 71/2011, publicată în M. Of. nr. 637 din 6 septembrie 2011.

¹⁵ Art. 3 alin. (1)-(3) din O.U.G. nr. 68/2007.

¹⁶ Sunt vizate următoarele instrumente internaționale: Convenția internațională privind răspunderea civilă pentru pagubele produse prin poluare cu hidrocarburi, încheiată la Londra la 27 noiembrie 1992;

- riscurilor nucleare sau prejudiciului asupra mediului ori amenințării iminente cu un astfel de prejudiciu, ce pot fi cauzate de activitățile care intră sub incidența Tratatului privind Comunitatea Europeană a Energiei Atomice sau sunt cauzate de un incident sau activitate pentru care răspunderea ori compensarea sunt stabilite de oricare din instrumentele internaționale prevăzute în Anexa nr. 5 la reglementarea în discuție¹⁷, inclusiv de orice amendamente ulterioare ale acestora, la care România este parte;

- activităților al căror scop principal îl reprezintă apărarea națională sau securitatea internațională ori celor al căror unic scop îl reprezintă apărarea împotriva dezastrelor naturale;

- utilizării în scopuri agricole a nămolului provenit din stațiile de epurare a apelor uzate urbane, tratat conform unui standard aprobat;

- prejudiciului produs în urma unei emisii, a unui eveniment sau a unui incident, de la producerea căruia au trecut mai mult de 30 de ani¹⁸.

Totodată, în privința aplicării în timp, sunt excluse din domeniul de reglementare al acestei ordonanțe prejudiciul cauzat de o emisie, eveniment sau incident care a avut loc înainte de 30 aprilie 2007, precum și prejudiciul cauzat de o emisie, eveniment sau incident care are loc pe data sau după data de 30 aprilie 2007 și a fost determinat de o activitate specifică ce a avut loc și s-a terminat înainte de data de 30 aprilie 2007.

Deși așa cum rezultă din titlul O.U.G. nr. 68/2007, dar și din scopul său¹⁹ enunțat în art. 1, ar exista tentația de a se considera că, prin reglementarea instituită, acest act normativ acoperă întreaga arie de prejudicii asupra mediului, după cum s-a observat din analiza conținutului său, reglementarea supusă atenției are o sferă limitată de acoperire numai la acele categorii de prejudicii care rezultă din activități desfășurate cu titlu profesional și fără să ia în considerare toate elementele de mediu²⁰, așa cum sunt acestea enunțate în reglementarea cadru din domeniul protecției mediului.

Convenția internațională din 27 noiembrie 1992 privind stabilirea unui Fond internațional pentru compensarea daunelor provocate prin poluarea cu hidrocarburi; Convenția internațională din 23 martie 2001 privind răspunderea civilă pentru pagubele produse prin poluarea cu combustibil de consum de la nave; Convenția internațională din 3 mai 1996 privind răspunderea și compensația pentru daune în legătură cu transportul pe mare al substanțelor periculoase și toxice; Convenția din 10 octombrie 1989 privind răspunderea civilă pentru pagubele produse în timpul transportului pe șosea, cale ferată și cu vase de navigație fluvială a mărfurilor periculoase.

¹⁷ Convenția de la Viena din 21 mai 1963 privind răspunderea civilă pentru daune nucleare; Convenția din 12 septembrie 1997 privind compensațiile suplimentare pentru daunele nucleare; Protocolul comun din 21 septembrie 1988 privind punerea în aplicare a Convenției de la Viena și a Convenției de la Paris; Convenția de la Bruxelles din 17 decembrie 1971 privind răspunderea civilă în domeniul transportului maritim al materialului nuclear; Convenția de la Paris din 29 iulie 1960 privind răspunderea civilă în domeniul energiei nucleare și Convenția Suplimentară de la Bruxelles din 31 ianuarie 1963.

¹⁸ Art. 4 alin. (1)-(2) din O.U.G. nr. 68/2007.

¹⁹ Potrivit art. 1 din O.U.G. nr. 68/2007, „prezenta ordonanță de urgență stabilește cadrul de reglementare al răspunderii de mediu, bazată pe principiul «poluatorul plătește», în scopul prevenirii și reparării prejudiciului asupra mediului”.

²⁰ O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare, în art. 2 pct. 38 lit. a), include în categoria elementelor de mediu aerul și atmosfera, apa, solul, suprafața terestră, peisajul și ariile naturale, inclusiv zonele umede, marine și costiere, diversitatea biologică și componentele sale, inclusiv organismele modificate genetic. De menționat că, prin Decretul nr. 9 din 8 ianuarie 2013, publicat în M. Of. nr. 22 din 10 ianuarie 2013, a fost supus spre ratificare Parlamentului

În consecință, consider că ar trebui să fie înlăturat acest neajuns, prin completarea corespunzătoare a actului normativ supus atenției, care să-i confere cu adevărat acestuia statutul de reglementare cadru în materia prevenirii și reparării prejudiciului asupra mediului.

§ III. Responsabilitatea suportării costurilor de prevenire și reparare a prejudiciului asupra mediului

Răspunderea civilă delictuală a constituit punctul de plecare în determinarea regimului răspunderii pentru prejudicii cauzate mediului, dar s-au observat dificultăți în demonstrarea vinovăției persoanei responsabile, cu atât mai mult cu cât, în multe situații, activitățile întreprinse de aceasta se înscriu în limitele legale, servind îndeplinirii unor cerințe sociale, astfel încât este posibil ca fapta să fie licită *per se*, dar în același timp să dăuneze mediului.

Prin urmare, s-a statornicit principiul potrivit căruia persoana care desfășoară o activitate cu potențial impact negativ asupra mediului să fie obligată să suporte consecințele măsurilor de prevenire și a celor de reparare a prejudiciului, principiu consacrat sub denumirea de „*poluatorul plătește*”.

În *Declarația Consiliului Europei din 1968 privind lupta împotriva poluării aerului* se stipulează că autorul poluării trebuie să suporte toate cheltuielile efectuate în scopul prevenirii sau reducerii poluării. *Recomandarea Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică C (72) 128 din 26 mai 1972 privind principiile directoare referitoare la aspectele economice internaționale ale politicilor de mediu*, conține o prevedere similară²¹.

În 1987, principiul a fost consacrat în *Actul Unic European*²², în art. 130 lit. r).

Principiul „poluatorul plătește” a cunoscut o evoluție în timp sub aspectul ariei de acoperire²³, astfel că, în prezent, ca regulă, poluatorul este cel care trebuie să suporte

Protocolul aditional Nagoya - Kuala Lumpur privind răspunderea și repararea prejudiciului, încheiat la Nagoya la 15 octombrie 2010, deschis spre semnare la 7 martie 2011 și semnat de România la 11 mai 2011 la New York, la Protocolul de la Cartagena privind biosecuritatea, adoptat la Montreal la 29 ianuarie 2000, la Convenția privind diversitatea biologică, semnată la 5 iunie 1992 la Rio de Janeiro, scopul protocolului fiind acela de a contribui la conservarea și utilizarea durabilă a diversității biologice, luând, de asemenea, în considerare riscurile pentru sănătatea umană, prin stabilirea unor norme și proceduri internaționale în domeniul răspunderii și reparării, în legătură cu organismele vii modificate genetic și care îmbogățește peisajul juridic cu noi prevederi referitoare la prejudiciul asupra mediului.

²¹ A se vedea și *Recomandarea Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică C(74)223 din 1974 privind implementarea principiului „poluatorul plătește”, Recomandarea OCDE(89)99 din 1989 privind aplicarea principiului „poluatorul plătește” la poluările accidentale.*

²² *Actul Unic European* a fost semnat la Luxemburg la 17 februarie 1986 și la Haga la 28 februarie 1986 și a intrat în vigoare la 1 iulie 1987. Adoptarea acestui document reprezintă un moment de referință în politica de mediu a Comunității Europene (în prezent Uniunea Europeană, potrivit terminologiei instituite prin *Tratatul de la Lisabona* care a înlocuit noțiunea de „comunitate” cu cea de „uniune”), introducând în Tratatul constitutiv un titlu consacrat mediului - Titlul VII, care cuprinde *principiul „poluatorul plătește”*, în art. 130 R. În prezent, principiul „poluatorul plătește” se regăsește în art. 191 alin. (2) din *Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene*, alături de celelalte principii de bază ale politicii Uniunii Europene în materie de mediu (*principiile precauției și acțiunii preventive, precum și al remedierii cu prioritate, la sursă, a daunelor aduse mediului*).

²³ Accepțiunea mai cuprinzătoare a *principiului „poluatorul plătește”* își are originea în *Recomandarea Consiliului OCDE cu privire la utilizarea instrumentelor economice în politicile de mediu, din 31 ianuarie 1991.*

toate costurile legate de prevenirea consecințelor poluării, precum și pe cele impuse de repararea prejudiciului asupra mediului.

În consecință, principiul „poluatorul plătește” prezintă două fațete ale aceleiași monede, contribuind deopotrivă atât la împiedicarea producerii prejudiciilor asupra mediului, cât și la repararea acestora, atunci când se produc.

Răspunderea pentru prejudicii cauzate mediului se bazează, în principiu, pe risc și anume riscul pe care o anumită activitate îl reprezintă pentru mediu. Așadar, persoana care desfășoară o activitate care prin natura sa poate produce prejudicii asupra mediului trebuie să răspundă independent de existența sau inexistența vinovăției sale.

Practic, prejudiciul asupra mediului reprezintă unul dintre elementele esențiale ale răspunderii de mediu, alături de faptă și legătura de cauzalitate.

În considerentele Directivei nr. 2004/35/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 aprilie 2004 privind răspunderea pentru mediul înconjurător în legătură cu prevenirea și repararea daunelor aduse mediului²⁴, act normativ al Uniunii Europene transpus în România prin O.U.G. nr. 68/2007, se reține, în mod corect, că nu toate formele de daune aduse mediului pot fi reparate prin intermediul unui regim de răspundere, pentru funcționarea unui asemenea mecanism fiind necesară întrunirea mai multor condiții, respectiv: existența unei daune concrete și cuantificabile, unul sau mai mulți poluatori identificabili, legătura de cauzalitate între daună și poluatorul sau poluatorii identificați. Prin urmare, răspunderea nu constituie un instrument adecvat pentru poluarea cu caracter extins și difuz, în cazul căreia este imposibil să se stabilească o legătură între efectele negative asupra mediului și acțiunile sau inacțiunile anumitor persoane individualizate, situație în care trebuie recurs la alte mecanisme care să asigure protejarea și reabilitarea mediului.

Potrivit O.U.G. nr. 68/2007, act normativ care are la bază principiul „poluatorul plătește”, orice *operator* care a cauzat prejudicii mediului sau o amenințare iminentă cu un astfel de prejudiciu trebuie să răspundă din punct de vedere financiar²⁵.

În înțelesul acestui act normativ prin *operator* se desemnează orice persoană fizică sau juridică de drept public sau privat care desfășoară sau deține controlul unei activități profesionale sau, în cazul în care legislația națională prevede acest lucru, care a fost investită cu putere economică decisivă asupra funcționării tehnice a unei astfel de activități, inclusiv deținătorul unui act de reglementare pentru o astfel de activitate ori persoana care înregistrează sau notifică o astfel de activitate²⁶.

În consecință, operatorii trebuie să adopte măsuri și să pună în aplicare practici care să minimizeze riscurile producerii de prejudicii asupra mediului, astfel încât expunerea lor la răspunderea financiară să fie redusă.

Prin urmare, responsabilitatea suportării costurilor revine în principal operatorului, existând anumite situații, prin excepție, când sarcina suportării măsurilor de prevenire și reparare revine fie autorităților competente pentru protecția mediului, fie altor persoane.

²⁴ Pentru o analiză a acestui act normativ, a se vedea M. Tomescu, S.A. Stănescu, *Condițiile răspunderii juridice pentru daune aduse mediului potrivit Directivei 2004/35/CE*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 6/2006, pp. 47- 60.

²⁵ Art. 26 din O.U.G. nr. 68/2007.

²⁶ Art. 2 pct. 11 din O.U.G. nr. 68/2007.

Legea stabilește *principiul solidarității pasive* în sensul că dacă prejudiciul asupra mediului sau amenințarea iminentă cu un astfel de prejudiciu a fost cauzat de mai mulți operatori, aceștia sunt obligați să suporte în mod solidar costurile măsurilor preventive sau reparatorii.

Efectele solidarității pasive, inclusiv alocarea costurilor între codebitori se realizează conform prevederilor legale în vigoare, luându-se în considerare dispozițiile referitoare la divizarea răspunderii între producătorul și utilizatorul unui produs.

În cazul în care operatorul care a produs un prejudiciu asupra mediului sau o amenințare iminentă cu un astfel de prejudiciu face parte dintr-un consorțiu sau o companie multinațională, el răspunde în mod solidar și indivizibil cu respectivul consorțiu sau respectiva companie²⁷.

Există anumite situații de excepție, prevăzute expres de lege²⁸, în care operatorul nu este obligat să suporte costul măsurilor preventive și reparatorii, respectiv:

1. dacă dovedește că prejudiciul adus mediului sau amenințarea iminentă cu un asemenea prejudiciu:

- a fost cauzat de o terță parte și s-a produs chiar dacă au fost luate măsurile de siguranță corespunzătoare;

- s-a produs ca urmare a conformării cu o dispoziție sau instrucțiune obligatorie emisă de o autoritate publică, alta decât un ordin sau instrucțiune eliberate ca urmare a unei emisii sau incident cauzat de activitățile operatorului.

2. dacă dovedește că nu a acționat cu intenție sau din culpă și că prejudiciul asupra mediului a fost provocat de:

- o emisie sau un eveniment autorizat în mod special și în deplină concordanță cu condițiile prevăzute de actul de reglementare eliberat conform legii, în vigoare la data emisiei sau evenimentului;

- o emisie, o activitate sau orice modalitate de utilizare a unui produs în decursul unei activități, pentru care operatorul demonstrează că nu era posibil, conform stadiului cunoștințelor tehnice și științifice existente la data când emisia a fost eliberată sau când a avut loc activitatea, să producă un prejudiciu asupra mediului.

În jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene s-a reținut că principiul „poluatorul plătește” nu implică faptul că operatorii trebuie să își asume sarcini inerente reparării unei poluări la care nu au contribuit²⁹.

În privința răspunderii pentru mediu a operatorilor din domeniile de activitate imputabile obiectiv, instanța de la Luxemburg a decis că autoritatea competentă nu este obligată să dovedească nicio eroare, nicio neglijență, nici existența unei intenții dolosive în sarcina operatorilor ale căror activități sunt considerate responsabile pentru daunele aduse mediului. În schimb, revine acestei autorități pe de o parte, sarcina de a cerceta în prealabil originea poluării constatate, autoritatea menționată dispunând în această privință de o marjă de apreciere cu privire la procedurile, la mijloacele care trebuie utilizate și la durata unei astfel de cercetări. Pe de altă parte, această autoritate este obligată să dovedească, potrivit normelor naționale care guvernează probele,

²⁷ Art. 31 alin. (1)-(3) din O.U.G. nr. 68/2007.

²⁸ Art. 27-28 din O.U.G. nr. 68/2007.

²⁹ Hotărârea Curții din 9 martie 2010 pronunțată în Cauza C - 378/08, *Repertoriul jurisprudenței*, 2010, I - 01919.

existența unei legături de cauzalitate între activitățile operatorilor vizati de măsurile de reparare și această poluare.

§ IV. Obligații și competențe în luarea măsurilor de prevenire a prejudiciului de mediu

În conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare³⁰, în cazul unei amenințări iminente cu un prejudiciu asupra mediului, operatorul are următoarele obligații:

- să ia imediat măsurile preventive necesare;
- să informeze agenția județeană pentru protecția mediului și comisariatul județean al Gărzii Naționale de Mediu³¹, în termen de două ore de la luarea la cunoștință a apariției amenințării.

Informațiile pe care operatorul este obligat să le aducă la cunoștință autorităților vizează următoarele aspecte: datele de identificare ale operatorului, momentul și locul apariției amenințării iminente, elementele de mediu posibil a fi afectate, măsurile demarate pentru prevenirea prejudiciului, precum și orice alte informații considerate relevante de operator.

Măsurile preventive trebuie să fie proporționale cu amenințarea iminentă și să conducă la evitarea producerii prejudiciului, luând în considerare principiul precauției în luarea deciziilor³².

În termen de o oră de la finalizarea măsurilor preventive operatorul informează autoritățile competente despre măsurile întreprinse pentru prevenirea prejudiciului și eficiența acestora.

În cazul în care amenințarea iminentă persistă în ciuda măsurilor preventive adoptate, operatorul trebuie să informeze agenția județeană pentru protecția mediului și comisariatul județean al Gărzii Naționale de Mediu, în interval de șase ore de la momentul la care a constatat ineficiența măsurilor luate, despre următoarele aspecte: măsurile întreprinse pentru prevenirea prejudiciului, evoluția situației în urma aplicării măsurilor preventive, alte măsuri suplimentare, după caz, luate pentru prevenirea înrăutățirii situației.

La rândul său, agenția județeană pentru protecția mediului are, în orice moment, posibilitatea exercitării următoarelor atribuții: să solicite operatorului să furnizeze informații despre orice amenințare iminentă cu un prejudiciu asupra mediului sau despre orice caz suspect de amenințare iminentă; să solicite operatorului să ia măsurile preventive necesare; să dea operatorului instrucțiuni despre măsurile preventive necesare a fi luate; să ia măsurile preventive necesare.

Conducătorul agenției județene pentru protecția mediului poate lua măsurile preventive necesare în situația în care operatorul: nu și-a îndeplinit obligațiile prevăzute

³⁰ Art. 10-12 din O.U.G. nr. 68/2007.

³¹ Garda Națională de Mediu este organizată și funcționează în temeiul Hotărârii Guvernului nr. 1005 din 17 octombrie 2012, publicată în M. Of. nr. 729 din 29 octombrie 2012.

³² Principiul precauției în luarea deciziei își găsește consacrare legislativă în art. 3 lit. b) din O.U.G. nr. 195/2005.

de lege pentru ipoteza existenței unei amenințări iminente cu un prejudiciu asupra mediului; nu poate fi identificat; este exonerat de executarea obligației de a suporta costurile impuse de luarea măsurilor preventive.

§ V. Măsuri de reparare a prejudiciului de mediu. Categorii de măsuri. Obligații. Competențe.

Reglementarea cadru în materie distinge între³³:

1. Repararea prejudiciului asupra apelor sau a speciilor ori habitatelor naturale protejate; și

2. Repararea prejudiciului asupra solului.

1. Repararea prejudiciului adus apelor sau speciilor ori habitatelor naturale protejate se realizează prin readucerea acestora la starea inițială, prin măsuri de remediere încadrate de lege în trei categorii:

1.1. Reparare primară, adică orice măsură de remediere care readuce resursele naturale prejudiciate și/sau serviciile afectate la starea inițială sau la o stare apropiată de aceasta;

1.2. Reparare complementară, incluzând orice măsură de remediere întreprinsă cu privire la resursele naturale și/sau serviciile pentru a compensa faptul că repararea primară nu a condus la refacerea completă a resurselor naturale și/sau a serviciilor prejudiciate;

1.3. Reparare compensatorie, respectiv orice măsură întreprinsă pentru a compensa pierderile interimare de resurse naturale și/sau de servicii care au loc între data producerii prejudiciului și momentul în care repararea primară își produce pe deplin efectul.

În cazul în care repararea primară nu conduce la readucerea mediului la starea inițială, se iau măsuri de reparare complementară. În afară de aceasta, pentru a compensa pierderile interimare³⁴ suferite se recurge la repararea compensatorie.

Repararea prejudiciului asupra apelor, speciilor sau a habitatelor naturale protejate implică, de asemenea, îndepărtarea oricărui risc semnificativ cu impact negativ asupra sănătății umane.

Scopul reparării primare este de a readuce resursele naturale și/sau serviciile prejudiciate la starea inițială sau la o stare apropiată de aceasta.

În cazul în care resursele naturale și/sau serviciile prejudiciate nu revin la starea inițială, se recurge la repararea complementară. Scopul reparării complementare este de a furniza un nivel al resurselor naturale și/sau serviciilor inclusiv, după caz, într-un sit alternativ, similar cu cel care ar fi fost furnizat dacă situl prejudiciat ar fi revenit la starea sa inițială. În cazul în care este posibil și oportun, situl alternativ trebuie să fie legat geografic de situl prejudiciat, luând în considerare interesele populației afectate.

Repararea compensatorie se întreprinde pentru a compensa pierderile interimare de resurse naturale și de servicii până la refacerea acestora. Compensarea constă în

³³ O.U.G. nr. 68/2007, Anexa nr. 2.

³⁴ *Pierderi interimare* sunt acele pierderi care rezultă din faptul că resursele naturale și/sau serviciile prejudiciate nu-și pot îndeplini funcțiile ecologice sau nu pot furniza servicii altor resurse naturale sau publicului până când își fac efectul măsurile primare sau complementare. Nu constau în compensarea financiară acordată publicului.

îmbunătățiri suplimentare aduse habitatelor naturale și speciilor protejate sau apelor, fie în situl prejudiciat, fie într-un alt sit alternativ.

2. Repararea prejudiciului asupra solului

În cazul unui prejudiciu asupra solului este necesară luarea de măsuri care să asigure eliminarea, controlul, izolarea sau diminuarea poluanților relevanți, astfel încât solul contaminat să nu mai prezinte vreun risc semnificativ cu impact negativ asupra sănătății umane³⁵.

Dacă se schimbă categoria de folosință a solului, trebuie luate toate măsurile necesare pentru a preveni orice efecte negative asupra sănătății umane.

În ipoteza în care nu există reglementări privind folosința solului sau alte reglementări relevante, categoria de folosință a zonei respective se determină în funcție de caracteristica suprafeței unde s-a produs prejudiciul, luând în considerare dezvoltarea sa previzionată.

În conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare³⁶, în cazul producerii unui prejudiciu asupra mediului, operatorul are următoarele obligații:

- să aducă la cunoștința agenției județene pentru protecția mediului și comisariatului județean al Gărzii Naționale de Mediu, în maxim două ore de la producerea prejudiciului, informații privind următoarele aspecte: datele de identificare ale operatorului, momentul și locul producerii prejudiciului adus mediului, caracteristicile prejudiciului adus mediului, cauzele care au generat prejudiciul, elementele de mediu afectate, măsurile demarate pentru prevenirea extinderii sau agravării prejudiciului adus mediului, precum și orice alte informații pe care acesta le consideră ca fiind relevante;

- să acționeze imediat pentru a controla, izola, elimina sau, în caz contrar, pentru a gestiona poluanții respectivi și/sau orice alți factori contaminanți, în scopul limitării sau prevenirii extinderii prejudiciului asupra mediului și a efectelor negative asupra sănătății umane sau agravării deteriorării serviciilor;

- să identifice măsurile reparatorii posibile, potrivit legii, și să le transmită agenției județene pentru protecția mediului spre aprobare, în termen de cincisprezece zile de la data producerii prejudiciului;

- să ia măsurile reparatorii necesare, care trebuie să fie proporționale cu prejudiciul cauzat și să conducă la îndepărtarea efectelor prejudiciului, luând în considerare principiul precauției în luarea deciziilor.

Agenția județeană pentru protecția mediului are în competență luarea deciziei asupra măsurilor reparatorii, cu consultarea operatorului implicat, când acesta este identificabil, și cu luarea în considerare a opiniei persoanelor afectate sau posibil a fi afectate de un prejudiciu asupra mediului, precum și a celor pe al căror teren urmează a se realiza măsurile reparatorii. Solicitarea privind exprimarea opiniilor persoanelor de mai sus se efectuează în termen de cinci zile calculat de la data expirării termenului în care operatorii

³⁵ Prezența unor astfel de riscuri se evaluează prin proceduri de evaluare a riscului, având în vedere caracteristicile și categoria de folosință a solului, tipul și concentrația substantelor, preparatelor, organismelor sau microorganismelor periculoase, gradul de risc pe care acestea îl reprezintă și posibilitatea de dispersie. Categoria de folosință a solului se stabilește pe baza reglementărilor care privesc folosința solului sau a altor reglementări relevante, în vigoare la data producerii prejudiciului.

³⁶ Art. 13-19 din O.U.G. nr. 68/2007.

sunt obligați să transmită autorității competente spre aprobare măsurile reparatorii sau de la data luării la cunoștință, prin orice mijloace, despre prejudiciul adus mediului, după caz. Persoanele îndreptățite pot transmite opiniile lor asupra măsurilor reparatorii considerate necesare, în termen de cincisprezece zile de la transmiterea solicitării.

În luarea deciziei trebuie să se țină seama, între altele, de natura, dimensiunea și gravitatea diferitelor prejudicii produse, cât și de posibilitatea regenerării naturale, acordând atenție riscurilor pe care prejudiciul le reprezintă pentru sănătatea umană.

Emiterea deciziei privind măsurile reparatorii și/sau prioritizarea reparării prejudiciilor aduse mediului trebuie să se realizeze în termen de cinci zile de la primirea opiniilor mai sus menționate.

Conducătorul agenției județene pentru protecția mediului are, în orice moment, posibilitatea exercitării următoarelor atribuții: să solicite operatorului să furnizeze informații suplimentare despre orice prejudiciu care s-a produs și despre măsurile luate conform legii; să acționeze, să solicite operatorului să acționeze sau să dea operatorului instrucțiuni pentru a controla, a izola, a elimina imediat sau, în caz contrar, pentru a gestiona poluanții respectivi și/sau alți factori contaminanți, în scopul limitării sau prevenirii extinderii prejudiciului asupra mediului și a efectelor adverse asupra sănătății umane sau agravării deteriorării serviciilor; să solicite operatorului să ia măsurile reparatorii necesare; să indice operatorului sau să dea acestuia instrucțiuni despre măsurile reparatorii necesare a fi luate; să ia măsurile reparatorii necesare.

Autoritatea competentă pentru protecția mediului poate lua măsurile reparatorii necesare în situația în care operatorul: nu și-a îndeplinit obligațiile prevăzute de lege pentru ipoteza producerii unui prejudiciu asupra mediului; nu poate fi identificat; este exonerat de executarea obligației de a suporta costurile impuse de luarea măsurilor reparatorii.

§ VI. Legitimarea procesuală în acțiunile vizând prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului

O.U.G. nr. 68/2007 nu acordă persoanelor fizice sau juridice de drept privat dreptul la compensație ca o consecință a prejudiciului asupra mediului sau a amenințării iminente cu un astfel de prejudiciu³⁷, aceste categorii urmând să recurgă la mijloacele puse la dispoziție de dreptul comun, respectiv la regulile instituite de dreptul civil în materie de răspundere civilă delictuală, cu menținerea principiilor răspunderii obiective și solidarității pasive instituite de art. 95 alin. (1) din O.U.G. nr. 195/2005, cu excepția prevăzută în alin. (2) al aceluiași articol, potrivit căruia răspunderea poate fi și subiectivă pentru prejudiciile cauzate speciilor protejate și habitatelor naturale.

În aplicarea prevederii constituționale referitoare la dreptul fundamental al omului la un mediu sănătos³⁸, O.U.G. nr. 195/2005 recunoaște legitimarea procesuală activă oricărei persoane³⁹ afectată de un prejudiciu de mediu.

³⁷ Art. 3 alin. (4) din O.U.G. nr. 68/2007.

³⁸ Art. 35 din Constituția României din 1991, revizuită.

³⁹ Subiectul îndreptățit la repararea prejudiciilor asupra mediului poate fi statul, o unitate administrativ-teritorială, o persoană fizică sau juridică, publică sau privată.

O.U.G. nr. 68/2007 conferă oricărei persoane fizice sau juridice afectată ori care este posibil să fie afectată de un prejudiciu asupra mediului sau care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim numai dreptul de a se adresa instanței de contencios administrativ competente, pentru a ataca, din punct de vedere procedural sau substanțial, actele, deciziile sau omisiunile autorităților prevăzute de respectivul act normativ, iar nu și dreptul de a acționa, în instanță, direct persoana responsabilă de cauzarea situației prejudiciabile.

Totodată, în temeiul aceluiași act normativ, este conferită legitimare procesuală activă agenției județene pentru protecția mediului, care, în cazul în care a suportat costurile măsurilor preventive sau reparatorii adoptate conform legii, are drept la acțiune, după caz: împotriva operatorului, care deși identificat sau identificabil, nu s-a conformat obligațiilor care îi incumbau; împotriva unei terțe persoane care a cauzat prejudiciul sau amenințarea iminentă cu prejudiciul.

În privința persoanelor chemate să răspundă, reglementarea vizată nu acoperă decât prejudiciile cauzate sau pe cale de a se produce din cauza desfășurării unor activități profesionale, nu și pe cele care pot fi consecința unor activități fără titlul profesional, ceea ce echivalează cu o restrângere a sferei persoanelor cu legitimare procesuală pasivă.

§ VII. Prescripția dreptului de a solicita recuperarea costurilor impuse de măsurile de prevenire și de reparare a prejudiciului asupra mediului

În privința dreptului agenției județene pentru protecția mediului de a acționa pentru recuperarea costurilor măsurilor preventive sau reparatorii, O.U.G. nr. 68/2007 stabilește un termen de prescripție de cinci ani, care începe să curgă de la data când acele măsuri au fost realizate sau de la data când operatorul responsabil sau terța persoană a fost identificată, după caz.

De menționat că, potrivit art. 2518 din noul Cod civil, dreptul la acțiune privind repararea prejudiciului adus mediului înconjurător se prescrie în termen de 10 ani.

Se înțelege că termenul de prescripție instituit de noul Cod civil vizează situațiile referitoare la repararea prejudiciului asupra mediului care nu intră sub incidența O.U.G. nr. 68/2007.

§ VIII. Concluzii

În condițiile în care prejudiciile aduse mediului depășesc granițele afectării unor bunuri de natură patrimonială, punând în pericol existența planetei și a omului însuși, asigurarea unor mecanisme eficiente de prevenire și reparare reprezintă o cerință categorică și necondiționată.

Considerații privind repararea prejudiciului corporal

*Asist. univ. Laurențiu ȘONERIU
Facultatea de Drept, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu*



Considerations regarding the repairing of body prejudice

Abstract: The present study aims to bring into question the opportunity of pecuniary compensation for corporal prejudice in all its forms.

The physical and mental pains, lesions, invalidities, mutilations, deprivation of the victim's possibility to enjoy life, the loss of certain recreation possibilities at a young age – all give expression to the compensable moral prejudice.

The New Romanian Civil Code regulates expressly the possibility of pecuniary repairing of non-patrimonial damages in paragraph (4) of Art. 253.

However, the current Civil Code does not expressly provide criteria for assessing non-patrimonial loss and determining the amount of compensatory damages.

In conclusion, the legislation, the doctrine and the majority of case law confirm that the corporal prejudice remains a kind of non-patrimonial damage consisting of both physical pain and mental suffering which requires a compensation for loss suffered, likely to alleviate or relieve the physical and psychological suffering of the victim.

Keywords: corporal prejudice, physical integrity, moral prejudice, pecuniary compensation.

§ 1. Aspecte terminologice

Existența omului este condiționată de suportul său material – corpul uman. Corpul însuflit semnifică prezența persoanei fizice. Vizualizarea individului oferă multiple informații despre acesta. Fizicul persoanei reprezintă, de fapt, aparența sa corporală, prezența sa fizică. Expresia palpabilă a aparenței fizice și, totodată, substratul ei, nu este decât corpul omenesc. Întrucât, în ultimă analiză, corpul este însăși persoana, protecția conferită pe cale de reglementare poate fi privită sub un dublu aspect: individul trebuie să respecte anumite limite impuse puterii de a dispune de propriul corp, iar intervenția terților asupra corpului uman este interzisă, cu excepția cazurilor expres precizate în lege¹. Orice atingere prejudiciabilă adusă

¹ C. Jugastru, *Prejudiciul estetic - formă a prejudiciului corporal* - Anuarul Institutului de Istorie „George Barițiu” din Cluj-Napoca, Series Humanistica, t. I, Ed. Academiei Române, București, 2003 p. 411.

corpului uman, în afara situațiilor expres statuate, antrenează răspunderea autorului pentru daune corporale. Am putea afirma că *suma prejudiciilor nepatrimoniale cauzate prin atingeri aduse integrității corporale sau sănătății persoanei dă expresie prejudiciului corporal*².

În literatura franceză a fost pusă această problemă, concluzionându-se că dreptul la reparații pentru prejudiciul corporal este o sancțiune a principiului inviolabilității corpului uman dar consecințele sunt diferite în funcție de caracterul mortal sau nu al faptei.

În prejudiciul constând într-o atingere adusă sănătății sau integrității psihice intră mai multe elemente. Acestea sunt tratamentele medicale, chirurgicale, farmaceutice pe care victima trebuie să le suporte (*damnum emergens*) și prin lipsa câștigului corespunzând diminuării sau suprimării capacității sale de a munci (*lucrum cessans*). Alături de aceasta, trebuie reparate și prejudiciile morale a căror evaluare are în mod necesar ceva arbitrar: durerea psihică, suferința pur psihologică în cazuri de mutilare, privarea de o parte din plăcerile pe care le putea resimți într-o viață normală.

În legătură cu așa-zisa reparare bănească a daunelor morale în general, respectiv cu repararea bănească a prejudiciului corporal în special, în doctrină există discuții cu privire la natura juridică a sumelor de bani care se acordă celor care le-au fost cauzate daune morale. În concret, s-a pus întrebarea dacă aceste sume de bani au valoare de reparație, adică de despăgubiri.

În încercarea de a da răspuns la această întrebare este necesar a se reține că daunele morale nu pot fi evaluate în bani, deci nu au valoare patrimonială. Ele nu sunt destinate să înlocuiască o valoare economică cu o altă valoare economică. Aceste sume au o cu totul altă destinație, aceea de a atenua sau a alina suferințele fizice sau psihice ale victimelor³.

§ 2. Repararea prejudiciilor morale constând în dureri fizice

Aceste prejudicii morale decurg din lezarea integrității fizice prin loviri, vătămări sau îmbolnăviri și constau în dureri fizice. Desigur că durerile fizice sunt resimțite de persoana vătămată cu ajutorul creierului, adică sunt „corticalizate”, motiv pentru care orice durere fizică presupune și o suferință psihică, în funcție de individ și sensibilitatea acestuia⁴.

În literatura juridică occidentală, aceste prejudicii sunt denumite *pretium doloris*, denumire care semnifică de fapt, reparațiile materiale (indemnizațiile) pe care autorul unei astfel de daune le datorează persoanei vătămate și pe care aceasta este îndreptățită să le pretindă⁵.

Repararea prejudiciului moral constând în dureri fizice era admisă în jurisprudența română veche, înainte de instaurarea regimului comunist.

În perioada regimului comunist, deși după anul 1980 se admitea în mod excepțional repararea unor prejudicii morale (prejudiciul estetic și de agrement), totuși prejudiciile constând în dureri fizice erau exceptate de la o reparare bănească.

² *Ibidem*.

³ I. Albu, *Considerații în legătură cu revenirea jurisprudenței române la practica reparațiilor bănești a daunelor morale*, în Dreptul nr. 8/1996, p. 21, *apud* L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 212.

⁴ I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 61.

⁵ *Ibidem*, p. 63.

Începând cu anul 1990, jurisprudența noastră admite repararea acestor prejudicii morale prin plata unor indemnizații. Motivele pentru care s-au acordat indemnizații, în vederea reparării prejudiciilor nepatrimoniale constând în dureri fizice, au fost următoarele: condamnăm inculpatul pentru comiterea infracțiunii de lovire, instanța a apreciat că „*având în vedere leziunile corporale produse, care au necesitat pentru vindecare 6-8 zile de îngrijiri medicale, suferințele fizice ale persoanei vătămate, faptul că este persoană în vârstă, instanța apreciază ca temeinic, acordarea de daune morale pe care le stabilește la 300.000 lei*”⁶;

Într-o altă speță, instanța de apel a considerat că „*față de vătămările suferite, de timpul necesar pentru vindecare, de incapacitatea de muncă în această perioadă, de suferințele fizice, tribunalul consideră că fără altă dovadă, partea civilă este îndreptățită să fie despăgubită de inculpat cu suma de 500.000 lei*”⁷.

După cum se poate observa din analiza practicii judiciare, instanțele se întemeiază, în acordarea despăgubirilor cu titlu de daune morale pentru dureri fizice, pe **caracteristicile leziunilor descrise de către medici în expertizele medico-legale**. Medicul legist descrie suferințele fizice, natura, durata și intensitatea durerilor fizice, urmând ca judecătorul să aprecieze în final, pe baza acestor informații, gravitatea prejudiciului moral și să fixeze cuantumul indemnizației. În concret, judecătorul va ține seama și de alte aspecte medicale cum ar fi: vârsta, nivelul intelectual al persoanei vătămate, funcția, sexul etc.

Alteori, din atingerea adusă integrității corporale a unei persoane s-a dedus potențialitatea unui prejudiciu care trebuie să fie reparat, chiar dacă nu a putut și nu poate fi evaluat în bani. Astfel, de exemplu, printr-o decizie a Tribunalului Suprem, s-a decis: „*chiar dacă persoana care a suferit o diminuare a capacității ar putea să realizeze după săvârșirea faptei prejudiciabile venituri la același nivel cu cele primite anterior ea este îndreptățită să primească echivalentul efortului suplimentar pe care trebuie să-l depună în acest scop printr-o cantitate mai mare de muncă, ori printr-o sporire a intensității muncii, de natură să grăbească procesul de oboseală și epuizare fizică*”⁸.

Nu puține sunt însă soluțiile jurisprudențiale de respingere a cererilor de reparare a daunelor morale pe ideea, de sorginte comunistă, că sancțiunea penală este suficientă pentru a asigura satisfacție morală persoanei vătămate. În acest sens, într-o speță, inculpatul a fost condamnat pentru comiterea infracțiunii de vătămare corporală gravă (persoana vătămată și-a pierdut 3 dinți și a suferit leziuni vindecabile în 45-50 zile de îngrijiri medicale, dar instanța a respins pretențiile părții civile la repararea daunelor morale suferite cu motivarea că „*în speță, nu se poate reține că părții vătămate i s-ar fi cauzat un prejudiciu nepatrimonial, întrucât nu s-a făcut dovada că leziunile provocate au fost de natură a determina modificări majore, esențiale în structura psihică, în trăirile de ordin interior ale părții vătămate în perioada în care a fost supusă la tratamentul medical de specialitate și ulterior. De altfel, acest tratament a fost unul obișnuit în astfel*

⁶ A se vedea Judecătoria Cluj, sentința penală nr. 557 din 18 martie 1997, (nepublicată), cit. de I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 65.

⁷ Tribunalul Cluj, decizia penală nr. 391/A/ 12 iunie 1997 (nepublicată), *apud* I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 66.

⁸ Tribunalul Suprem, s. civ., în R.R.D nr. 12/1973, p. 117, *apud* C. Stătescu și C. Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a VIII-a, Ed. All Beck, București, 2002, p. 161.

*de situații, care nu a implicat traume psihice determinate de conștiința de a fi bolnav și de a fi privat de o viață normal, corespunzătoare vârstei și situației sale sociale*⁹.

În ceea ce ne privește, subscriem ideii reparării bănești pentru prejudiciile morale constând în dureri fizice, iar soluțiile de acordare sau de refuzare a indemnizației de reparare să aibă ca suport principal, constatările făcute în actele medicale de către medicii legiști. Este necesar ca persoana vătămată să facă dovada prejudiciului său moral. Această dovadă se va putea face, în cazul durerilor fizice, prin certificat medico-legal, expertiză medico-legală, sau alte acte medicale, care să cuprindă descrierea acestor vătămări corporale¹⁰.

§ 3. Repararea prejudiciului de agrement

Prejudiciul de agrement nu este altceva decât o dimensiune a prejudiciului corporal. Înțelesul noțiunii „prejudiciu de agrement” a evoluat în timp de la un sens restrâns la o accepțiune mai largă a termenului, în țările din UE. Strict definit, prejudiciul de agrement reprezintă imposibilitatea desfășurării anumitor activități culturale, sportive sau artistice. Astfel înțeles, prejudiciul de agrement nu este o privare generală de plăcerile vieții¹¹. Dimpotrivă, acest tip de daună reprezintă imposibilitatea victimei de a practica activitățile pe care le desfășura înainte de accident – activități de natură culturală (teatru, arte plastice, conferințe), sportivă (fotbal, tenis, schi, alpinism) sau de petrecere a timpului liber (plimbare, pescuit, vânătoare). Din acest punct de vedere, prejudiciul de agrement este dauna suferită de schiorul care nu poate să-și mai îndoiaie genunchiul sau de pianistul căruia îi este amputată o falangă. În schimb, simpla „pierdere a plăcerilor unei vieți normale nu ocazionaază repararea prejudiciului de agrement. Mai mult, pentru a obține indemnizarea, victima trebuie să dovedească atât existența anterioară a unei activități specifice, cât și absența posibilității de a o practica în continuare¹².

În legătură cu repararea prejudiciului de agrement este necesar să relevăm că noțiunea de „prejudiciu de agrement” provoacă unele discuții și dificultăți în cunoașterea și lămurirea exactă a conținutului sau a sensului său.

Astfel, dacă prejudiciul de agrement rezultă din atingerea adusă satisfacțiilor și plăcerilor vieții, se pune întrebarea care anume satisfacții și plăceri lezate se circumscriu noțiunii? Orice satisfacție sau plăcere pe care o oferă viața se circumscriu acestei noțiuni, sau numai acele satisfacții și plăceri specifice, determinate, pe care persoana vătămată le practica înainte de accidentul traumatic (activități sportive, artistice, culturale etc.; acestea fiind evident diferite de la individ la individ)¹³.

După anul 1973 doctrina franceză a abandonat concepția restrânsă asupra prejudiciului de agrement în favoarea definirii acestuia drept pierdere a calității vieții persoanei vătămate, „ale cărei funcții mentale și fizice sunt diminuate”¹⁴.

⁹ A se vedea Judecătoria Cluj, sentința penală nr. 754 din 14 aprilie 1997, (nepublicată) *apud* I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 67.

¹⁰ A se vedea I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 70.

¹¹ L. Melennec, *L'indemnisation du préjudice d'agrément*, în *Gazette du Palais*, 8 aprilie 1976, p. 272, *apud* C. Juguastu, *Prejudiciul estetic-forma a prejudiciului corporal*, p. 411.

¹² C. Juguastu, *op. cit.*, p. 411.

¹³ I. Urs, *Înțelesul noțiunii de agrement, temei de reparare bănească a daunelor morale*, în *Dreptul* nr. 2/1999, p. 22.

¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

Rezoluția nr. 75-7 a CE recomandă indemnizarea atingerilor corporale concretizate în neplăceri cum sunt durerile fizice, insomniile, sentimentele de inferioritate, privarea de posibilitatea de a desfășura anumite activități recreative¹⁵.

Noua concepție, inspirată din dreptul Uniunii Europene¹⁶, este mai largă. Pe de o parte, este suficient ca pierderea de agrement să fie parțială; pe de altă parte, nu se cere ca aceasta să se raporteze la activități caracterizate, fiind suficient să privească modalități normale de petrecere a timpului. Victima va fi indemnizată nu pentru că nu va mai putea juca tenis sau nu va mai schia, ci pentru că viața sa va deveni mai puțin agreabilă. De fapt, sunt avute în vedere toate actele cotidiene firești: posibilitatea de a se spăla, de a se hrăni, de a se deplasa, de a petrece timpul liber etc.

În concluzie, fiecare individ are dreptul la agrementele oferite de viața normală. A trăi normal face într-adevăr parte din plăcerile existenței și a fi privat de acestea constituie un prejudiciu de agrement. Într-adevăr, nu se poate să nu observăm realitatea dramatică trăită de victima unor vătămări corporale în intervalul care se scurge între ziua accidentului și cea a însănătoșirii sale și anume: toate suferințele fizice ale traumatismului accidental, operații chirurgicale, toate neplăcerile izolării în imobilitatea patului de spital, lipsa de farmec a fețelor supte și palide, toată dezintegrarea vieții familiale și sociale. Toate aceste consecințe negative nu sunt evident privări de plăceri specifice, determinate, dar constituie privări și frustrări ale vieții normale, adică prejudiciu de agrement, în sens larg¹⁷.

Așadar, noțiunea prejudiciului de agrement trebuie înțeleasă într-un astfel de sens, ea referindu-se la atingerea adusă plăcerilor și satisfacțiilor caracteristice unei vieți normale, iar nu numai la plăceri și satisfacții specifice, determinate (activități sportive, artistice sau culturale etc.)¹⁸.

§ 4. Repararea prejudiciului estetic

Prejudiciul estetic constă în rezultatul de natură nepatrimonială concretizat în alterarea aspectului fizic al persoanei, urmare susceptibilă de a cauza suferințe și de a avea repercusiuni în plan social. Sursa acestui prejudiciu este, cu precădere, delictul, dar nu este exclusă nici răspunderea contractuală pentru daune aduse înfățișării și armoniei fizice¹⁹.

În majoritatea cazurilor, prejudiciul estetic reunește un aspect obiectiv și unul subiectiv.

Elementul obiectiv se materializează în mutilări, desfigurări, infirmități, cicatrice, orice leziuni care modifică în mod negativ înfățișarea. Întrucât omul este o ființă sensibilă la stimuli dureroși, astfel de schimbări sunt însoțite, de regulă, de suferințe fizice. De cele mai multe ori, durerea fizică se alătură leziunilor respective încă din momentul producerii acestora. Nu rareori, suferințele fizice persistă chiar și după consolidarea infirmităților²⁰.

¹⁵ A se vedea textul art. 11 al Recomandării nr. 75-7 în Y. Lambert-Faivre, *op. cit.*, p. 41, *apud* C. Jugatru, *Prejudiciul estetic-formă a prejudiciului corporal* - Anuarul Institutului de Istorie „George Barițiu” din Cluj-Napoca, Series Humanistica, tom I, Ed. Academiei Române, București, 2003 p. 412.

¹⁶ Didier, *Risque de circulation et intégration européenne: les interrogations en France et en République Fédérale d'Allemagne*, teză, Grenoble, 1978, pp. 149-153, *apud* C. Jugatru, *Prejudiciul estetic-formă a prejudiciului corporal* - Anuarul Institutului de Istorie „George Barițiu” din Cluj-Napoca, Series Humanistica, tomul I, Ed. Academiei Române, București, 2003, p. 412.

¹⁷ I. Urs, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ C. Jugastru, *Prejudiciul estetic...*, p. 412.

²⁰ *Ibidem*.

Din punct de vedere **subiectiv**, perceperea de către individ a desfigurării sau cicatricilor este cauza suferințelor psihice. Victima conștientizează infirmitatea fizică, desfigurarea, precum și consecințele acestora – compasiunea sau dezgustul celor din jur, eventualele modificări ale condițiilor obișnuite de viață, ale statutului profesional, diminuarea ori chiar suprimarea posibilităților de afirmare. Toate aceste împrejurări au rezonanță negativă asupra victimei, în plan psihic și, nu în ultimul rând, afectiv²¹.

Spre exemplu, într-o speță, instanța a luat în considerare pe lângă durerea fizică (rezultată din leziunile produse, traumatismul cranio-cerebral, comoția cerebrală și plăgi accidentate având consecințe de durată și vizibile constând în cicatricea de la ochiul stâng) și suferințele psihice din momentul accidentului, împrejurarea că prin accident victimei i s-a produs o modificare de durată a fizionomiei, chiar dacă într-o formă mai ușoară, motive pentru care „instanța evaluează daunele morale care să compenseze prejudicial nepatrimonial suferit la 500.000 lei”²².

Prejudiciul estetic este considerat mai important în cazul în care persoana vătămată este o actriță, stewardesă, manechin, prezentatoare TV etc., decât în cazul unei persoane obișnuite. Frumusețea și aspectul fizic în general constituie valori extrem de importante pentru orice actriță, stewardesă sau manechin etc., deoarece sunt valori care fac parte din calitățile esențiale ale acestora și anume din calitățile care dau preț acestor ființe umane. Atingerea sau lezarea unor asemenea valori cauzează importante prejudicii acestor persoane²³.

S-a arătat, de asemenea, că prejudiciile estetice implică și posibilitatea cauzării unor prejudicii patrimoniale, ca de exemplu în cazul stewardeselor sau recepționelelor de hoteluri, pentru care armonia fizică este o condiție privind îndeplinirea profesiei lor²⁴.

§ 5. Repararea prejudiciului juvenil

În literatura de specialitate se consideră că prejudiciul juvenil este o specie aparte de daună corporală, care creează în favoarea victimei un drept special la reparație, cunoscut sub denumirea de *pretium juventutis*²⁵. În opinia celor care recunosc autonomia acestui tip de prejudiciu, vârsta victimei are o importanță aparte.

În mod obișnuit, prejudiciul juvenil este invocat pentru a compensa privațiunile pe care le suferă o persoană tânără, care se vede lipsită de posibilitatea de a participa la activitățile specifice vârstei sale. Într-o exemplificare sumară, s-ar putea spune că aceasta este situația unui copil lipsit de bucuria pe care ar putea să i-o ofere practicarea jocurilor specifice vârstei.

S-a spus că „indemnizarea separată a prejudiciului juvenil este justificată în cazul în care victima este o persoană tânără și este în mod special afectată posibilitatea sa de a beneficia de avantajele specifice vârstei tinere. Poate ar trebui astfel procedat mai ales

²¹ *Ibidem*.

²² A se vedea Judecătoria Bistrița, sentința penală nr. 1469 din 14 octombrie 1994, (nepublicată), *apud* I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 75.

²³ I. Urs, *Repararea daunelor morale...*, p. 77.

²⁴ A se vedea B. Stark, *Droit civil, Obligations*, Librairies Techniques, Paris, 1972, p. 62, *apud* I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 77.

²⁵ C. Juguștru, *Prejudiciul estetic...* p. 412.

atunci când vătămarea este cu caracter permanent, neîntrevăzându-se posibilitatea redresării, a revenirii la starea de normalitate odată cu trecerea timpului sau urmare a unor intervenții cu scop de reabilitare. Speranța de viață este relevantă mai ales atunci când victima avea perspectiva unei vieți fericite. Pentru aceasta este necesară analiza situației anterioare a victimei, a ceea ce a realizat și ar fi putut realiza în viitor, din acest punct de vedere”²⁶.

Fără a nega existența acestui prejudiciu, considerăm că suntem, de fapt, în prezența prejudiciului de agrement suferit de o ființă tânără, aflată în situația de a-și vedea suprimate ori diminuate speranțele de viață sau aptitudinea de a desfășura anumite activități agreabile²⁷. Prejudiciul juvenil nu trebuie să facă obiectul indemnizării distincte. Vârsta victimei, ca și componentă a personalității acesteia, este un criteriu orientativ general de apreciere a prejudiciului corporal. Diferitele vătămări fizice sunt mai intens resimțite la vârste tinere, iar consecințele negative pot fi ireversibile. Constatarea acestor împrejurări sporește gravitatea prejudiciului de agrement și îndreptățește la acordarea despăgubirilor într-un quantum mai ridicat²⁸.

§ 6. Considerații privind repararea prejudiciului corporal potrivit Noului Cod civil roman

Noul Cod civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009²⁹ și revizuit prin Legea nr. 71/2011³⁰ de punere în aplicare a Noului Cod civil, statuează în mod expres în art. 61 alin. (1) că „viata, sănătatea și integritatea fizică și psihică a oricărei persoane sunt garantate și ocrotite în mod egal de lege”.

Un alt element de noutate este consacarea în articolul 64 a **principiului inviolabilității corpului uman**, astfel potrivit alin. (1): „Corpul uman este inviolabil”. Potrivit alin. (2): „Orice persoană are dreptul la integritatea sa fizică și psihică. Nu se poate aduce atingere integrității ființei umane decât în cazurile și în condițiile expres și limitativ prevăzute de lege”.

În ceea ce privește apărarea drepturilor nepatrimoniale, legiuitorul a statuat în art. 252 „dreptul oricărei persoane fizice la ocrotirea valorilor strâns legate de ființa umană, cum sunt viața, sănătatea, integritatea fizică, demnitatea, intimitatea vieții private, creația științifică, artistică, literară sau tehnică, precum și a oricăror alte drepturi nepatrimoniale”.

În ceea ce privește mijloacele juridice de apărare a drepturilor nepatrimoniale, art. 253 alin. (1) din Noul Cod civil, „persoana fizică ale cărei drepturi nepatrimoniale au fost lezate ori amenințate poate cere oricând instanței:

- a) interzicerea săvârșirii faptei ilicite, dacă aceasta este iminentă;
- b) încetarea încălcării și interzicerea pentru viitor, dacă aceasta durează încă;

²⁶ A se vedea M. Boar, *Răspunderea civilă pentru prejudiciile extrapatrimoniale (problema reparării daunelor morale)*, Teză de doctorat, Cluj-Napoca, 1998, p. 189, *apud* C. Juguștru, *Prejudiciul estetic-formă a prejudiciului corporal* - Anuarul Institutului de Istorie „George Barițiu” din Cluj-Napoca, Series Humanistica, tomul I, Ed. Academiei Române, București, p. 412.

²⁷ C. Juguștru, *op. cit.*, p. 412.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009.

³⁰ Publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.

c) constatarea caracterului ilicit al faptei săvârșite, dacă tulburarea pe care a produs-o subzistă”.

Aliniatul (2) al aceluiași articol instituie o situație de excepție, și anume: în cazul lezării prin exercitarea dreptului la libera exprimare, instanța poate dispune numai măsurile prevăzute la alin. (1) lit. b) și c).

O dispoziție cu caracter novator este cea prevăzută de alin. (4) al art. 253 din Noul Cod civil potrivit căruia: „persoana prejudiciată poate cere despăgubiri sau, după caz, o *reparație patrimonială pentru prejudiciul, chiar nepatrimonial, ce i-a fost cauzat, dacă vătămarea este imputabilă autorului faptei prejudiciabile*. În aceste cazuri, dreptul la acțiune este supus prescripției extinctive.

De remarcat este faptul că această reglementare expresă a posibilității reparării bănești a prejudiciilor nepatrimoniale era necesară în vederea lămuririi controverselor din doctrină cu privire la necesitatea acordării unei indemnizații cu efect compensatoriu pentru repararea daunelor morale, precum și pentru a asigura o practică judiciară unitară în aceasta direcție.

Cu toate acestea, legiuitorul național nu a statuat nici în varianta actuală a Codului civil, criteriile de apreciere a prejudiciilor nepatrimoniale, precum și cele de stabilire a cuantumului despăgubirilor în compensare, acestea rămânând consacrate doar la nivel doctrinar și jurisprudențial.

§ 7. Concluzii

Concluzia ce se poate desprinde este aceea că prejudiciul corporal este o dimensiune a prejudiciilor extrapatrimoniale ce constă atât în dureri fizice, cât și în suferințe psihice, și care necesită acordarea unei indemnizații, în sensul unei compensații sau satisfacții compensatorii, cu mențiunea că această indemnizație nu se acordă în mod arbitrar, la întâmplare, chiar dacă prejudiciul nu poate fi evaluat în bani, ci trebuie stabilită în baza unei aprecieri a prejudiciului moral în ansamblu, a unor criterii de apreciere măcar aproximative, dacă nu avem la dispoziție criterii științifice exacte³¹.

³¹ I. Urs, *Criterii de apreciere*p. 24.

Avataruri ale principiului subsidiarității în dreptul administrativ român

Asist. univ. dr. Violeta STRATAN
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest din Timișoara



Avatars of the subsidiarity principle in Romanian administrative law

Abstract: The study that we propose on the influence of the principle of subsidiarity the Romanian administrative law would be incomplete if it contains references to the meaning of ‘subsidiarity’ and its evolution over time.

The first appearance of the subsidiarity principle in Romanian positive law is due the first post-revolutionary law that governed local government.

Keywords: administrative law, subsidiarity principle, Romanian positive law, avatar.

§ 1. Repere etimologice și istorice

Studiul pe care ni-l propunem cu privire la influența principiului subsidiarității asupra dreptului administrativ român ar fi incomplet dacă nu ar conține referiri la semnificațiile termenului „subsidiaritate” și la evoluția acestuia de-a lungul timpului. Originea termenului este strâns legată de substantivul latinesc *subsidium* și de adjectivul derivat *subsidiarius*, ambele având aceeași rădăcină *sub* (sub) și *sedere* (a se așeza). În limbajul militar roman, *subsidiarii* erau trupele de rezervă, chemate să întărească armata doar în caz de nevoie și pentru o perioadă limitată de timp. Ulterior, substantivul latinesc a dobândit o semnificație mai generală, aceea de ajutor, de sprijin, de asistență din partea unei colectivități superioare în beneficiul unor colectivități de rang inferior¹. În limba română substantivul a intrat pe filieră franceză². În limba franceză, substantivul *subsidiaritate* provine direct din doctrina

¹ M. Bourjol, «Quel avenir pour la théologie politique?», in *La décentralisation à la croisée des chemins*, textes réunis par Nicole Lerousseau, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 10.

² V. dexonline.ro.

catolică germanică și apare pentru prima dată în opera scriitorilor Jean-Yves Calvez și Jacques Perrin³. Ulterior, termenul se regăsește în scrierile teologilor catolici din perioada conciliului Vatican II și își face intrarea în dicționarele franceze în anul 1992, sub influența dreptului Uniunii Europene⁴.

Această scurtă trecere în revistă a itinerariului termenului „subsidiaritate” relevă importanța pe care doctrina socială a Bisericii catolice a avut-o în conturarea principiului subsidiarității. Una dintre referirile cele mai cunoscute cu privire la subsidiaritate este enciclica *Quadragesimo Anno*, din anul 1931⁵, operă în care Papa Pius al XI-lea stabilește cu titlu de principiu faptul că „s-ar comite o nedreptate și, în același timp, s-ar tulbura ordinea socială, dacă s-ar retrage grupărilor de rang inferior, pentru a le încredința unei colectivități mai mari și de rang mai ridicat, funcțiile pe care cele dintâi sunt în măsură să le îndeplinească ele-însele” și adresează autorității publice îndemnul de a „abandona grupărilor de rang inferior grija afacerilor de importanță mai mică, în care eforturile sale s-ar risipi excesiv”, întrucât „va putea astfel să asigure mai liber, mai puternic și mai eficace funcțiile care nu-i revin decât ei pentru că numai ea le poate îndeplini”; de a dirija, de a supraveghea, de a stimula, de a reține, în funcție de comportamente, circumstanțe sau nevoi» (n.t.)⁶.

§ 2. Subsidiaritate și descentralizare

Analizând învățăturile aduse de textele pontificale, literatura juridică franceză conchide că principiul subsidiarității definește criteriile de repartizare a competențelor și autorității în sânul unei societăți, și că, în virtutea sa, orice autoritate publică trebuie să rămână subsidiară în raport cu grupările sociale care îi sunt inferioare din punct de vedere al forței, mărimii sau mijloacelor⁷. Ca atare, principiul subsidiarității este aplicabil relațiilor dintre orice comunitate sau colectivitate inferioară și o colectivitate superioară, inclusiv raporturilor dintre autoritățile centrale și cele locale dintr-un stat unitar⁸. În acest context, descentralizarea pare să constituie domeniul privilegiat de aplicare a principiului subsidiarității în dreptul administrativ. Având în vedere faptul că aceasta face să coexiste, în cadrul unei ordini juridice date, o entitate „superioară” (centrală) și entități „inferioare” (descentralizate), ridicându-se astfel problema articulării competențelor exercitate de către autoritățile centrale și de către cele locale, descentralizarea pare să profite de pe urma

³ J.-Y. Calvez, J. Perrin, *Eglise et société économique. L'enseignement social des papes de Léon XIII à Pie XII (1878-1958)*, Aubier/Montaigne, 1959.

⁴ J. Barroche, «La subsidiarité. Le principe et l'application», in *Etudes*, n° 6/2008, p. 777-788, disponible en ligne, www.cairn.info/revue-etudes-2008-6.

⁵ *Actes de S.S. Pie XI*, tome 7, 1931, Maison de la Bonne Presse apud Jean-Louis Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, 1997, Paris, p. 17.

⁶ R. Lourau, *Le principe de subsidiarité contre l'Europe*, PUF, Paris, 1997, p. 8.

⁷ C. Millon-Delsol, «Le principe de subsidiarité et les difficultés de son application», in Hugues Portelli (dir.), *La décentralisation française et l'Europe*, Pouvoirs Locaux, Boulogne, Billancourt, 1993, pp. 235-237.

⁸ În opinia autoarei Chantal Million-Delsol, «statul nu reprezintă decât autoritatea superlativă, calitativ diferită de altele întrucât investită cu suveranitate, dar supusă aceluiași obligații de rezervă ca și celelalte autorități, și în plus unei obligații de ajutorare mult mai mari, înglobând toate obligațiile similare care nu au fost îndeplinite înaintea sa», in *L'Etat subsidiaire*, PUF, Paris, 1992, p. 10.

aptitudinii principiului subsidiarității de a clarifica și echilibra repartizarea competențelor între cele două tipuri de autorități publice. Menit fiind să caute în permanență nivelul pertinent de acțiune publică și să vegheze ca o atare acțiune să nu fie întreprinsă la un nivel superior dacă un nivel inferior poate să o întreprindă cu tot atâta eficacitate⁹, principiul subsidiarității se apropie de conceptul de descentralizare, ambele tinzând, cel puțin în accepțiunea lor comună, să dezvolte „dreptul cetățenilor de a participa la gestiunea treburilor publice”, permițând existența unei „administrații deopotrivă eficace și apropiată de cetățean”¹⁰.

În anul 1980, în cadrul unui studiu dedicat principiilor de atribuire a competențelor autorităților administrației publice locale în statele europene, profesorul Jean Rivéro realizează una dintre primele tentative de apropiere dintre cele două concepte, și constată diferența fundamentală dintre acestea: „în anumite state, descentralizarea, în sensul propriu al termenului, pleacă de la centru, puterea centrală atribuind, într-un mod descendent, un anumit număr de competențe colectivităților locale [...]. Soluția inversă este, dimpotrivă, ascendentă; competența de principiu fiind recunoscută colectivităților locale cu excepția competențelor atribuite prin acte normative unor autorități superioare, [...] plenitudinea de competențe se află la baza ierarhiei, spre deosebire de situația contrară, în care plenitudinea competențelor se află la vârf. În cazul subsidiarității, competențele se exercită la bază, excepție făcând cele pe care și le reține nivelul superior. În celălalt caz, exercitarea majorității competențelor revine nivelului superior, nivelurile inferioare asumându-și numai competențele încredințate de acesta din urmă”¹¹.

Această diferență este reiterată ulterior și de alți juriști francezi, care ridică la rang de principiu incompatibilitatea dintre descentralizare și principiul subsidiarității. Astfel, admitând că descentralizarea este de natură să introducă, prin intermediul noțiunii de afaceri locale, ideea unei zone de competențe concurente între colectivitățile teritoriale și stat, unde ar fi aplicabil principiul subsidiarității, Alain-Serge Mescheriakoff apreciază că această noțiune este exact opusul celei de subsidiaritate. Subsidiaritatea este „cea a nivelului superior, care nu poate interveni decât în măsura în care nivelul inferior nu poate să o facă. Altfel spus, competențele urcă de la bază spre vârf, în vreme ce în cadrul descentralizării, mișcarea este exact inversă, ele coborând de la vârf spre bază, aceasta din urmă neexercitând decât competențele care îi sunt cedate de la centru. Conceptul însuși de descentralizare ilustrează această mișcare descendentă: el nu are autonomie în raport cu cel de centralizare, pentru că nu este descentralizat decât ceea ce nu este centralizat. Cu alte cuvinte, puterea se exercită în mod natural de către autoritățile centrale [...] și mai mult sau mai puțin marginal, un oarecare număr de competențe sunt delegate de la centru către autoritățile locale. Dacă trebuie să vorbim despre subsidiaritate, atunci este vorba de o subsidiaritate inversată...”¹².

⁹ S. Saurel, «Les territoires, acteurs de la subsidiarité européenne?», in *Pouvoirs Locaux*, n° 59 IV/2003, p. 35.

¹⁰ A. Delcamp, «Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation», in *R.F.D.C.*, n° 23/95, PUF, pp. 609-624.

¹¹ J. Rivéro, «Les compétences du pouvoir local dans les pays européens», Rapport de synthèse au Colloque d'Aix-en-Provence, in *Annuaire européen d'administration publique*, 1980, p. 282.

¹² A.-S. Mescheriakoff, *France*, in R. Andersen, D. Déom (dir.), *Droit administratif et subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 135-137.

Totuși, în cadrul aceluiași raport de sinteză din anul 1980, profesorul Rivéro avansează ideea că diferența dintre cele două concepte, fundamentală din punct de vedere teoretic, este mai puțin evidentă în practică, „pentru că se constată că, în cele din urmă, atribuirea competențelor se face după aproximativ aceleași tehnici [...] este vorba, pe de o parte, de clauza generală de competență, și pe de altă parte, de metoda enumerării. Numai că, atunci când se afirmă, în virtutea clauzei generale de competență, că o colectivitate teritorială are competența să intervină în toate problemele care o privesc nu se spune mare lucru, pentru că rămâne încă de stabilit [...] cum anume se determină afacerile care interesează o anumită colectivitate locală. Desigur, în cazul în care plenitudinea de competență se află la bază, rezultă o oarecare extindere a sferei de competențe a colectivităților locale, dar se întâmplă adesea ca acele competențe care sunt rezervate centrului să restrângă semnificativ competența generală de principiu; și se întâmplă la fel de frecvent și situația inversă, ca enumerarea limitativă să aibă drept rezultat, în fapt, atribuirea de competențe suficient de extinse pentru a se putea compara cu cele rezultate din aplicarea unei clauze generale limitată de toate competențele pe care și le-au reținut autoritățile superioare”¹³. Există, de altfel, și alți autori potrivit cărora, în zilele noastre, construcția descendentă a autonomiei locale (*top down* sau descentralizare) și construcția ascendentă a acesteia (*bottom up* sau subsidiaritate) par să aibă tot mai multe elemente comune¹⁴.

§ 3. Incidențe ale principiului subsidiarității în dreptul administrativ român

Prima apariție a principiului subsidiarității în dreptul pozitiv român se datorează primei legi post-decembriste care a guvernat administrația publică locală. O.U.G. nr. 22/1997 pentru modificarea și completarea Legii administrației publice locale¹⁵ introduce în textul normativ pe care îl modifică un principiu ignorat până atunci de legiuitorul român, fapt considerat inoportun în literatura juridică a vremii¹⁶.

Legea administrației publice locale în vigoare nu mai folosește termenul de „subsidiaritate”, limitându-se la a menționa că „descentralizarea competențelor către autoritățile administrației publice locale se face cu respectarea principiilor și regulilor prevăzute de Legea-cadru a descentralizării”¹⁷. Or, aceasta din urmă ridică subsidiaritatea la rang de principiu pe baza căruia se desfășoară procesul de descentralizare, definind-o ca exercitare a competențelor de către autoritatea administrației publice locale situată la nivelul administrativ cel mai apropiat de cetățean și care dispune de capacitate administrativă necesară. Astfel conturat, principiul subsidiarității pare să joace un rol primordial în exercitarea autonomiei locale, dat fiind faptul că este menit să guverneze

¹³ J. Rivéro, «Les compétences du pouvoir local dans les pays européens», Rapport de synthèse au Colloque d'Aix-en-Provence, in *Annuaire européen d'administration publique*, 1980, p. 282.

¹⁴ A. Delcamp, M.-J. Tulard, «Une décentralisation à la recherche d'un second souffle», in A. Delcamp, J. Loughlin (dir.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, La documentation française, Paris, 2002, p. 153.

¹⁵ O.U.G nr. 22/1997 pentru modificarea și completarea Legii administrației publice locale nr. 69/1991, publicată în M. Of. nr. 105 din 29 mai 1997.

¹⁶ E. Popa, *Autonomia locală în România*, Ed. All Beck, București, 1999, pp. 50-51.

¹⁷ Art. 7 al Legii nr. 215/2001 a administrației publice locale, <http://www.cdep.ro>.

transferurile de competențe de la nivelul central (al ministerelor și celorlalte organe de specialitate ale administrației publice centrale) către autoritățile administrației publice locale de la nivelul județelor, comunelor sau orașelor.

Legea-cadru a descentralizării nr. 195/2006¹⁸ a fost urmată de o serie de acte normative reglementând transferuri de competențe de la anumite ministere către autoritățile locale, în diverse domenii de activitate. În opinia noastră, aceste acte normative reprezintă tot atâtea exemple de aplicare a principiului subsidiarității în domeniile de activitate pe care le guvernează.

Unul dintre cele mai ilustrative exemple în acest sens este reprezentat de domeniul sănătății publice. Legea nr. 95/2006¹⁹ privind reforma în domeniul sănătății menționează printre principiile fundamentale ale asistenței de sănătate publică: principiul descentralizării sistemului sanitar și principiul parteneriatului activ cu populația și cu autoritățile publice centrale și locale. Descentralizarea sistemului sanitar a făcut, de altfel, obiectul unui act normativ anterior adoptării acestei legi. Astfel, în expunerea de motive a Proiectului de lege pentru aprobarea O.U.G. nr. 162/2008 privind transferul ansamblului atribuțiilor și competențelor exercitate de Ministerul Sănătății Publice către autoritățile administrației publice locale, se arată că: „procesul de descentralizare în domeniul sănătății a demarat prin adoptarea O.G. nr. 70/2002 privind administrarea unităților sanitare publice de interes județean și local, prin care terenurile și clădirile în care își desfășoară activitatea unitățile sanitare publice de interes județean sau local au trecut în domeniul public al județelor, comunelor, orașelor și municipiilor. Astfel, s-a prevăzut în articolul 4 că președinții consiliilor județene și primarii comunelor, orașelor și municipiilor au obligația asigurării sumelor necesare pentru cheltuielile de întreținere și gospodărire, reparații, consolidare, extindere și modernizare a unităților sanitare”²⁰. În aceeași expunere de motive se arată că, sub imperiul reglementărilor atunci în vigoare, autoritățile administrației publice locale participă la finanțarea unor cheltuieli de administrare, de funcționare și de modernizare a unităților sanitare publice de interes județean sau local, în limita creditelor bugetare aprobate cu această destinație în bugetele locale, dar că implicarea acestor autorități în administrarea unităților sanitare este inegală. Existența unor variații mari de implicare între județe și localități este unul dintre inconvenientele pe care actele normative adoptate ulterior, cu privire la descentralizarea în domeniul sănătății, au urmărit să le remedieze. Astfel, inegalitatea constatată în expunerea de motive la care am făcut referire pare a-și găsi remediul în articolul 3 al O.U.G. nr. 162/2008²¹, care prevede transferul de fonduri de la bugetul Ministerului Sănătății către bugetele locale, în vederea exercitării adecvate a competențelor transferate colectivităților locale. Această dispoziție legală este în deplină concordanță cu cea din articolul 6 al Legii-cadru a descentralizării, potrivit căreia „transferul de competențe [de la autoritățile administrației publice centrale către cele ale administrației

¹⁸ Legea-cadru a descentralizării nr. 195/2006, publicată în M. Of. nr. 453 din 25 mai 2006.

¹⁹ Legea nr. 95/2006, <http://www.cdep.ro>.

²⁰ Expunerea de motive a Proiectului de lege pentru aprobarea O.U.G. nr. 162/2008, privind transferul ansamblului de atribuții și competențe exercitate de Ministerul Sănătății Publice către autoritățile administrației publice locale, <http://www.cdep.ro>.

²¹ O.U.G. nr. 162/2008 privind transferul ansamblului de atribuții și competențe exercitate de Ministerul Sănătății Publice către autoritățile administrației publice locale a fost aprobată prin Legea nr. 174/2011, <http://www.cdep.ro>.

publice locale] se face concomitent cu asigurarea resurselor necesare exercitării acestora”. O.U.G. nr. 162/2008 este unul dintre actele normative de importanța majoră pentru procesul de descentralizare în domeniul sănătății, care pleacă de la ideea că transferul de atribuții pe care îl reglementează are ca scop responsabilizarea autorităților locale în ceea ce privește asigurarea acestui serviciu public²². Implicarea autorităților administrației publice locale în managementul asistenței medicale este de natură să creeze premisele unei mai bune cunoașteri a nevoilor reale de sănătate ale populației din comunitățile locale și ale unei soluționări mai eficiente a acestora²³. Or, mai buna identificare și soluționare a problemelor de sănătate la nivelul comunităților locale se datorează, fără doar și poate, proximității autorităților locale față de cetățenii pe care îi reprezintă și față de problemele acestora. Întrucât textul normativ la care ne referim, care guvernează mare parte din transferurile de competențe de la Ministerul Sănătății către colectivitățile locale, își fundamentează expunerea de motive pe această proximitate, credem că el poate constitui o aplicare a principiului subsidiarității. Transferurile pe care le prevede sunt menite să apropie puterea de decizie de destinatarii acesteia: astfel, autoritățile administrației publice locale sunt înzestrate cu competențe în domeniile pe care, cel puțin teoretic, sunt cele mai în măsură să le gestioneze: asistența medicală comunitară, asistența medicală desfășurată în unitățile de învățământ, finanțarea cheltuielilor de personal aferente medicilor și asistentelor precum și a cheltuielilor pentru medicamentele și materialele sanitare ale unităților de asistență medico-socială, asistența medicală acordată în cadrul anumitor spitale, emiterea anumitor avize și autorizații [art. 2, alin. (1)]. Transferurile de competențe preconizate de O.U.G. nr. 162/2008 își găsesc ecou în dispozițiile Legii nr. 95/2006, modificată și completată de această ordonanță, precum și de O.U.G. nr. 48/2010²⁴. Ordonanțele sus-menționate se numără printre cele aproximativ șaiszeci de acte normative care au amendat legea privind reforma în domeniul sănătății, de la adoptarea sa și până în prezent.

În ceea ce privește asistența medicală comunitară, O.U.G. nr. 162/2008 aduce o schimbare radicală de optică, abrogând în întregime fostul Titlu V al Legii nr. 95/2006. Ea menține, în capitolul dedicat asistenței medicale comunitare, anumite dispoziții ale legii, în special cele referitoare la obiectivele urmărite în acest domeniu și la activitățile aferente acestora, dar schimbă radical abordarea. Astfel, printre obiectivele generale ale serviciilor și activităților de asistență medicală comunitară se numără și implicarea comunităților în identificarea problemelor lor medico-sociale [art. 5 lit. a)] și asigurarea eficacității acțiunilor și a eficienței utilizării resurselor [art. 5 lit. e)]. Or, realizarea acestor obiective impune apropierea deciziilor referitoare la serviciile și activitățile de asistență medicală comunitară de beneficiarii acesteia, adică de colectivitățile locale. Acestora le revine organizarea serviciilor de asistență medicală comunitară, în cadrul serviciilor lor publice de asistență socială sau, după caz, în cadrul aparatului de specialitate al primarului [art. 8, alin. (3)] și tot lor le revine sarcina recrutării, instruirii și evaluării activității, precum

²² Preambulul O.U.G. nr. 162/2008, <http://www.cdep.ro>.

²³ Preambulul O.U.G. nr. 48/2010 pentru modificarea și completarea unor acte normative din domeniul sănătății în vederea descentralizării, <http://www.cdep.ro>.

²⁴ O.U.G. nr. 48/2010 pentru modificarea și completarea unor acte normative din domeniul sănătății în vederea descentralizării, publicată în M. Of. nr. 384 din 10 iunie 2010, <http://www.cdep.ro>.

și cea a finanțării salariilor personalului care își desfășoară activitatea în respectivele servicii [art. 10, alin. (3)].

Normele metodologice de aplicare a ordonanței aduc precizări referitoare la partajul competențelor între autoritățile locale și centrale în acest domeniu de activitate. Modul în care este conceput acest partaj este, în opinia noastră, sub semnul influenței principiului subsidiarității: competența de principiu în ceea ce privește activitatea de asistență medicală comunitară revine autorităților administrației publice locale care, din postura de „fii cunosători” ai problemelor cărora această activitate trebuie să le găsească rezolvare, o evaluează și îi elaborează strategia și programul anual. Autorităților centrale, reprezentate de direcțiile județene de sănătate publică, le este încredințat rolul de ghid tehnic și metodologic al activității de asistență medicală comunitară, competențele lor având drept numitor comun verbe care desemnează mai degrabă o activitate de sprijin, de suport: să acorde consultanță și asistență tehnică, să colaboreze cu autoritățile administrației publice locale, să asigure sprijin pentru formarea personalului care lucrează în rețeaua de asistență medicală comunitară, să identifice, să elaboreze și să propună programe specifice, să faciliteze și să monitorizeze crearea parteneriatelor interinstituționale la diferite niveluri²⁵.

În afara asistenței medicale comunitare, autoritățile locale dobândesc, prin transfer, competențe deținute anterior de autoritățile centrale în domeniul asistenței medicale acordate în unitățile de învățământ. Prima etapă a unui asemenea transfer vizează imobilele în care își desfășoară activitatea cabinetele medicale și de medicină dentară din grădinițe și școli, precum și aparatura medicală din cadrul acestora, care trec în patrimoniul autorităților administrației publice locale [art. 12, alin. (2), O.U.G. nr. 162/2008]. Acestea din urmă trebuie să acopere, din bugetele locale, cheltuielile pentru bunurile și serviciile necesare întreținerii, funcționării și creării unor asemenea cabinete²⁶. Din aceleași bugete se suportă și finanțarea cheltuielilor de personal pentru categoriile profesionale din asistența medicală și de medicină dentară acordată în unitățile de învățământ, mai precis din sumele transferate cu această destinație de la bugetul de stat²⁷.

Un alt transfer de competențe deosebit de relevant pentru demersul nostru este cel referitor la managementul asistenței medicale acordate în anumite spitale. Potrivit art. 16 al O.U.G. nr. 162/2008, autorităților administrației publice locale li se încredințează managementul asistenței medicale acordate în centrele de sănătate și în spitalele municipale, orașenești și comunale. În virtutea noilor competențe, autorităților locale le revine sarcina de a asigura managementul asistenței medicale prin structuri cu atribuții specifice în acest domeniu, de a aproba propunerile privind modificarea structurii organizatorice, reorganizarea, restructurarea, schimbarea sediului și a denumirilor pentru spitalele publice din domeniul lor de competență, și de a controla modul de utilizare de către spitale a fondurilor alocate (art. 18, O.U.G. nr. 162/2008). Ele au reprezentanți în consiliile de administrație ale acestor spitale, participând astfel la dezbateri și la luarea deciziilor privind principalele probleme de strategie, de organizare și de funcționare a spitalelor (art. 186, Legea nr. 95/2006). Bugetele locale participă la finanțarea unor

²⁵ Articolele 4 și 5, Normele metodologice din 29 ianuarie 2009, pentru aplicarea O.U.G. nr. 162/2008, <http://legestart.ro>.

²⁶ Art. 21, alin. (2) al O.U.G. nr. 162/2008, www.cdep.ro.

²⁷ Art. 11, Normele metodologice din 29 ianuarie 2009, pentru aplicarea O.U.G. nr. 162/2008, <http://legestart.ro>

cheltuieli de administrare și funcționare ale spitalelor din rețeaua colectivităților locale, în special a celor pentru bunuri și servicii, investiții, reparații capitale, consolidare, extindere și modernizare, dotări cu echipamente medicale (art. 190⁶ al Legii nr. 95/2006). Aceste cheltuieli pot fi parțial suportate de către autoritățile centrale, prin intermediul sumelor transferate din bugetul de stat în bugetele locale cu această destinație, și din veniturile proprii ale Ministerului Sănătății, dar numai cu condiția ca și bugetele locale să participe la acoperirea lor (art. 190⁵ al Legii nr. 95/2006).

Transferul de competențe privind managementul asistentei medicale din anumite spitale este relevant pentru demersul nostru mai ales prin faptul că reprezintă o ilustrare a experimentării descrise în Legea-cadru a descentralizării²⁸. În acest sens, articolul 17 al O.U.G. nr. 162/2008 prevede, în termeni aproape identici cu cei ai articolului 5 alin. (2) al legii sus-menționate, că „Ministerul Sănătății Publice organizează faze-pilot în vederea testării și evaluării impactului soluțiilor propuse pentru descentralizarea” unităților sanitare al căror management este transferat autorităților locale. Organizarea și desfășurarea fazelor-pilot este aproape în întregime „opera” autorităților centrale: inițiate de Ministerul Sănătății Publice, ele se desfășoară pe o perioadă de 12 luni, stabilită de aceeași autoritate centrală care le și evaluează la sfârșitul derulării lor. În ciuda omniprezenței statului în derularea lor, aceste faze-pilot experimentale, menite să testeze aplicabilitatea soluțiilor descentralizatoare în domeniul sănătății, au avut drept rezultat alcătuirea de către Guvern a două liste de unități sanitare: una cu cele al căror management a rămas în competența autorităților locale și alta cu cele al căror management a fost transferat în competența aceluiași autorități²⁹. ținând cont de zecile de unități sanitare care figurează pe cea de-a doua listă, al căror management va reveni autorităților locale ca urmare a metodei experimentale concretizate prin organizarea fazelor-pilot, rolul de suport al acestora din urmă pentru descentralizarea din domeniul sănătății nu poate fi negat. Permițând o evaluare a capacității administrative a colectivităților locale participante, fazele-pilot reprezintă un punct de sprijin extrem de important pentru decizia autorităților centrale de a transfera competențele testate în acest domeniu de activitate.

Sănătatea publică nu este decât unul dintre domeniile de activitate în care s-au concretizat transferuri de competențe inspirate de Legea-cadru a descentralizării și, implicit, de principiul subsidiarității. Evoluții similare au fost înregistrate și în domeniile învățământului, transportului, turismului, agriculturii, culturii și serviciilor publice. Domeniul serviciilor publice este, de altfel, unul dintre primele domenii de activitate guvernate de texte normative care fac referire expresă la principiul subsidiarității, în special în ceea ce privește serviciile comunitare de utilități publice³⁰. Astfel, prima lege post-decembristă adoptată în acest domeniu, în prezent abrogată, se referă *expressis verbis* la principiul

²⁸ Pentru detalii, v. V. Stratan, «L'impact du principe de subsidiarité sur l'autonomie locale roumaine», în Revista de drept public, în curs de publicare.

²⁹ H.G. nr. 529/2010, pentru aprobarea menținerii managementului asistentei medicale la autoritățile administrației publice locale care au desfășurat faze-pilot, precum și a Listei unităților sanitare publice cu paturi pentru care se menține managementul asistentei medicale la autoritățile administrației publice locale și la Primăria Municipiului București și a Listei unităților sanitare publice cu paturi pentru care se transferă managementul asistentei medicale către autoritățile administrației publice locale și către Primăria Municipiului București.

³⁰ Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, <http://www.cdep.ro>.

subsidiarității în secțiunea dedicată atribuțiilor și responsabilităților autorităților administrației publice centrale, unde se prevede că guvernul elaborează strategii și politici locale referitoare la serviciile publice de gospodărire comunală, în scopul de asigurării realizării politicii generale a statului în acest domeniu, în temeiul principiului subsidiarității³¹. Corelată cu dispozițiile referitoare la atribuțiile autorităților administrației publice locale, enunțate în secțiunea anterioară, dispoziția din articolul 14 pare a fi expresia imperativului non-ingerinței autorităților statale într-un domeniu de activitate în care autoritățile locale pot interveni mai eficient, dată fiind apropierea lor de nevoile utilizatorilor serviciilor publice în discuție, respectiv mai buna cunoaștere a acestora, în special, și a circumstanțelor locale, în general. Altfel spus, având în vedere faptul că autoritățile locale au o „competență exclusivă cu privire la înființarea, organizarea, coordonarea, monitorizarea și controlul funcționării serviciilor publice de gospodărie comunală”, guvernul nu intervine decât pentru a sprijini aceste autorități, sub forma asistenței tehnice și financiare, pentru înființarea, dezvoltarea și îmbunătățirea respectivelor servicii publice și a infrastructurii aferente, în scopul administrării lor mai eficiente.

Această lege a serviciilor publice a fost abrogată în anul 2006. Noua lege a serviciilor comunitare de utilități publice păstrează aceeași concepție inspirată de subsidiaritate, conferind, la rândul său, autorităților administrației publice locale „competența exclusivă, în condițiile legii, în tot ceea ce privește înființarea, organizarea, coordonarea, monitorizarea și controlul funcționării serviciilor de utilități publice, precum și crearea, dezvoltarea, modernizarea, administrarea și exploatarea bunurilor proprietate publică sau privată a unităților administrativ-teritoriale aferente sistemelor de utilități publice³². Ea încredințează autorității centrale același rol subsidiar care constă în sprijinirea autorităților administrației publice locale prin măsuri administrative, legislative și economico-financiare, în scopul dezvoltării și îmbunătățirii cantitative și calitative a serviciilor de utilități publice și al asigurării funcționării și exploatarei în condiții de siguranță și eficiență economică a infrastructurii tehnico-edilitare aferente acestora [art. 11, alin. (3)]. Pentru a întări rolul de suport conferit guvernului, se prevede, de exemplu, că acesta acordă transferuri de la bugetul de stat pentru dezvoltarea infrastructurii tehnico-edilitare de interes local, intercomunitar sau județean, cu respectarea principiului subsidiarității și proporționalității [art. 11, alin. (1) lit. d)]. Principiul proporționalității se adaugă principiului subsidiarității pentru a limita sprijinul statal la măsurile strict necesare realizării scopului în vederea căruia este acordat, cu alte cuvinte, pentru a-l face adecvat nevoilor pe care autoritățile locale nu le pot satisface cu propriile lor mijloace în exercitarea competențelor care le revin. El are menirea de a evita ca intervenția autorității centrale să devină excesivă și să se transforme astfel într-o atingere adusă liberului exercițiu al competențelor colectivităților locale. Aceleași principii – subsidiaritatea și proporționalitatea – guvernează activitatea autorităților centrale referitoare la elaborarea strategiilor și politicilor locale cu privire la serviciile de utilități publice și la implementarea acestora [art. 11, alin. (4) lit. c)]. De altfel, în economia textului normativ, articolul 11 cuprinde cel mai mare număr de indicii cu privire la modul în care legiuitorul înțelege să aplice principiul subsidiarității la domeniul

³¹ Art. 14, alin. (3), lit. c) din Legea serviciilor publice de gospodărie comunală nr. 326/2001, <http://www.cdep.ro>.

³² Art. 8, alin. (1) al Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006.

serviciilor de utilități publice. Cum am arătat deja, primul alineat al acestui articol conferă autorității centrale un rol de îndrumător și de sprijin al autorităților locale. Alineatul (3) confirmă acest rol și îl circumscrie exigențelor dezvoltării și îmbunătățirii serviciilor publice, precum și exploatarea eficientă a infrastructurii aferente; aceste exigențe sunt de natură să limiteze intervențiile guvernamentale numai la acele acțiuni care pot fi întreprinse în numele lor. În sfârșit, alineatul (4) listează obiectivele urmărite de guvern în exercitarea acestui rol, printre care se numără și: descentralizarea serviciilor de utilități publice și consolidarea autonomiei locale în ceea ce le privește, întărirea capacității decizionale și manageriale a autorităților administrației publice locale în exercitarea atribuțiilor lor privind înființarea, coordonarea și controlul funcționării serviciilor de utilități publice, implementarea mecanismelor specifice economiei de piață în sfera serviciilor de utilități publice, crearea unui mediu concurențial, atragerea participării capitalului privat, promovarea formelor de gestiune delegată, promovarea asocierii intercomunitare pentru înființarea și exploatarea în comun a unor sisteme de utilități publice, promovarea colaborării dintre autoritățile administrației publice locale și sectorul privat, restrângerea și reglementarea ariilor unde prevalează condițiile de monopol caracteristice unor servicii de utilități publice etc. Toate aceste obiective pot fi subsumate imperativului de a restrânge intervențiile autorității centrale la minimumul necesar într-un domeniu de activitate în care acțiunea de proximitate este prezumată deopotrivă mai eficientă și mai adecvată.

Raportat la legea anterioară în materie, subsidiaritatea nu intervine numai în repartizarea atribuțiilor autorităților implicate, ci este ridicată la rang de principiu de organizare și administrare a serviciilor publice, enunțat chiar la începutul textului normativ, în secțiunea dedicată dispozițiilor generale. Astfel, articolul 6 prevede că „serviciile de utilități publice se organizează și se administrează cu respectarea prevederilor legale în vigoare privind administrația publică locală, descentralizarea administrativă și financiară, dezvoltarea regională, finanțele publice locale și cu respectarea principiilor: a) autonomiei locale; b) descentralizării serviciilor publice; c) subsidiarității și proporționalității; [...]”. Această amplasare textuală, de natură să extindă sfera de aplicare a principiului subsidiarității și să îi sporească importanța în domeniul de activitate avut în vedere, denotă eforturile legiuitorului român de a clarifica și armoniza principalele acte normative referitoare la serviciile publice cu legislația europeană (Cartea albă privind serviciile de interes general și Directiva 2006/123/CE a Parlamentului European și a Consiliului, privind serviciile în cadrul pieței interne)³³. Or, Cartea albă postulează că serviciile de interes general³⁴ trebuie să fie organizate și reglementate cât mai aproape de cetățeni, și că principiul subsidiarității se impune a fi riguros respectat³⁵. Cu alte cuvinte, organizarea și funcționarea

³³ Expunerea de motive a O.G. nr. 13/2008, pentru modificarea și completarea Legii nr. 51/2005, privind serviciile comunitare de utilități publice, www.cdep.ro.

³⁴ Conform Anexei nr. 1 a documentului intitulat «Cartea albă privind serviciile de interes general», citată mai jos, termenul *serviciu de interes general* se referă la «serviciile economice și non-economice pe care autoritățile publice le consideră ca fiind de interes general și care se supun obligațiilor specifice de serviciu public». Prin urmare, termenul acoperă și sfera semantică a serviciilor comunitare de utilități publice guvernate de Legea nr. 51/2006.

³⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Livre blanc sur les services d'intérêt général, Bruxelles, le 12 mai 2004 COM(2004) 374 final, www.eur-lex.europa.eu.

serviciilor comunitare de utilități publice poartă, sub imperiul Legii nr. 51/2006, amprenta evidentă a principiului subsidiarității teritoriale.

Subsidiaritatea transpare și din modul în care legiuitorul român reglementează serviciile publice comunitare. Acestea din urmă sunt rezultatul descentralizării anumitor servicii publice circumscrise, anterior intervenției legiuitorului, sferei de competență a autorităților guvernamentale. Ele constituie un element esențial al programului de reformă a administrației publice prin obiectivul principal pe care îl urmăresc: apropierea de cetățeni³⁶. Proximitatea serviciilor publice comunitare față de beneficiarii lor este de altfel prezentată drept premisa eficacității lor sporite. Astfel, potrivit expunerii de motive a O.G. nr. 84/2001, privind înființarea, organizarea și funcționarea serviciilor publice comunitare de evidență a persoanelor, constituirea acestor servicii creează premisele pentru optimizarea³⁷ procesului de tratare a datelor de identificare a persoanelor. Această optimizare este rezultatul unificării activităților anterior îndeplinite de compartimentele de stare civilă ale consiliilor locale și de structurile deconcentrate de evidență a populației din cadrul Ministerului de Interne. Acestea vor fi de competența serviciilor publice comunitare de evidență a persoanelor, organizate la nivelul consiliilor locale și județene, fapt de natură să diminueze birocratia și să faciliteze accesul utilizatorilor la serviciile publice în cauză. Același deziderat al eficacității transpare și din expunerea de motive a O.G. nr. 88/2001, privind înființarea, organizarea și funcționarea serviciilor publice comunitare pentru situații de urgență. Înființarea acestor servicii – provenind din reorganizarea fostelor inspectorate județene de protecție civilă și a brigăzilor de pompieri subordonate Ministerului de Interne – apare ca o premisă a consolidării autonomiei administrative a colectivităților locale și a sporirii capacității acestora de a gestiona în mod eficace situațiile de urgență. Ordonanța are menirea de a elimina suprapunerea de competențe existentă în cadrul procesului decizional aferent gestiunii situațiilor de urgență dinaintea adoptării sale³⁸. Este evident faptul că actele normative sus-menționate guvernează transferuri de competențe de la stat către unitățile administrativ-teritoriale. Totuși, domeniile de activitate la care ele se referă nu sunt transferate în bloc colectivităților locale, autoritățile statale rezervându-și un rol de coordonare și control, potrivit unei logici evident inspirate de subsidiaritatea teritorială. Într-adevăr, deși sunt organizate de către consiliile locale și județene fiind astfel subordonate acestora, activitatea serviciilor publice comunitare este dirijată și controlată de organele de specialitate ale autorităților centrale. Această dublă subordonare, atât pe orizontală cât și pe verticală³⁹, face necesară o delimitare exactă a competențelor între autoritățile centrale și cele locale. În general, competențele autorităților administrației publice locale sunt considerate a viza aprobarea organigramei și a numărului de personal al acestor servicii, numirea și revocarea conducătorilor lor, stabilirea salariilor personalului aferent, aplicarea anumitor sancțiuni disciplinare⁴⁰. Competențele autorităților

³⁶ A. Trăilescu, *Drept administrativ*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 103; v. și Expunerea de motive a O.G. nr. 13/2001, privind crearea, organizarea și funcționarea serviciilor publice comunitare pentru cadastru și agricultură, www.cdep.ro.

³⁷ Expunerea de motive a O.G. nr. 84/2001, privind crearea, organizarea și funcționarea serviciilor publice comunitare pentru evidența persoanelor, www.cdep.ro.

³⁸ Expunerea de motive a O.G. nr. 88/2001, privind crearea, organizarea și funcționarea serviciilor publice comunitare pentru situații de urgență, www.cdep.ro.

³⁹ A. Trăilescu, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 104.

centrale se circumscriu mai degrabă rolului de coordonare și de control metodologic și de specialitate, în vederea punerii în aplicare unitară a reglementărilor legale în aceste domenii de activitate. Acest partaj de competențe între autoritățile locale și centrale este, în opinia noastră, expresia unei logici de tip subsidiar, în virtutea căreia activitățile care-i privesc îndeaproape pe utilizatorii serviciilor publice sunt în sfera de competență a primelor, celor din urmă revenindu-le doar acele acțiuni care, datorită dimensiunii și complexității lor, nu pot fi întreprinse în mod eficace de către autoritățile locale. Cu titlu de exemplu, expunerea de motive a legii pentru aprobarea O.G. nr. 13/2001 privind organizarea și funcționarea serviciilor publice comunitare pentru cadastru și agricultură⁴¹ relevă amprenta principiului subsidiarității asupra raționamentului legislativ pe care îl descrie. Astfel, serviciile comunitare pentru cadastru și agricultură, organizate la nivelul fiecărei unități administrativ-teritoriale, vor fi dimensionate diferit de la o comunitate la alta, și dotate cu un număr adecvat de personal, în funcție de mai multe elemente: solicitările înregistrate în trecut, la nivelul fiecărei unități administrativ-teritoriale, pentru obținerea anumitor prestații specifice, forma de relief unde este situată colectivitatea, și complexitatea dinamicii socio-culturale care o animă. Date fiind aceste elemente, competențele referitoare la înființarea serviciilor publice comunitare pentru cadastru și agricultură nu pot reveni decât autorităților publice locale, datorită proximității acestora față de comunitățile pe care le reprezintă. Îndrumarea tehnico-metodologică a serviciilor publice comunitare pentru cadastru și agricultură va fi asigurată de oficiile județene de cadastru, geodezie și cartografie, aflate în subordinea Agenției Naționale pentru Cadastru și Publicitate Imobiliară (instituție publică subordonată, la rândul său, Ministerului Turismului și Dezvoltării Regionale) și de direcțiile generale județene pentru agricultură și industrie (structuri deconcentrate ale Ministerului Agriculturii)⁴².

Exemplele pot continua cu alte servicii publice comunitare și partajul de competențe de tip subsidiar între autoritățile centrale și locale pe care acestea îl instituie, însă prezentarea lor ar putea părea redundantă în cadrul unui studiu ca cel pe care ni l-am propus. Din acest motiv, vom trata în continuare un ultim domeniu al serviciilor publice în care principiul subsidiarității își găsește aplicare, atât din perspectiva competențelor repartizate între autoritățile publice situate la diferite niveluri teritoriale, cât și prin prisma raporturilor stabilite între particulari și autoritățile publice: este vorba de serviciul public de asistență socială.

Asistența socială este, prin însăși definiția sa, un domeniu de activitate propice pentru aplicarea principiului subsidiarității: dictionarele românești, dar și cele străine, desemnând-o ca „ajutor acordat de către colectivitățile publice persoanelor care nu dispun de mijloacele necesare traiului”⁴³. Vocabularul juridic francez este și mai ilustrativ în acest sens, aceluiași semnificat fiind asociat de-a lungul timpului doi semnificanți - mai întâi, „asistență publică”, apoi „ajutor social” - al căror caracter interschimbabil nu poate decât să vină în sprijinul afirmației noastre de mai sus. Asistența socială se circumscrie deci semnificației de ajutor, de

⁴¹ www.cdep.ro.

⁴² Art. 1, alin. (3) al O.G. nr. 13/2001, privind organizarea și funcționarea serviciilor comunitare pentru cadastru și agricultură, www.cdep.ro.

⁴³ S. Guinchard, G. Montagnier, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 12e édition, Dalloz, Paris, 1999, pp. 29 et 46. v. și www.dexonline.ro.

sprijin acordat numai în caz de nevoie persoanelor incapabile de a-și dirija propriul destin.

Acest domeniu de activitate este guvernat, în ordinea juridică română, de două texte normative. Primul din punct de vedere cronologic, reprezentat de O.G. nr. 68/2003⁴⁴, privind serviciile sociale, nu face referire expresă la principiul subsidiarității, însă conține dispoziții care trădează influența acestuia. Mai întâi, acest text normativ include proximitatea printre principiile și valorile care fundamentează acordarea serviciilor sociale. Apoi, repartizarea competențelor în cadrul activităților implicate în procesul de acordare a serviciilor sociale denotă anumite afinități cu principiul subsidiarității. Astfel, potrivit art. 50¹, autorităților centrale le revine, în principal, sarcina de a elabora legislația și programele menite să asigure dezvoltarea serviciilor sociale la nivel național, metodologia și procedurile de evaluare și control în materie, precum și modelele de contracte și standardele necesare procesului de externalizare a serviciilor sociale, în vreme ce organizarea acestora din urmă este, potrivit art. 50², în sarcina colectivităților publice descentralizate, care trebuie să țină seama de nevoile identificate la nivel local, de numărul potențialilor beneficiari, de complexitatea situațiilor pe care serviciile sociale trebuie să le rezolve și de gradul de risc social implicat. Aceste prevederi legale exprimă, în opinia noastră, un raționament de tip subsidiar al legiuitorului român.

Cel de-al doilea text normativ incident în domeniul serviciilor sociale – Legea nr. 292/2011⁴⁵ - a fost adoptat cu intenția expresă de a actualiza legislația referitoare la aceste servicii publice și de a o alinia ultimelor evoluții în domeniu înregistrate la nivelul statelor membre ale UE⁴⁶. Principiul subsidiarității este deja „la el acasă” în acest text, care conține referiri exprese fie la adverbul „subsidiar” (art. 2), fie la substantivul „subsidiaritate” (art. 3), dar și un număr mare de dispoziții care se referă implicit la acest principiu. Articolul 3 al Legii nr. 292/2011 reprezintă, în opinia noastră, un ecou al principiului subsidiarității consacrat de enciclica *Quadragesimo Anno*, care ridică la rang de principiu imposibilitatea de a „răpi particularilor, pentru a le transfera comunității, atribuțiile de care aceștia sunt capabili să se achite din proprie inițiativă și prin propriile lor mijloace”, și imperativul ca „orice intervenție în materie socială” să aibă drept obiectiv natural „de a ajuta membrii corpului social, și nu de a-i distruge, nici de a-i absorbi”. El este redactat în termenii următori: „Responsabilitatea privind dezvoltarea propriilor capacități de integrare socială și implicarea activă în soluționarea situațiilor de dificultate revine fiecărei persoane, precum și familiei acesteia, autoritățile statului intervenind prin crearea de oportunități egale și, în subsidiar, prin acordarea de beneficii de asistență socială și servicii sociale adecvate”⁴⁷. Articolul 5 al aceleiași legi include subsidiaritatea printre principiile generale ale sistemului național de asistență socială; în virtutea acestui principiu, „în situația în care persoana sau familia nu își poate asigura integral nevoile sociale, intervin colectivitatea locală și structurile ei asociative și, complementar, statul”.

Secțiunea referitoare la organizarea și administrarea serviciilor sociale stă, la rândul ei, mărturie a influenței principiului subsidiarității în calitatea sa de principiu de repartizare a competențelor între diferitele autorități publice. Potrivit articolului 39, responsabilitatea

⁴⁴ O.G. nr. 68/2003, publicată în M. Of. nr. 619 din 30 august 2003.

⁴⁵ Este vorba de Legea nr. 292/2011, intitulată Legea asistentei sociale, publicată în M. Of. nr. 905 din 2 decembrie 2011.

⁴⁶ Expunerea de motive a Legii nr. 292/2011, www.cdep.ro.

⁴⁷ Art. 3, alin. (1) al Legii 292/2011, www.cdep.ro.

dezvoltării, administrării și acordării serviciilor sociale este partajată astfel: elaborarea politicilor publice, programelor și strategiilor naționale în domeniu, reglementarea, coordonarea și controlul aplicării lor, precum și evaluarea și monitorizarea calității serviciilor sociale revine autorităților administrației publice centrale (a), organizarea, administrarea și acordarea serviciilor sociale revine autorităților administrației publice locale, care au posibilitatea de a externaliza aceste servicii către sectorul neguvernamental, instituțiile de cult, alte persoane fizice și juridice de drept public sau privat, în condițiile legii (b). Acest partaj de competențe este detaliat în capitolul V al legii, intitulat „Construcția instituțională a sistemului național de asistență socială”, a cărui primă secțiune este dedicată funcțiilor și atribuțiilor nivelului central, în vreme ce a doua este rezervată detalierei atribuțiilor nivelului local. Mai mult, dispozițiile conținute în secțiunea dedicată nivelului local demonstrează că partajul de tip subsidiar al atribuțiilor nu privește numai raporturile dintre autoritățile naționale și locale, ci se aplică și relațiilor dintre diferitele autorități ale administrației publice locale. Autorităților județene le revine rolul, consacrat și la nivel constituțional, de coordonare a activităților celorlalte autorități locale: în afara atribuțiilor care le revin în calitatea lor de autorități însărcinate cu organizarea, administrarea și acordarea serviciilor sociale la nivelul județului – omoloage, oarecum, celor ale autorităților situate la nivelul administrativ de bază – le revine și sarcina de a coordona înființarea și organizarea serviciilor sociale, în concordanță cu nevoile și situațiile de dificultate identificate, pentru a se realiza o acoperire echitabilă a dezvoltării acestora pe întreg teritoriul județului” [art. 114, alin. (2) lit. a)] și de a acorda „sprijin autorităților administrației publice locale de la nivelul comunelor, orașelor și municipiilor de pe raza teritorială a județului, în scopul planificării, dezvoltării și organizării serviciilor sociale de interes local” [art. 114, alin. (2) lit. b)]. Această modalitate de a partaja competențe pare să exprime preocuparea legiuitorului pentru a găsi nivelul cel mai adecvat de exercițiu al lor, prin prisma criteriilor proximității și capacității nivelelor administrative implicate.

Concluzionând, credem că toate actele normative descrise în acest studiu pot fi considerate, fie datorită trimiterilor explicite la principiul subsidiarității, fie datorită afinităților pe care le stabilesc în mod implicit cu diverse elemente ale acestuia, metamorfoze mai mult sau mai puțin evidente ale subsidiarității în domeniile de activitate analizate.

Aspecte privitoare la reglementarea recidivei în Noul Cod penal

Dr. Livia SUMĂNARU

*Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest Timișoara*



Aspects regarding the regulation of relapse in the New Criminal Code

Abstract: If the purpose of the penalty is the prevention of other offences, and one of the functions of the penalty the re-education of the convict, then the relapse proves their utopian character.

The efficiency of the punitive penal system is defied. The crisis of the punitive penal system is obvious.

Over the years, specialists from different fields have tried to answer the same question: how can the relapse phenomenon be prevented, fought against, or at least diminished?

Up to now, this question has not been answered yet. Specialists have reached the conclusion that this phenomenon could at most be reduced, but not eliminated.

The new Romanian Criminal Code was adopted through Law no. 286/2009 published in the Official Journal no. 510 from 24 July 2009, and it brings new alterations to the definition, the terms of relapse and its penal treatment conferring the relapse the character of a personal ground of mandatory aggravation of the penalty.

The legislator of the new Criminal Code has given up the regulation of the minor relapse, on the grounds that it is not justified, yet keeping its other forms.

The limits of the first term increase: the penalty regarding the first term must be imprisonment for more than 1 year or life imprisonment and not imprisonment for more than 6 months (the present Criminal Code), and for the second term, the penalty prescribed by law must be imprisonment for more than 1 year or life imprisonment, as stipulated in the present regulation.

As to the penal treatment, the new Criminal Code stipulates a stricter regime (art. 43, new Criminal Code) although practice has proved that the harshening of the penal treatment has not led to the decrease of the relapse rate.

Thus, in case of the post-conviction relapse, the penal treatment will imply the arithmetic addition of the penalties, and in the case of the post-enforcement relapse it supposes the legal increase with one half of the special limits of the penalties, both in case of the natural and the legal person.

A new provision in the field is the one from the art. 43 paragraph (3) of the new Criminal Code, through which, as an exception, in some cases, the possibility of being sentenced to imprisonment for life was regulated, even if the established penalties were those of imprisonment.

Despite the large efforts to reduce relapse or to control it, over the past few decades, this has grown or remained within the same limits.

Following the principle according to which, in order to remove the effect, you need to remove the cause, getting to know the causes of relapse is of larger interest than the relapse itself.

Keywords: new Romanian Criminal Code, the definition of relapse, the post-conviction relapse, the post-enforcement relapse, the penal treatment.

§ 1. Aspecte introductive

În contextul afirmării la nivel european a necesității unificării treptate a legislației penale și procesual penale, în cadrul statelor membre ale Uniunii Europene, prin Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 24 iulie 2009 a fost adoptat noul Cod penal al României, după ce Codul penal adoptat anterior, prin Legea nr. 301/2004¹, a sfârșit (în urma unor amânări succesive a intrării sale în vigoare) prin a fi abrogat și a nu mai intra în vigoare². Decizia elaborării unui nou proiect al unui nou Cod penal a fost justificată de legiuitor prin neajunsurile Legii nr. 301/2004, semnalate de doctrină în intervalul de timp care a urmat publicării sale.

Printre obiectivele declarate ale noului Cod penal³ se regăsește și acela de a crea un cadru legislativ coerent în materie penală, urmărindu-se simplificarea reglementărilor de drept substanțial și asigurarea unei corelări a pedepselor prevăzute legale cu dispozițiile din partea generală privitoare la mecanismele de sancționare a pluralității de infracțiuni.

Noul Cod penal, adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 24 iulie 2009, cuprinde o serie de reglementări noi, printre care se regăsesc și acelea care vizează sfera pluralității de infracțiuni.

Având în vedere că prin acest nou Cod penal s-a urmărit, totodată, reconfigurarea tratamentului sancționator, ca răspuns la „tabloul” furnizat de practica judiciară, era firesc ca intervenția legiuitorului să vizeze și categoria pluralității de infracțiuni.

Intervenția legiuitorului cuprinde, în acest sens, modificări multiple, unele având rol stilistic sau formal, altele vizând conținutul normei juridice sau tratamentul penal aplicabil pluralității de infracțiuni, în diversele sale forme.

Recidiva, ca formă a pluralității de infracțiuni, este, în continuare, reglementată în noul Cod penal, însă legiuitorul noii codificări propune o serie de modificări ale regimului juridic al acesteia, modificări pe care le vom prezenta în cele ce urmează.

¹ Publicată în M. Of. nr. 575 din 29 iunie 2004.

² V. Păvăleanu, *Comentarii asupra proiectului unui nou Cod penal*, în *Revista de drept penal* nr. 1/2009, p. 24.

³ A se vedea conținutul *Expunerii de motive* care a însoțit Proiectul noului Cod penal (www.just.ro).

2. Definirea și structura stării de recidivă specifice persoanei fizice (art. 41 noul C. pen.)

La o primă lectură, se observă că noul Cod penal aduce modificări atât în privința definirii și a termenilor recidivei, cât și în ceea ce privește tratamentul penal al acesteia.

Dintre modalitățile recidivei, noul Cod penal a adoptat sistemul recidivei generale, sistemul recidivei temporare, sistemul recidivei relative și sistemul recidivei internaționale. De asemenea, noul Cod penal, deși nu reglementează expres recidiva postcondamnatorie și postexecutorie, prevede condițiile legale ale recidivei după condamnare și ale recidivei după executare, precum și tratamentul penal al acestora.

Noul Cod penal a păstrat principiul recidivei relative, a reformulat ipotezele privind primul termen al recidivei, când există recidivă postcondamnatorie și postexecutorie și a renunțat la reglementarea micii recidive, întrucât această modalitate a recidivei a fost foarte rar întâlnită în practică⁴.

Noul Cod penal, în cuprinsul art. 41, definește și reglementează termenii recidivei, fără a mai prelua modelul actualei reglementări, conform căruia recidiva postcondamnatorie și recidiva postexecutorie sunt abordate distinct în textul de lege.

Astfel, potrivit alineatului (1) al art. 41 noul C. pen., recidiva este cea formă a pluralității de infracțiuni, care constă în săvârșirea cu intenție sau intenție depășită, de către o persoană fizică, a unei noi infracțiuni, de o anumită gravitate, respectiv o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de un an sau mai mare, după ce acea persoană a fost condamnată definitiv la pedeapsa închisorii mai mare de un an și până la reabilitarea sau împlinirea termenului de reabilitare⁵.

După cum se observă, în textul de lege de mai sus nu se mai face distincția între recidiva postcondamnatorie și postexecutorie, ci este enunțată o reglementare globală a recidivei, ca stare ce poate caracteriza o anumită persoană, respectiv condamnatul, care săvârșește cu intenție sau intenție depășită o nouă faptă penală, de o anumită gravitate, într-un anumit interval de timp.

Deși art. 41 alin. (1) noul C. pen. nu distinge între recidiva postcondamnatorie și cea postexecutorie, nu înseamnă că legiuitorul noului Cod penal a renunțat la reglementarea acestor două modalități ale recidivei, ci el a ales o formulă diferită de reglementare, distincția dintre cele două modalități făcându-se în art. 43 alin. (1) și (2) noul C. pen., dedicat tratamentului penal al acestora.

Formula propusă în acest sens de noul Cod penal nu este neapărat mai bună decât cea cuprinsă în actualul Cod penal, deoarece nu aduce niciun plus reglementării, creând doar aparența că ar simplifica o reglementare, care nu se necesita simplificată în acest fel.

În esență, structura celor două modalități ale recidivei, recidiva postcondamnatorie și recidiva postexecutorie, a rămas aceeași, fără nicio modificare în raport de actuala reglementare.

Potrivit art. 41 alin. (3) noul C. pen., prim termen al recidivei poate fi și o hotărâre de condamnare definitivă la pedeapsa închisorii mai mare de 1 an sau pedeapsa detențiunii

⁴ V. Mirișan, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2008, p. 122.

⁵ Antoniu, G. (coordonator), Antoniu, G., Bulai, C., Duvac, C., Griga, I., Ivan, Gh., Mitrache, C-tin, Molnar, I., Pascu, I., Pașca, V., Predescu, O. (autori), *Explicații preliminare ale noului Cod Penal, vol. I, Articolele 1-52*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 418.

pe viață, pronunțată în străinătate, cu condiția existenței dublei incriminări și cea a recunoașterii acestei hotărâri de condamnare potrivit legii române.

Prin urmare, și noul Cod penal reglementează recidiva internațională. Hotărârea de condamnare pronunțată de un stat străin poate privi fie un cetățean român, care a fost condamnat pentru o infracțiune comisă pe teritoriul unui stat străin sau pe teritoriul țării noastre, fie un cetățean străin sau o persoană fără cetățenie, care a săvârșit o infracțiune în străinătate sau pe teritoriul României⁶.

Spre deosebire de actuala reglementare [art. 37 alin. (3) C. pen.], potrivit noului Cod penal, recidiva internațională are caracter obligatoriu, în sensul că instanța va fi obligată să țină cont de o astfel de condamnare, dacă sunt îndeplinite celelalte condiții.

Prima condiție se referă la dubla incriminare, în sensul că fapta trebuie să fie prevăzută de ambele legi, străină și română, iar cea de-a doua privește recunoașterea acestei hotărâri de către o instanță română potrivit legii române în materie, actualmente Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, cu modificările ulterioare⁷.

Una dintre modificările în materie aduse de noul Cod penal este cea care privește limitele primului termen, care cresc de la închisoarea mai mare de 6 luni, așa cum se prevede în actualul Cod penal la închisoarea mai mare de 1 an, noul Cod penal fiind legea mai favorabilă din acest punct de vedere, față de actualul Cod penal.

Creșterea limitei de pedeapsă aferentă primului termen va avantaja pe condamnații la pedeapsa închisorii mai mică de 1 an, însă tocmai din acest motiv îi va putea încuraja pe aceștia la reiterarea comportamentului infracțional. Aceste prevederi mai favorabile ale noului Cod penal nu se justifică în raport de imperativul prevenției generale, iar eficiența lor, din acest punct de vedere, este pusă sub semnul întrebării.

Noul Cod penal păstrează aproximativ formula cuprinsă în art. 38 C. pen. și prevede în art. 42 noul C. pen. acele cazuri în care hotărârea de condamnare definitivă nu poate constitui prim termen al recidivei, deși, poate, ar fi îndeplinite condițiile privitoare la durata pedepsei aplicate sau chiar forma de vinovăție necesară.

Aceste infracțiuni sunt enumerate limitativ în cuprinsul art. 42 noul C. pen. și sunt următoarele: faptele care nu mai sunt prevăzute de legea penală; infracțiunile amnistiate; infracțiunile săvârșite din culpă.

Diferența care se observă față de actuala reglementare constă în aceea că în noul Cod penal nu mai sunt prevăzute, în cuprinsul art. 42 noul C. pen., condamnările pentru care a intervenit reabilitarea sau pentru care s-a îndeplinit termenul de reabilitare și nici infracțiunile săvârșite în timpul minorității.

În ceea ce privește condamnările pentru care a intervenit reabilitarea sau pentru care s-a îndeplinit termenul de reabilitare, prevederea acestora în cuprinsul art. 42 noul C. pen. nu se mai impunea, deoarece din însăși definiția legală a stării de recidivă cuprinsă în art. 41 noul C. pen. reiese, *per a contrario*, că astfel de condamnări exclud starea de recidivă.

⁶ *Idem*, p. 427.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 594 din 1 iulie 2004.

Așa cum în mod just s-a subliniat în doctrină⁸, ridicarea pragului primului termen al recidivei menită „a califica drept recidivist numai acea persoană condamnată care a săvârșit noi infracțiuni de un anumit grad de pericol social” poate doar „coafa” datele statistice, reducând numai în aparență numărul recidiviștilor, însă subminând ideea de agravare a regimului sancționator al recidivei.

§ 3. Tratamentul penal al stării de recidivă specifice persoanei fizice

3.1. Individualizarea judiciară a pedepsei principale în cazul recidivei postcondamnatorii și postexecutorii

Noul Cod penal aduce modificări substanțiale regimului sancționator al recidivei, atât în cazul recidivei postcondamnatorii, cât și în cel al recidivei postexecutorii.

După cum am arătat, distincția dintre recidiva postcondamnatorie și recidiva postexecutorie este reglementată în art. 43 noul C. pen., privitor la regimul sancționator al stării de recidivă.

Prin noul Cod penal, recidiva devine o cauză legală, personală, de agravare obligatorie a pedepsei săvârșite în această stare, spre deosebire de actuala reglementare, în care agravarea este facultativă, fiind lăsată la aprecierea instanței.

În ceea ce privește tratamentul penal al recidivei postcondamnatorii, noul Cod penal reglementează un regim mai sever [art. 43 alin. (1)-(4) noul C. pen.].

Dacă în actualul Cod penal, sistemul de sancționare al recidivei este cel al cumulului juridic cu spor facultativ, în noul Cod penal, starea de recidivă va fi sancționată potrivit sistemului cumulului aritmetic sau cel al aditării pedepselor.

Potrivit art. 43 alin. (1) noul C. pen., în situația în care condamnatul săvârșește din nou o infracțiune cu intenție sau praeterintenție, înainte de executarea sau considerarea ca executată a pedepsei anterioare, pedeapsa stabilită pentru infracțiunea ulterioară se adaugă la pedeapsa anterioară ori la restul rămas neexecutat din aceasta.

Practic, condamnatul va fi ținut să execute ambele pedepse, în totalitate. În acest context, s-a subliniat în doctrină⁹, că situația inculpatului recidivist nu se agravează, atâta timp cât pedeapsa rezultantă nu este altceva decât suma pedepselor stabilite. O atare soluție, de neagravare a regimului sancționator pentru recidivist, este lipsită de logică, deoarece acesta a încălcat legea penală în mai multe rânduri, astfel că sancționarea lui se impune a fi mai aspră.

Este adevărat că raportat la reglementarea actualului Cod penal, regimul sancționator prevăzut de noul Cod penal este mai aspru, întrucât recidivistul va executa ambele pedepse stabilite și nu doar pe cea mai grea dintre ele, eventual sporită, însă dacă la individualizarea judiciară a pedepsei pentru noua infracțiune nu se ține cont de starea de recidivă, atunci într-adevăr agravarea regimului sancționator al recidivistului nu va opera în fapt. Recidivistul va fi ținut să execute practic două condamnări definitive, ca și cum starea de recidivă n-ar exista, iar el ar avea calitatea de infractor primar în raport cu fiecare dintre aceste condamnări. Bineînțeles că ipoteza este absurdă.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Antoniu, G. (coordonator), *op. cit.*, p. 449.

Sistemul cumulului aritmetic a fost apreciat în doctrină ca fiind rigid, conducând la aplicarea unor pedepse cu închisoarea ce depășesc durata de viață a omului, transformând pedeapsa cu închisoarea într-o privațiune pe viață a condamnatului, depășind limitele generale ale pedepsei cu închisoarea¹⁰.

Sistemul cumulului aritmetic (al aditării sau totalizării pedepselor) specific recidivei postcondamnatorii implică mai întâi stabilirea pedepsei pentru cea de-a doua infracțiune, după care urmează aplicarea pedepsei rezultante, care constă în adunarea pedepselor stabilite pentru cei doi termeni ai recidivei și executarea pedepsei rezultate din adunarea lor.

La stabilirea pedepsei pentru cea de-a doua infracțiune se face abstracție de starea de recidivă, căci, altfel, una și aceeași împrejurare ar atrage două agravări succesive ale tratamentului sancționator, ceea ce ar fi inadmisibil¹¹.

Agravarea tratamentului sancționator al recidivistului prin sistemul cumulului aritmetic operează prin plusul de suferință, care nu ar exista dacă pedepsele ar fi executate cu intermitență¹².

O altă critică adusă sistemului cumulului aritmetic a fost aceea că „adunarea pedepselor nu corespunde rațiunii de a fi a represiunii care nu reprezintă o pură retribuție (rău pentru rău), ci urmărește o anumită finalitate - constrângerea și reeducarea, pentru realizarea căreia pedepsele nu trebuie să depășească o limită normală”¹³.

Într-adevăr, în actuala reglementare ce consacră sistemul cumulului juridic cu spor facultativ și variabil pentru sancționarea recidivei postcondamnatorii, numai prin excepție se poate ajunge la aplicarea unei pedepse rezultante care să conștie în totalul pedepselor stabilite pentru cei doi termeni ai recidivei. Aceasta este, de fapt, și limita maximă a pedepsei rezultante la care se poate ajunge, fără a se depăși, bineînțeles, maximul general al pedepsei închisorii de 30 ani.

În reglementarea noului Cod penal, acest maxim general al pedepsei închisorii va putea fi depășit, însă numai în calculul sau așa-zis „pe hârtie”, căci pedeapsa aplicată (dată spre executare) pentru întregul ansamblu infracțional va putea fi numai pedeapsa închisorii, pe durata ei maximă de 30 de ani.

O asemenea soluție se impune în baza principiului legalității sancțiunilor de drept penal, principiu consacrat expres în art. 2 al noului Cod penal, care, la alin. (3), prevede: „Nicio pedeapsă nu poate fi stabilită și aplicată în afara limitelor generale ale acesteia”.

Prin urmare, nici în reglementarea noului Cod penal, maximul general al pedepsei închisorii de 30 de ani, nu poate fi depășit în stabilirea și aplicarea acestei pedepse, chiar dacă, potrivit sistemului cumulului aritmetic, s-ar depăși teoretic acest maxim.

În ipoteza în care pentru infracțiunea ce constituie cel de-al doilea termen al recidivei, legea prevede pedeapsa închisorii de 1 an sau mai mare alternativ cu pedeapsa amenzii, instanța va alege, în primul rând, felul pedepsei, corespunzător gradului de pericol social concret al infracțiunii săvârșite și al pericolozității infractorului, urmând ca, după aceea, să stabilească și cuantumul acesteia¹⁴.

¹⁰ C-tin Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Casa de editură și presă Șansa, București, 2000, p. 218.

¹¹ Antoniu, G. (coordonator), *op. cit.*, p. 449.

¹² Mitrache, C-tin, *op. cit.*, p. 218.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Antoniu, G. (coordonator), *op. cit.*, p. 449.

Astfel, în situația în care pedeapsa stabilită pentru noua infracțiune va fi cea a amenzii, instanța va adăuga această pedeapsă, în quantumul stabilit, pedepsei închisorii la care a fost anterior condamnat infractorul sau restului rămas de executat din aceasta.

Restul rămas de executat se calculează în raport cu momentul săvârșirii noii infracțiuni, și nu în raport cu momentul pronunțării pedepsei pentru aceasta, deoarece starea de recidivă ia naștere odată cu săvârșirea infracțiunii ce constituie cel de-al doilea termen al recidivei¹⁵.

Dacă până în momentul pronunțării pedepsei pentru noua infracțiune, condamnatul a început executarea sau a continuat executarea pedepsei aferente primului termen, partea executată din această pedeapsă se va computa din durata pedepsei rezultante, fiind o executare anticipată a acesteia. Frațiunea de pedeapsă executată după săvârșirea infracțiunii ulterioare nu mai face parte din pedeapsa anterioară, executarea acesteia fiind întreruptă odată cu săvârșirea din nou a unei infracțiuni în condițiile stării de recidivă postcondamnatorie¹⁶.

În privința concursului de infracțiuni, există o reglementare similară, în ipoteza în care concursul este format din două infracțiuni, iar instanța a stabilit pentru una dintre ele pedeapsa închisorii, iar pentru cealaltă pedeapsa amenzii, atunci pedeapsa aplicată ansamblului infracțional va consta în pedeapsa închisorii, la care se va adăuga, în mod obligatoriu, pedeapsa amenzii, aflându-ne în prezența unei adiționări a celor două pedepse, respectiv a sistemului cumulului aritmetic¹⁷ [conform prevederilor lit. d) a alin. (1) al art. 39 din noul C. pen.].

În reglementarea noului Cod penal, instanța nu mai are posibilitatea aprecierii asupra oportunității adăugării pedepsei amenzii la pedeapsa închisorii, ci este obligată să aplice (să dea spre executare) atât pedeapsa închisorii, cât și pe cea a amenzii.

Având în vedere că legiuitorul noului Cod penal urmărește să reprime cât mai eficient pluralitatea comportamentelor infracționale, el și-a permis să adopte sistemul cumulului aritmetic în cazul acestor două pedepse de natură diferită, deși acest sistem este cel mai aspru dintre cele cunoscute în legislațiile penale. Adoptarea acestui sistem s-a impus în legislația penală, întrucât, în practică, în lumina actualei reglementări, rareori instanțele procedează la adăugarea pedepsei amenzii la cea a închisorii.

De asemenea, prin art. 43 alin. (2) noul C. pen., s-a stabilit un algoritm de aplicare a pedepsei diferit de cel existent în actuala reglementare, atunci când termenul cel de-al doilea al recidivei este alcătuit dintr-un concurs de infracțiuni. Astfel, se aplică mai întâi dispozițiile referitoare la concursul de infracțiuni și apoi cele incidente în cazul recidivei, deoarece calitatea de recidivist trebuie să atragă tratamentul specific acestei forme de pluralitate¹⁸.

În *Expunerea de motive* ce însoțește noul Cod penal, se susține că „tratamentul sancționator propus este mai puțin sever decât cel care ar rezulta din aplicarea mai întâi a dispozițiilor privind recidiva sau pluralitatea intermediară pentru fiecare infracțiune în parte și apoi regulile referitoare la concursul de infracțiuni”. La prima vedere ar putea

¹⁵ A. Cocaină, *Recidiva în dreptul penal român*, Ed. Lumina Lex, București, p. 209.

¹⁶ G. Antoniu, (coordonator), *op. cit.*, p. 451.

¹⁷ F. Streteanu, *Concursul de infracțiuni*, Ed. Lumina Lex, 1999, p. 266;

¹⁸ V. Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală*, Vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 319.

părea așa, însă, în realitate, pedeapsa va fi agravată de două ori, pe de-o parte prin aplicarea sporului concursului de infracțiuni, iar pe de alta, prin totalizarea pedepselor rezultate.

Dacă toate infracțiunile săvârșite ulterior se află în stare de recidivă sau numai una dintre ele formează cel de-al doilea termen al recidivei, pedepsele stabilite pentru acestea se contopesc potrivit dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni, iar pedeapsa rezultantă se adaugă la pedeapsa anterioară neexecutată sau la restul rămas neexecutat din aceasta¹⁹.

O prevedere nouă în materie este cea cuprinsă în art. 43 alin. (3) noul C. pen., prin care, cu titlu de excepție, a fost consacrată și în materia recidivei postcondamnatorii posibilitatea aplicării detențiunii pe viață, chiar dacă pedepsele stabilite sunt cele cu închisoarea.

Această dispoziție operează atât în cazul în care înainte ca pedeapsa anterioară să fi fost executată sau considerată ca executată este săvârșită o singură infracțiune sau mai multe infracțiuni în concurs, care formează cel de-al doilea termen al recidivei.

Astfel, când, pentru cel puțin una dintre infracțiunile săvârșite, pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 20 de ani sau mai mare, iar prin însumarea pedepselor stabilite, pedeapsa rezultantă depășește cu mai mult de 10 ani maximul general al pedepsei închisorii, în locul pedepsei cu închisoarea se poate aplica pedeapsa detențiunii pe viață.

Această pedeapsă are caracter excepțional și, în virtutea acestui caracter, legiuitorul nu putea impune aplicarea ei automată, în baza unor criterii „la rece”, ci a lăsat în continuare judecătorului posibilitatea aprecierii, în temeiul datelor concrete ale spetei, a oportunității și necesității aplicării ei.

Dacă legea nu prevede pentru niciuna dintre aceste infracțiuni pedeapsa închisorii de 20 de ani sau mai mare, instanța nu va putea face aplicarea dispozițiilor alin. (3) al art. 43 noul C. pen.

Această pedeapsă a închisorii de 20 de ani sau mai mare, poate fi prevăzută ca pedeapsă unică (cum este, de exemplu, în cazul infracțiunii de acte de diversiune - art. 403 din noul C. pen.) sau alternativ cu pedeapsa detențiunii pe viață (art. 408 noul C. pen.), însă, în cazul prevederii ei alternative, este necesar ca judecătorul, în concret, să aleagă și să stabilească pedeapsa închisorii pentru infracțiunea în cauză.

În caz contrar, prin orientarea spre pedeapsa detențiunii pe viață, dispozițiile alin. (3) al art. 43 noul C. pen. nu ar mai putea fi incidente, întrucât nu s-ar mai îndeplini condițiile, iar pedeapsa detențiunii pe viață ar fi aplicată concursului infracțional, în baza sistemului absorbției [art. 43 alin. (4) noul C. pen.].

Totodată, este puțin probabil că, în practică, s-ar ajunge la situația depășirii cu mai mult de 10 ani a maximului general al pedepsei închisorii, în cazul în care pentru niciuna dintre infracțiunile pedepsite, legea nu prevede pedeapsa închisorii de 20 de ani sau mai mare.

Așadar, dacă instanța s-ar găsi în situația unui număr mare de infracțiuni concurente săvârșite în stare de recidivă postcondamnatorie, iar prin aplicarea regulilor tratamentului penal al acesteia, s-ar depăși cu mai mult de 10 ani maximul general al pedepsei închisorii, ea nu va putea aplica pedeapsa detențiunii pe viață, chiar dacă ar considera-o oportună,

¹⁹ Antoniu, G. (coordonator), *op. cit.*, p. 455.

dacă, pentru niciuna dintre infracțiunile săvârșite, legea nu prevede pedeapsa închisorii de 20 de ani sau mai mare.

Condiția referitoare la pedeapsa închisorii de 20 de ani sau mai mare prevăzută de lege pentru cel puțin una dintre infracțiunile aferente termenilor recidivei nu susține numai un calcul matematic, ci exprimă intenția legiuitorului ca un asemenea tratament penal să poată fi incident numai în cazul unor infracțiuni foarte grave, ce, săvârșite alături de alte infracțiuni, cresc pericolozitatea infractorului și pot impune aplicarea pedepsei cele mai grave cunoscute, la momentul actual, în sistemul punitiv penal român.

Oricum, din motive de ordin matematic, pentru a se putea ajunge la depășirea maximumului general al pedepsei închisorii cu mai mult de 10 ani, ar fi necesar ca instanța să se orienteze spre stabilirea unor pedepse spre sau la maximum special, cu atât mai mult atunci când din concursul infracțional face parte doar o singură infracțiune sancționată de lege cu pedeapsa închisorii de 20 de ani sau mai mare.

Potrivit art. 60 din noul Cod penal, limitele generale ale pedepsei închisorii sunt în continuare aceleași: cea de 15 zile (minimumul) și cea de 30 de ani (maximumul).

Pentru a se depăși cu mai mult de 10 ani maximumul general, este necesar ca pedeapsa rezultantă să aibă o durată mai mare de 40 de ani, în caz contrar nefiind îndeplinită premisa legală.

Chiar dacă celelalte condiții ale alin. (3) a art. 43 din noul Cod penal sunt îndeplinite, nedepășirea cu mai mult de 10 ani a maximumului general al pedepsei închisorii, atrage imposibilitatea aplicării de către instanță a acestor dispoziții.

Având în vedere că pedeapsa detențiunii pe viață este cea mai grea pedeapsă din legislația penală națională, la momentul actual, legiuitorul nu a dorit ca această pedeapsă să fie automat și obligatoriu aplicată de către instanță, în cazul îndeplinirii condițiilor alineatului (3) al art. 43 în discuție.

Pedeapsa detențiunii pe viață, ce înlocuiește în legislația noastră pedeapsa cu moartea, abolită prin Decretul-Lege nr. 6/1990, este prevăzută de lege pentru sancționarea celor mai grave comportamente infracționale.

Și în reglementarea noului Cod penal, această pedeapsă este prevăzută alternativ cu pedeapsa închisorii de o anumită durată (respectiv pedeapsa închisorii de la 15 la 25 de ani), astfel că se va ajunge la aplicarea ei numai în cazul în care instanța va aprecia că detențiunea pe viață se impune în mod necesar pentru sancționarea comportamentului infracțional dedus judecății și că acest scop nu ar putea fi atins prin pedeapsa închisorii, prevăzută alternativ și chiar dispusă pe durata ei maximă.

Astfel, această pedeapsă are caracter excepțional și, în virtutea acestui caracter, legiuitorul nu putea impune aplicarea ei automată, în baza unor criterii abstracte, ci a lăsat în continuare judecătorului posibilitatea aprecierii, în temeiul datelor concrete ale speței, a oportunității și necesității aplicării ei.

Observând prevederile alineatului (3) al art. 43 din noul Cod penal, înainte ca acestea să fi intrat în vigoare, putem opina *a priori* că aplicarea în practică a acestor dispoziții va fi redusă, întrucât vor fi probabil puține cazurile, în care să fie îndeplinite efectiv toate condițiile acestui alineat, iar instanța să se orienteze spre pedeapsa detențiunii pe viață.

Este de dorit să fie așa, atât din punctul de vedere al faptelor penale săvârșite, cât și din punctul de vedere al pedepsei detențiunii pe viață, întrucât, și într-un caz, și în celălalt, suntem la limita superioară a gravității comportamentului infracțional, respectiv a durității sistemului represiv.

În situația descrisă în alineatul (3) al art. 43 din noul Cod penal, când instanța nu optează pentru aplicarea pedepsei detențiunii pe viață, pedeapsa aplicată pentru întregul ansamblu infracțional va putea fi numai pedeapsa închisorii, pe durata ei maximă de 30 de ani, chiar dacă, prin aplicarea sistemului cumulului aritmetic, acest maxim a fost depășit cu mai mult de 10 ani.

O asemenea soluție este susținută de principiul legalității sancțiunilor de drept penal, principiu consacrat expres în art. 2 alin. (3) noul C. pen., potrivit căruia orice pedeapsă poate fi stabilită și aplicată numai în limitele ei generale prevăzute de lege (minimum general și maximum general).

O interpretare contrară a legii ar fi nelegală, întrucât odată depășite limitele generale ale unei pedepse s-ar aduce atingere înseși esenței acelei pedepse, aceasta pierzându-și identitatea.

Dacă pedeapsa închisorii ar putea fi aplicată, sub forma pedepsei rezultante, pentru o perioadă de 50 sau 60 ani, această pedeapsă ar concura, ca și gravitate, cu pedeapsa detențiunii pe viață, nemaieexistând mari deosebiri între cele două tipuri de pedepse privative de libertate.

De aceea, și legiuitorul noului Cod penal a oferit posibilitatea aplicării pedepsei detențiunii pe viață în acele cazuri în care infracțiunile săvârșite sunt mai grave, necesitând executarea unei pedepse privative de libertate mai mare decât maximumul pedepsei închisorii de 30 de ani.

Pentru aceleași rațiuni, și atunci când, prin însumarea pedepselor, s-ar depăși maximumul general al pedepsei închisorii, cu mai puțin de 10 ani, considerăm că maximumul general al pedepsei închisorii de 30 ani nu va putea fi depășit.

În ipoteza în care pedeapsa anterioară sau pedeapsa stabilită pentru infracțiunea săvârșită în stare de recidivă este detențiunea pe viață, se va aplica pedeapsa detențiunii pe viață [art. 43 alin. (4) noul C. pen.], conform sistemului absorbției, care presupune aplicarea pedepsei stabilite pentru infracțiunea cea mai gravă, care va absorbi pedepsele stabilite pentru celelalte infracțiuni mai ușoare²⁰.

În această ipoteză, legiuitorul a păstrat reglementarea Codului penal în vigoare, având în vedere că pedeapsa cu detențiunea pe viață este pedeapsa cea mai grea pe care o cunoaște, actualmente, legislația noastră penală, astfel că, odată stabilită, ea nu poate fi depășită de o altă pedeapsă și nici n-ar putea fi sporită, prin adăugarea unei alte pedepse.

În ceea ce privește recidiva postexecutorie, noul Cod penal aduce, de asemenea, modificări substanțiale în ceea ce privește tratamentul penal al acesteia, promovând sistemul majorării legale a limitelor speciale de pedeapsă cu jumătate [art. 43 alin. (5) noul C. pen.].

3.2. Stabilirea pedepselor complementare, a pedepselor accesorii și luarea măsurilor de siguranță

Pedepsele complementare, pedepsele accesorii și măsurile de siguranță au fost reglementate în cuprinsul unui singur articol în caz de pluralitate de infracțiuni, respectiv în art. 45 noul C. pen.

²⁰ Mitrache, C., *op. cit.*, p. 218.

Legiuitorului noului Cod penal propune o reglementare unitară pedepselor complementare, pedepselor accesorii și măsurilor de siguranță în cazul tuturor formelor de pluralitate de infracțiuni²¹.

În Codul penal în vigoare, în art. 35 C. pen. - *Pedeapsa complementară și măsurile de siguranță în caz de concurs de infracțiuni* este reglementat regimul pedepselor complementare și al măsurilor de siguranță numai în caz de concurs de infracțiuni.

În noul Cod penal, sistemul sancționator diferă între concursul de infracțiuni și recidivă în ceea ce privește pedepsele complementare și cele accesorii. În cazul măsurilor de siguranță, regimul juridic este același atât în cazul concursului de infracțiuni, cât și în cel al recidivei.

Noul Cod penal a adus modificări conținutului pedepselor complementare și implicit pedepselor accesorii. A fost reglementată o nouă pedeapsă complementară, respectiv cea de publicare a hotărârii definitive de condamnare (art. 55 și art. 70 noul C. pen.) și a fost modificată parțial pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi (art. 66 noul C. pen.).

În ceea ce privește pedepsele complementare, potrivit art. 45 alin. (1) noul C. pen., dacă pentru una dintre infracțiunile săvârșite (aferele celor doi termeni ai recidivei), s-a stabilit și o pedeapsă complementară, aceasta se aplică alături de pedeapsa rezultantă (principală), indiferent de natura ei.

Noul Cod penal a înlocuit expresia „pedeapsa închisorii” cu cea de „pedeapsa principală”.

În situația în care pe lângă infracțiunile implicate în cei doi termeni ai recidivei au fost stabilite mai multe pedepse complementare, pedeapsa rezultantă va fi constituită din rezultanta pedepselor principale, la care se vor adăuga pedepsele complementare, după următoarele reguli:

- dacă s-au stabilit mai multe pedepse complementare de natură diferită sau chiar de aceeași natură, dar cu conținut diferit, acestea se aplică alături de pedeapsa principală rezultantă (conform principiului totalizării pedepselor complementare) [art. 45 alin. (2) noul C. pen.];

- dacă s-au stabilit mai multe pedepse complementare de aceeași natură și cu același conținut, partea neexecutată din pedeapsa complementară anterioară se adaugă la pedeapsa complementară stabilită pentru noua infracțiune [art. 45 alin. (3) lit. b) noul C. pen.];

Astfel, dacă din pedeapsa complementară anterioară de 3 ani a interzicerii exercițiului drepturilor părintești prevăzute în art. 66 alin. (1) lit. e) noul C. pen., a mai rămas de executat de 6 luni, acesta se adaugă la pedeapsa complementară de 2 ani a interzicerii exercițiului drepturilor părintești prevăzute în art. 66 alin. (1) lit. e) noul C. pen. stabilită pentru noua infracțiune săvârșită în stare de recidivă, rezultând o pedeapsă complementară de 2 ani și 6 luni²².

Sistemul totalizării pedepselor complementare va fi incident și în cazul în care din pedeapsa complementară aplicată anterior nu va fi fost executată nicio parte.

²¹ Pașca, V., *op. cit.*, p. 322.

²² G. Antoniu, (coordonator), *op. cit.*, p. 477.

Pentru aceeași ipoteză, în cazul concursului de infracțiuni sau a pluralității intermediare, sistemul aplicabil va fi cel al absorbției pedepselor complementare de aceeași natură și cu același conținut [art. 45 alin. (3) lit. a) noul C. pen].

În literatura de specialitate, s-a exprimat opinia²³ că, în cazul recidivei postexecutorii, din motive de simetrie a tratamentului penal, ar fi trebuit să se prevadă că limita maximă a pedepsei complementare de aceeași natură și cu același conținut pentru noua infracțiune se majorează cu jumătate.

Cu privire la sistemul majorării limitelor de pedeapsă, ne-am exprimat deja rezervele atunci când am analizat sistemul de aplicare a pedepsei principale în cazul recidivei postexecutorii.

Prin sistemul totalizării pedepselor complementare nu va mai exista inechitatea semnalată a sancționării mai aspre a recidivei postcondamnatorii în raport cu cea postexecutorie. În ceea ce privește aplicarea pedepselor complementare, ambele modalități ale recidivei vor avea același tratament juridic.

Cu privire la pedepsele accesorii, dispozițiile alineatului (5) al art. 45 din noul Cod penal sunt nou introduse, ele neavând un corespondent în reglementarea actualului Cod penal. Inițiativa legiuitorului este de apreciat, întrucât a completat o reglementare lacunară și a evitat eventualele neclarități legate de aplicarea pedepselor accesorii.

Pedepsele accesorii se vor aplica după modelul pedepselor complementare, cuprins în dispozițiile alineatelor (1)-(3) ale art. 45 din noul Cod penal.

Conform art. 54 noul C. pen., pedeapsa accesorie însoțește numai o pedeapsă privativă de libertate, constând în interzicerea exercitării unor drepturi, din momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare și până la executarea sau considerarea ca executată a pedepsei privative de libertate.

Așadar, pedeapsa accesorie va fi incidentă numai în cazul infracțiunilor privative de libertate aferente celor doi termeni ai recidivei (închisoarea sau detențiunea pe viață). În cazul în care pedeapsa aleasă de către instanță pentru cel de-al doilea termen al recidivei este amenda, pedeapsa accesorie va exista pe lângă pedeapsa rezultantă numai dacă suntem în situația unei recidive postcondamnatorii, deoarece în cazul unei recidive postexecutorii, pedeapsa închisorii aferentă primului termen al recidivei este executată sau considerată ca executată, astfel că aceeași soartă o au și pedepsele accesorii.

Dacă pe lângă infracțiunile implicate în cei doi termeni ai recidivei, au fost stabilite mai multe pedepse accesorii, pedeapsa rezultantă va fi constituită din rezultanta pedepselor principale, la care se vor adăuga pedepsele accesorii, după următoarele reguli:

- dacă s-au stabilit mai multe pedepse accesorii de natură diferită sau chiar de aceeași natură, dar cu conținut diferit, acestea se aplică alături de pedeapsa principală rezultantă (conform principiului totalizării pedepselor accesorii) [art. 45 alin. (5) noul C. pen raportat la art. 45 alin. (2) noul C. pen.];

- dacă s-au stabilit mai multe pedepse accesorii de aceeași natură și cu același conținut, pedeapsa accesorie va avea tratamentul pedepsei principale. În măsura în care pedeapsa principală sau partea neexecutată din aceasta se adaugă la pedeapsa stabilită pentru noua infracțiune, se vor totaliza și pedepsele accesorii [art. 45 alin. (5) noul C. pen raportat la art. 45 alin. (3) lit. b) noul C. pen];

²³ *Ibidem.*

Chiar dacă alineatul (5) al art. 45 noul C. pen., legiuitorul nu face trimitere expresă și la dispozițiile alineatului (4) ale art. 45 noul C. pen., acestea sunt incidente și în cazurile pedepselor accesorii, întrucât, dacă în cazul pedepselor principale și complementare, ceea ce s-a executat până în momentul contopirii, se scade din ceea ce se aplică ca pedeapsă de ansamblu, această soluție este firească și în cazul pedepselor accesorii. Lipsa trimiterii exprese se justifică prin faptul că aceste pedepse, având caracter accesoriu, se execută până la executarea sau până la considerarea ca executată a pedepsei principale, iar dacă partea executată din pedeapsa principală, până la momentul contopirii, se deduce din pedeapsa rezultantă și nu se mai execută încă o dată, și pedeapsa accesorie, însoțind pedeapsa principală, se va executa numai până la momentul executării sau considerării ca executată a pedepsei principale.

În lumina actualei reglementări, în literatura de specialitate, s-a arătat că pedeapsa accesorie poate avea o durată mai scurtă decât pedeapsa închisorii, când condamnatul a executat o parte din pedeapsă prin detenere preventivă²⁴.

În ceea ce privește măsurile de siguranță, în actualul Cod penal, numai în cazul concursului de infracțiuni (ca formă a pluralității de infracțiuni) este reglementat regimul de aplicare a acestora, însă noul Cod penal preia și extinde reglementarea și cu privire la celelalte forme ale pluralității de infracțiuni.

În actuala reglementare, aplicarea măsurilor de siguranță pentru infracțiunile care formează cei doi termeni ai recidivei, se realizează, pentru identitate de rațiune, prin trimiterea la dispozițiile art. 35 privind materia concursului de infracțiuni.

În noul Cod penal, măsurile de siguranță sunt abordate pentru toate formele pluralității de infracțiuni în alineatele (6)-(7) ale art. 45 din noul C. pen., și observăm că tratamentele instituite de cele două coduri sunt identice, existând doar modificări de exprimare ale art. 45 din noul Cod penal față de art. 35 C. pen., justificate de renumerotarea articolelor aferente măsurilor de siguranță în noul Cod penal.

Potrivit alin. (6) al art. 45 noul C. pen., dacă pentru una dintre infracțiunile săvârșite (aferente celor doi termeni ai recidivei), s-a dispus și o măsură de siguranță, aceasta se aplică alături de pedeapsa rezultantă (principală), indiferent de natura ei.

În situația în care pe lângă infracțiunile implicate de cei doi termeni ai recidivei au fost luate mai multe măsuri de siguranță, pedeapsa rezultantă va fi constituită din rezultanta pedepselor principale, la care se vor adăuga măsurile de siguranță, după cum urmează:

- dacă s-au luat mai multe măsuri de siguranță de natură diferită sau chiar de aceeași natură, dar cu conținut diferit, acestea se cumulează și se adaugă la pedeapsa principală rezultantă (conform principiului totalizării măsurilor de siguranță) [art. 45 alin. (6) noul C. pen.];

- dacă s-au luat mai multe măsuri de siguranță de aceeași natură și cu același conținut, dar pe durate diferite, se aplică măsura de siguranță cu durata cea mai mare [art. 45 alin. (7) noul C. pen.];

- în cazul măsurii de siguranță prevăzute de art. 112 noul C. pen., respectiv cea a confiscării speciale, va opera sistemul totalizării măsurilor de siguranță prevăzute de art. 112 noul C. pen. [art. 45 alin. (7), teza a II-a noul C. pen.].

²⁴ Mitrache, C., *op. cit.*, p. 159.

§ 4. Concluzii

Unul dintre rolurile esențiale ale statului într-o societate democratică este acela de a asigura represiunea infracțiunilor, fiindcă acestea amenință și afectează în mod negativ echilibrul vieții sociale.

Pentru a fi credibilă, acțiunea puterilor publice trebuie să fie eficace în toate etapele lanțului procesului penal, de la anchetă până la executarea pedepsei.

Indubitabil, recidiva reflectă faptul că tratamentul penal aplicat nu a fost eficient.

În doctrină, s-a exprimat și punctul de vedere că umanizarea pedepselor și abolirea pedepsei cu moartea au jucat rolul lor în generarea recidivismului²⁵.

Este adevărat că pedeapsa cu moartea nu lasă loc reiterării comportamentului infracțional de către condamnatul în cauză, însă ponderea mare a infracțiunilor comise de recidiviști nu este reprezentată de infracțiuni care ar putea fi pedepsite cu moartea.

Nu umanizarea pedepselor reprezintă cauza recidivei, ci, mai degrabă, deficitul individualizării judiciare și adaptarea pedepsei la personalitatea infractorului joacă un important rol criminogen.

Deși s-a constatat că înăsprirea pedepselor nu a dus la diminuarea efectivă a fenomenului recidivismului, statele înăspresc tot mai mult tratamentul penal al recidivei, după cum a procedat și legiuitorul român în noul Cod penal.

Este firesc să se caute soluții cât mai eficiente pentru prevenirea recidivei, însă nu este firesc să se propună și să se adopte soluții, care nu corespund unei nevoi reale, ci, mai degrabă, unor nevoi de ordin politic, care ajung să nu-și găsească eficiența în practică.

Împărtășim opinia potrivit căreia închisorile nu diminuează rata criminalității și, ca atare, oricât ne-am strădui să extindem sau să îmbunătățim închisorile, numărul crimelor și criminalilor rămâne constant sau, și mai rău, crește²⁶.

Din punctul nostru de vedere, accentul ar trebui să fie pus în mod constant pe îmbunătățirea modului de aplicare a reglementării prezente în materia recidivei și nu pe schimbarea acestei reglementări, în măsura în care o astfel de schimbare nu se justifică în practică.

²⁵ A. Cocaină, *op. cit.*, p. 122.

²⁶ M. Foucault, *A supraveghea și a pedepsi. Nașterea închisorii*, Ed. Paralela 45, Pitești, 2005, p. 387.

Constituantul român și integrarea politică a individului și a societății*

*Lect. univ. dr. Marius BĂLAN
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*



Romanian constituent and political integration of the individual and society

Abstract: Judges are not entitled to use the basic law text to validate their own political or ideological choices that may well coincide with the general direction of progress, to be supported by a large part of society or even most of it, but, to become law, especially constitutional law, must be confirmed by the democratic legislative process. The Constitution is the fundamental law of the state. Eminent role in intensifying the fundamental law of the integration process is quite important, but not always obvious.

Keywords: Constitution, legislative process, fundamental law, intergation process.

De peste un secol „dreptul viu” a fost opus dreptului statal oficial, abstract: „dreptului din cărți”¹. La un nivel diferit și pe un fundal ideologic radical schimbat, disputa este continuată în dreptul american între „textualiști” sau „originaliști” și adepții „Constituiției

* Textul de față reia argumentele și concluziile formulate de mine în două alte lucrări și anume: comunicarea susținută la 7 martie 2013 în cadrul dezbaterii „Revizuirea Constituției: necesitate, oportunitate, obiective posibile” organizată de Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române, și textul contribuției mele la volumul reunind textele prezentate la Sesiunea de comunicări științifice „Raporturile între puterile statului în sistemul constituțional românesc”, organizată la 11 martie 2013 de Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” din București.

¹ Vezi lucrările profesorului cernăuțean E. Ehrlich - unul dintre întemeietorii sociologiei dreptului -, mai ales *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker und Humblot, München 1929 (prima ediție: 1913), receptate de timpuriu în Statele Unite (Roscoo Pound, în „Harvard Law Review”, vol. 36 (1922), pp. 129-131). Ehrlich continuă o direcție în gândirea juridică inițiată de Friedrich Karl von Savigny și continuată de Otto von Gierke.

vii”². În opinia primilor³, textul Constituției trebuie aplicat conform conținutului propriu-zis al termenilor săi, în accepțiunea pe care aceștia o aveau pentru autorii Constituției, la data adoptării acesteia. Evoluția semnificațiilor și a mentalităților nu trebuie să fie ignorată de dreptul constituțional, însă modificarea trebuie să se producă pe cale legislativă, inclusiv prin revizuirea legii fundamentale. Judecătorii nu sunt abilitați să utilizeze textul legii fundamentale pentru a-și valida propriile opțiuni politice sau ideologice, care pot foarte bine să coincidă cu direcția generală a progresului, să fie susținute de o bună parte a societății sau chiar de majoritatea acesteia, dar care, pentru a deveni lege, și mai ales lege constituțională, trebuie să fie confirmate prin procedurile democratice ale procesului legislativ. Pentru adeptii „Constituției vii”, semnificația textului trebuie să evolueze concomitent cu dezvoltarea societății, ținând cont de standardele de decență care jalonează progresul unei societăți în continuă creștere. Adeptii acestui curent promovează o interpretare mai flexibilă sau chiar elastică a textului constituțional, în special în privința competențelor autorităților federale în raport cu statele⁴, a drepturilor civile și ale garanțiilor acestora (cu tendința de a transforma garanțiile procesuale în drepturi materiale). Soluțiile școlii „Constituției vii” sunt în general mai populare în lumea academică și în mass-media decât în lumea politică⁵.

Una dintre concluziile ce pot fi deduse din experiența americană este că schimbările politice și sociale fundamentale se produc prin „transformarea Constituției”⁶, inclusiv prin schimbarea practicii instanțelor supreme, atunci când textul legii fundamentale nu oferă soluția sau nu indică măcar direcția. Totodată este iluzoriu să ne imaginăm că putem privi legea fundamentală ca un pergament magic pe care, dacă avem forța și majoritatea politică necesară, ne așternem dorințele sociale și economice, obținând realizarea lor deplină, imediat după validarea acestora prin procedurile stabilite de legile constituționale⁷. Analiza

² Controversa este în mult mai mare măsură politică decât metodologică. Critica față de „activismul” Curții Supreme a SUA ține cont de predilecția ideologică din acel moment a soluțiilor pronunțate. Astfel, Robert H. Bork a criticat activismul „liberal” al Curții Supreme prezidate succesiv de Earl Warren și de Warren Burger în anii '60 și '70 (*The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990), pe când Larry D. Kramer (care nu poate fi considerat originalist) critică cu argumente similare activismul judiciar din anii '90 și 2000 al Curții prezidate de John Rehnquist, pledând chiar pentru un „constitutionalism popular” (*The People Themselves: Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004). Vezi și recenzia acestei din urmă lucrări: Scott D. Gerber în „Journal of American History”, vol. 92 (2006), Issue 4, pp. 1532-33.

³ Cei mai cunoscuți „textualiști” sunt Robert Bork, Antonin Scalia și Clarence Thomas (ultimii doi, judecători la Curtea Supremă).

⁴ O interpretare extensivă este dată în acest sens dispozițiilor art. I, Secțiunea a VIII-a (care enumeră limitativ atribuțiile Congresului) referitoare la „comerțul între state” (mergând de exemplu până la impunerea unor anumite reguli de protecție a muncii sau de salarizare, pe motiv că produsele obținute sunt destinate vânzării în afara statului) precum și celor ale paragrafului final al secțiunii, care abilitază Congresul să adopte toate legile „proprii și necesare” pentru îndeplinirea atribuțiilor menționate în paragrafele precedente.

⁵ Printre adeptii „Constituției vii” se află fostul Președinte al Curții Supreme americane, Earl Warren și actualii judecători ai aceleiași instanțe Stephen Breyer, David Souter și Ruth Bader Ginsburg.

⁶ Vezi B. Ackerman, *We the People*, Vol. 1: *Foundations*; Vol. 2: *Transformations*, ambele la Harvard University Press, 1991 și respectiv 1998.

⁷ Pentru o ironizare sarcastică a ideii că viața politică a unui stat poate fi dedusă (exclusiv) pe baza textului constituțional și a schimbărilor sale succesive, vezi Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, în „Harvard Law Review”, vol. 120, nr. 7 (2007), pp. 1738-1812, mai ales pp. 1738 și urm.

dezirabilității, a fezabilității și oportunității unor anumite schimbări constituționale ține de factori sociali, politici și economici complecși și greu predictibili. Statul de drept trăiește pe seama unor premise a căror menținere nu o poate garanta⁸. Modificarea legii fundamentale este un instrument politic redutabil, ocazia de-l utiliza revine rar unui singur partid sau unei singure alianțe politice, iar electoratul, care prin obligativitatea referendumului de aprobare a legii de revizuire este parte în acest proces, leagă de această revizuire așteptări și speranțe care se pot dovedi exagerate.

Constituția este legea fundamentală a statului. În societatea modernă, ea apare de regulă sub forma unui instrument scris și sistematizat, care pe lângă funcțiile sale normative clasice (de instituire și legitimare a puterii de stat, de stabilire a separației puterilor și de garantare a drepturilor fundamentale), îndeplinește și o funcție simbolică⁹, prin aceea că încorporează valorile esențiale ale societății și se impune ca obiect de cult al religiei civile. Funcția simbolică a legii fundamentale este în strânsă legătură cu forța ei integratoare, cu capacitatea ei de a da sens mai înalt comunității politice ca ordine concretă și de a motiva plauzibil sentimentele de loialitate ale cetățenilor.

Deosebit de relevantă, sub aspectul evidențierii punctelor tari și slabe ale unui stat de drept în condiții de criză și din perspectiva solidității comunității politice, este experiența constituțională a Republicii de la Weimar (1919-1933) - epocă pe cât de nefericită sub aspect politic, pe-atât de fecundă pe planul teoriei constituției. Prima abordare sistematică a dimensiunilor constituționale ale fenomenului integrării politice o întâlnim în lucrările lui Rudolf Smend¹⁰. El dă o semnificație nouă și neașteptată sentinței lui Ernest Renan „L'existence d'une nation est (...) un plébiscite de tous les jours”¹¹. Statul este o realitate dinamică. Nu este „o entitate în repaos, care emană manifestări vitale, legi, acte diplomatice, decizii, măsuri administrative. Dimpotrivă, el este prezent în aceste expresii vitale doar în măsura în care acestea sunt manifestări ale unui context de ansamblu, de ordin spiritual”¹². Statul se autoafirmă continuu, prin alegeri, dezbateri politice și campanii electorale, prin ceremonii publice, sărbători naționale, meciuri ale echipelor naționale, competiții sportive și orice manifestări de masă, în care indivizii își descoperă, redescoperă sau confirmă sentimentul de apartenență la o comunitate de destin, găsesc un sens existenței lor sociale în contextul semantic mai larg al unei comunități politice. Statul realizează permanent integrarea politică a societății.

⁸ Vezi E.W. Böckenförde, *The Rise of the State as a Process of Secularisation* în idem, *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, translated from the German by J.A. Underwood, Berg Publishers Limited, New York/Oxford, 1991, pp. 26-46, la pp. 45-46. Observația lui Böckenförde vizează în primul rând statul laic modern, dar este valabilă pentru orice sistem liberal al statului de drept.

⁹ D. Grimm, *Integration by Constitution*, în „I-CON International Journal of Constitutional Law”, Vol. 3, Nr. 2&3 (2005), p. 193-208.

¹⁰ Pentru o perspectivă de ansamblu asupra varietății și relevanței abordărilor doctrinare (ilustrate de autori precum Carl Schmitt, Hugo Preuss, Heinrich Triepel, Hermann Heller, Hans Kelsen, Erich Kaufmann etc.) în Republica de la Weimar, a se vedea A.J. Jacobson and B. Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, translated by Belinda Cooper, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 2000. Contribuția lui Stefan Koriotoh referitoare la Rudolf Smend, la pp. 207-248.

¹¹ E. Renan, *Qu'est qu'une Nation?*, Calman Lévy, Paris, 1882, la p. 27.

¹² R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), în idem, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, ed. a 2-a, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, pp. 126 și urm., la p. 136.

Rolul eminent al legii fundamentale în intensificarea procesului de integrare este cât se poate de important, dar nu întotdeauna evident. La momentul adoptării unei constituții nu se poate anticipa cu precizie impactul real pe care aceasta îl va avea asupra societății; nu putem ști dacă o lege fundamentală este sau nu „reușită”¹³. Nu interesează aici în mod special regulile jocului politic, reguli care pot favoriza o anumită categorie de partide (mari sau mici, pe cele cu structuri răspândite pe întreg teritoriul național, sau pe cele preponderent regionale, pe cele conduse de personalități populare sau pe cele cu o echipă omogenă și bine sudată) sau anumite orientări ideologice (conservatoare, liberale ori favorabile redistribuirii resurselor și veniturilor). Important este ca aceste reguli să fie privite atât de actorii politici, cât și de cetățeni, cu un anumit respect cvasireligios, indiferent de câștigătorul momentan al jocului desfășurat în baza lor, iar reputația de loialitate față de principiile pe care le încorporează să valoreze pe termen mediu și lung mai mult decât beneficiul imediat al câștigării unei runde din competiția politică. Un asemenea respect și o asemenea aură de onorabilitate nu pot fi create automat printr-un act voluntarist al unei majorități parlamentare, fie ea și calificată, sau prin referendum. Încrederea în onorabilitatea competiției politice și a participanților, parteneri și adversari deopotrivă, nu apare decât în urma unui exercițiu îndelungat, a încetățenirii unei tradiții și a aclimatizării practicii de a decide luând în considerare nu numai impactul imediat, ci și a precedentului pe care o decizie îl creează asupra unui șir lung de cazuri similare care s-ar putea ivi în viitor. Constituția - și cu atât mai puțin legea de revizuire - nu poate impune o asemenea atitudine și nu poate constrânge la asemenea practici.

Ceea ce poate face o lege de revizuire a Constituției este să lase loc unei eventuale evoluții benefice în direcția precizată anterior. În cele ce urmează, nu voi examina aspectele concrete legate de reconfigurarea echilibrului puterilor în stat, de raporturile dintre puterile statului, de rolul Parlamentului, de competențele Președintelui, ale Guvernului sau ale Curții Constituționale, de eventuala redimensionare sau restructurare a Consiliului Superior al Magistraturii sau de statutul procurorilor, aspecte luate fără îndoială în considerare de alte contribuții la acest volum. Soluțiile la aceste probleme sunt în bună măsură soluții politice de partid și depind de constelația de forțe și interese politice care predomină în Parlament la momentul adoptării legii de revizuire. Mă voi concentra asupra unui aspect doar aparent secundar: valoarea simbolică a legii fundamentale și efectul său integrator.

Cristalizarea treptată a unui „cult al Constituției”, formarea unei religii civile¹⁴ având în centrul său legea fundamentală depinde în primul rând de conduita actorilor politici și

¹³ Constituția SUA (1787) și Legea Fundamentală a Republicii Federale Germania (1949) nu au fost considerate de la bun început drept reușite certe. Performanța lor integratoare a fost percepută abia ulterior. A se vedea în acest sens D. Grimm, *op. cit.*, loc. cit. În privința problemelor de interpretare a textului constituțional în primii ani ai federației americane și a insuficienței precizii a textului constituțional în contextul primei crize politice serioase (din 1800), a se vedea B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*, The Belknap press of Harvard University Press, 2005, *passim*.

¹⁴ Referința clasică la religia civilă o găsim la Rousseau în *Contractul social*, IV, 8. A se vedea ediția română tradusă de H.H. Stahl, Ed. Științifică, București, 1957, la pp. 283-284. Pentru actualizarea problematicei, a se vedea R.N. Bellah, *Civil Religion in America*, în „Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences”, Vol. 96, No. 1 (Winter 1967), pp. 1-21.

de orizontul de așteptare al concetățenilor. Totuși procesul respectiv poate fi catalizat de o redactare adecvată a textului constituțional, de impunerea și respectarea unui „stil” al Constituției¹⁵ prin care se transmite într-o formă solemnă un mesaj comun acceptat ca relevant asupra principiilor și valorilor politice fundamentale.

1. O problemă deloc secundară sau pur estetică o constituie afirmarea într-un preambul a atașamentului și fidelității față de anumite tradiții și valori, precum și față de destinul european al României. Preambulul nu trebuie să constituie o profesiune de credință doctrinară, ideologică sau religioasă și nici să rămână un enunț formal, o invocare superficială a unor teze sau principii agreate la momentul redactării sale. Dimpotrivă, rolul său este de a stabili un contur clar al liniilor de forță prin care se desfășoară procesul de integrare politică a indivizilor în societate și în stat și de a oferi instanțelor repere la fel de clare în interpretarea textului Constituției, mai ales în cazul recurgerii la interpretarea teleologică. Nu întâmplător, în doctrină s-a argumentat ideea unei valori supra-constituționale a textului preambulului.¹⁶ Un efect colateral al adoptării unui preambul va fi și „asanarea” textului deosebit de prolix din art. 1, alin. (3) al Legii noastre fundamentale¹⁷.

Este recomandabil, cred, ca textul preambulului să conțină sugestia unei „nostrificări” a unui act adoptat de reprezentanții poporului: formularea „Noi poporul român” ar face trimitere vizibil la celebrul „We the people” din preambulul Constituției americane, soluție preluată și de alte constitutii, precum cea din 1997 a Republicii Polonia¹⁸. Formula evocă în mod lapidar atât sursa originară și incontestabilă a puterii constituante, cât și calitatea de simpli reprezentanți, cu mandat limitat atât în timp, cât și ca întindere, a deținătorilor momentani ai puterii.

O altă problemă deosebit de dificilă și controversată o reprezintă prezența în preambul a unei *Invocatio Dei*¹⁹. La prima vedere, o soluție pozitivă ar părea să intre în contradicție cu caracterul secular al unui stat modern, unde instituțiile statale sunt strict separate de cele religioase, iar legitimarea politică este statuată în alt limbaj și cu alte argumente decât discursul religios. Chiar și din perspectiva Bisericii și a cultelor religioase, ideea instrumentalizării temelor, formulelor și simbolurilor unei anumite confesiuni, sau eventual comune majorității cultelor, poate stârni îngrijorare. De multe ori în trecut, inclusiv în cel recent, lideri ambițioși ori demagogi au folosit mesaje sau simboluri religioase,

¹⁵ A se vedea J. Isensee, *Vom Stil der Verfassung – Eine typologische Untersuchung zu Sprache, Thematik und Sinn des Verfassungsgesetzes*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1999.

¹⁶ A se vedea C. Schmitt, *Verfassungslehre*, ed. a IV-a (prima ediție: 1928), Duncker & Humblot, 1965, p. 24 și urm.

¹⁷ Formularea textului citat este următoarea: „România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate”.

¹⁸ A se vedea textul la < http://www.servat.unibe.ch/icl/pl00000_.html >.

¹⁹ O precizare de ordin personal: la dezbateră „Revizuirea Constituției: necesitate, oportunitate, obiective posibile” care a avut loc la Academia Română pe data de 7 martie 2013, am susținut formula unui preambul asemănător, în care nu inclusesem încă *Invocatio Dei*. Diferența dintre cele două versiuni nu se datorează unei schimbări, convingerilor sau opiniilor, ci doar împrejurării că argumentația pe care o am în prezent și am expus-o în textul de față nu era încă suficient elaborată. Am preferat să nu abordez o problemă controversată înainte de a avea toate argumentele bine structurate.

recursul la Dumnezeu și la religie ori chiar disponibilitatea față de activism sau colaboraționism a unor ierarhi spirituali pentru a promova o agendă foarte laică, iar în cazul comunismului, una de-a dreptul anticreștină. Temerea față de o utilizare ipocrită a temelor religioase va persista mereu, pe bună dreptate. Ea nu trebuie să ne impună soluția, agreabilă doar laicștilor obstinați, de a expulza religia din sfera publică, relegând-o într-un spațiu strict delimitat al vieții private. Religia, în toate formele ei valide de manifestare, își are locul ei eminent în viața publică și discursul public trebuie să se adapteze acestei realități. Ar fi absurd să fie altfel. Deferența față de diversitate, care are drept corolar garantarea drepturilor minorităților include - la loc de cinste - respectul față de practicarea în public a cultului religios de către cetățenii aparținând minorităților naționale, etnice, religioase sau lingvistice. Protecția minorităților a apărut în primul rând tocmai ca protecție a dreptului unor persoane, de altă confesiune, de a-și profesa credința în public. Este cât se poate de absurd să afirmi că manifestarea publică a unei credințe este benefică minorității (din moment ce a fost și este protejată cu atâta consecvență), dar pernicioasă pentru majoritate, astfel încât orice manifestare ori simbol religios (majoritar sau minoritar) ar trebui ascuns cu grijă de ochii publicului. Firește, invocarea divinității poate include și elemente specifice ale unei anumite apartenențe confesionale, care pot irita pe membrii altor confesiuni. Găsirea unei formule neutre confesional, dar care să nu implice abandonarea vreunei dogme fundamentale este o problemă de adaptare la realitatea ordinii concrete. În orice caz, găsirea și utilizarea unei asemenea formule este o problemă de adaptare tactică la o situație complexă și nu atinge adevărurile fundamentale ale fiecărei religii în parte. Prin urmare, invocarea generală a lui Dumnezeu nu are cum să ofenseze vreun cult religios anume, și nici pe sceptici, agnostici sau atei, pentru care această invocare este poate inutilă, dar nicidecum pernicioasă. O fericită formulă de compromis a fost găsită de constituentul polonez din 2 aprilie 1997, pe care am preluat-o parțial în varianta de preambul propusă mai jos. Textul polonez evocă atât credința religioasă în anumite valori (binele, adevărul, justiția, frumosul), cât și respectul față de acestea manifestat de cei care nu împărtășesc această credință. Soluția aceasta face ca evidențierea diversității²⁰ să pună totodată în lumină elementul de legătură, respectul față de valori universale, reunind în aceeași comunitate politică persoane de confesiuni și convingeri diferite. Logica excluziunii, familiară mai degrabă discursului laicist, n-a permis și nu permite o performanță integratoare comparabilă.

Pe baza celor susținute mai sus, consider că se poate lua în considerare următoarea formulă de preambul:

„Noi Poporul român, atât cei care credem în Dumnezeu, ca sursă a binelui, dreptății și adevărului, cât și cei care, neîmpărtășind această credință, respectăm aceleași valori universale, prin reprezentanții noștri reuniți în Adunare Constituantă, conștienți de răspunderea ce ne revine în fața lui Dumnezeu și a oamenilor, de destinul european al României, de valorile statului de drept, ale democrației și solidarității sociale și

²⁰ Este greu de înțeles logica celor care justifică ideea de a ostraciza temele și simbolurile religioase din spațiul public, în special din cel politic, prin respectul față de diversitate și de alteritate. Faptul că există o contradicție flagrantă între a clama respectul față de alteritate și a te arăta ofensat de prezența unor simboluri religioase pare să nu fie sesizat de adversarii prezenței acestor simboluri în spațiul public.

inter-generaționale, în spiritul respectului față de justiție și de domnia legii și față de tradițiile nobile ale demnității naționale, reafirmate în Revoluția din 1989, ne exercităm exercităm puterea noastră constituantă, dând următoarea Constituție”.

2. Eficiența și continuitatea procesului de integrare depind de nivelul de fair play al jocului politic și de credibilitatea clasei politice. Viabilitatea unei democrații reprezentativă depinde de încrederea generală în disponibilitatea și abilitatea reprezentanților de a da expresie intereselor generale ale societății. Deși în paradigma de gândire liberală, ilustrată de celebra „Fabulă a albinelor” a lui Bernard de Mandeville²¹, binele comun apare ca rezultatul a tendinței fiecăruia de a-și urmări propriul interes egoist și ca sumă a viciilor particulare, promovarea ostentativă a interesului politic de grup sau partinic prejudiciază pe termen lung credibilitatea democrației însăși. Interesul vizibil și imediat al reprezentantului națiunii în adunarea legislativă este de a promova acele proiecte de legi care-i asigură în primul rând maximizarea șanselor de a fi reales la viitoarele alegeri parlamentare. Efectele economice și financiare ale unor legi populare adoptate în anii electorali contează mai puțin, dată fiind iminența alegerilor. Un exemplu celebru îl constituie Legea nr. 221/2008 privind aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 15/2008 privind creșterile salariale din anul 2008 ale personalului din învățământ²². Însăși ordonanța aprobată²³, adoptată și ea într-un an electoral, stabilise deja sporuri salariale considerabile în beneficiul personalului din învățământ. Impactul asupra unei largi categorii de votanți – profesorii, învățătorii, educatorii și personalul didactic auxiliar – nu era deloc neglijabil. Un calcul electoral elementar arăta că nici nu putea fi vorba ca ordonanța să fie respinsă: ar fi însemnat o sinucidere politică pentru susținătorii acestei idei. O simplă aprobare nu ar fi fost nici ea de folos. Ea implica confirmarea unei măsuri luate de Guvern, ușurându-i misiunea de a se prezenta în campania electorală ca favorabil învățământului și numerosului personal bugetar angajat în domeniul respectiv, fără beneficii vizibile pentru partidele ai căror parlamentari au votat aprobarea ordonanței. Soluția practică putea fi doar aprobarea cu modificări în sensul unor majorări și mai substanțiale decât cele stabilite prin ordonanță. Esențial era însă ca majorările să fie atât de mari, încât creșterea deja acordată prin ordonanță să apară prin comparație ca nesemnificativă. Creșterea stabilită prin lege s-a ridicat chiar și până la 50%, și aceasta pentru circa 300.000 de salariați ai statului. Efortul bugetar era enorm, însă destul de suportabil în intervalul scurt de până la alegeri²⁴. Ce se va întâmpla după alegeri și cum va reuși noul Guvern să găsească resursele pentru a face față acestor creșteri salariale nu a constituit obiect de interes pentru votanți. Este semnificativ că nu a existat nici un vot contra.

²¹ A se vedea B. de Mandeville, *The Fable of the Bees or Private Vices, Public Benefits*, London, Oxford University Press, 1924. În privința climatului politic și spiritual al epocii, a se vedea P. Hazard, *Criza conștiinței europene – 1680-1715*, Ed. Univers, 1980 (ed. originală: 1935), *passim*, în special p. 389 și urm.

²² Publicată în M. Of. nr. 730 din 28 octombrie 2008.

²³ Publicată în M. Of. nr. 82 din 1 februarie 2008.

²⁴ Alegerile au avut loc la 30 noiembrie 2008, adică la două luni față de momentul votării și la puțin peste o lună raportat la momentul publicării în Monitorul oficial (28 octombrie). Legea a fost adoptată de Camera deputaților în calitate de cameră decizională la 30 septembrie; toti cei 254 de deputați prezenți au votat în favoarea legii de modificare a ordonanței. Vezi dezbaterile - foarte expeditiv - în M. Of. nr. 90 din 10 octombrie 2008, precum și on-line la <<http://www.cdep.ro/pls/steno/steno.stenograma?ids=6533&idm=51,02&idl=1>>.

Această decizie legislativă frivolă și populistă, în condițiile crizei economice care se profila la orizont, cade în responsabilitatea clasei politice ca întreg. Ea nu este imputabilă guvernanților²⁵, majorității parlamentare a momentului, unui partid anume sau unui grup de partide. În ședința din 30 septembrie 2008, deputații s-au comportat previzibil și rațional, sub aspectul apărării interesului electoral personal și imediat, în dauna binelui general. Un vot contra ar fi însemnat sinucidere electorală, fără ca prin aceasta să salveze situația sau măcar să atenueze prejudiciul adus interesului public. A te opune în prag de alegeri unor măsuri populiste înseamnă a face un serviciu inestimabil adversarului care nu are asemenea scrupule și a-ți micșora considerabil șansele unei viitoare realegeri. Prestigiul moral obținut cu prețul unui asemenea sacrificiu va fi insuficient pentru a produce eventuale beneficii la alegerile ulterioare, date fiind memoria scurtă a electoratului și canalizarea discursului public spre dezbateri mediatice și talk-show-uri. O asemenea manifestare de „egoism politic” nu este nici pe departe specifică României. În cele mai multe democrații reprezentative clasa politică trăiește sub presiunea calendarului electoral, fiind constrânsă să ofere rezultate palpabile pe termen scurt, chiar și cu prețul unor costuri economice și financiare enorme pe termen lung. Duritatea cu care criza economică a lovit țări precum Grecia, Spania, Irlanda, Portugalia, Italia sau chiar Franța este explicabilă și prin tentația de a supralicita demagogic ofertele politice nerealiste ale adversarilor și de a ascunde realitățile neconvenabile, întreținând iluzia unui stat al bunăstării generale și perpetue, a unei nelimitate redistribuiri, fără grija performanței economice.

Este de aceea preferabil ca deputații și senatorii să nu fie puși în situația de a opta între beneficiul electoral imediat și interesul general al țării. Fără îndoială că parlamentarii nu vor fi atât de dispuși să voteze măsuri populiste în prag de alegeri, dacă ar ști că de ele vor beneficia alții, colegi de partid sau adversari, dar nu ei înșiși. O pauză între două mandate de parlamentar ar facilita acest lucru. Politicienii pot fi egoiști, dar nu absurzi. Nu vor aproba cheltuieli astronomice în scopuri populiste dacă alții vor fi cei ce vor culege roadele. Consider, prin urmare, că ar fi benefică inserarea unui nou alineat la dispozițiile articolului 61 din Constituție:

„(3) Mandatele de senator și deputat nu pot fi succesive”.

3. O altă chestiune, doar aparent rezolvată, este cea a formei de guvernământ. Conform art. 1, alin. (2) din legea noastră fundamentală, forma de guvernământ a statului român este republica. Constituția a fost aprobată prin referendum la 8 decembrie 1991²⁶. La data respectivă s-a susținut că aprobarea prin referendum a Constituției de către popor semnifică implicit și aprobarea formei republicane de guvernământ. Nu există niciun dubiu că atunci, ca și în prezent de altfel, marea majoritate a cetățenilor ar fi votat

²⁵ Este de remarcat că primul-ministru, a criticat ferm adoptarea legii respective, evocând în tonuri sumbre scena cunoscută a nu mai puțin celebrului film „Titanic”, în care orchestra cânta în timp ce vasul se scufunda. Totuși, inițiativa unor măsuri financiar nesustenabile în prag de criză a venit din partea Guvernului.

²⁶ La vot au participat 10.948.468 de cetățeni, din care 8.464.624 (77,3%) au votat pentru aprobarea Constituției, iar 2.235.005 (20,4%) au votat împotriva. Voturile nule au reprezentat 2,3 %. Datele sunt preluate după G. Vrabie, *Drept constituțional și instituții politice*, Vol. I, Ed. Cugetarea, Iași, 1999, p. 371.

în favoarea republicii, oricare ar fi fost sentimentele față de persoana regelui Mihai I și față de rolul istoric major al dinastiei de Hohenzollern în istoria României moderne. Problema este alta: actul de naștere al Republicii în România este unul dubios, dacă nu de-a dreptul infamant. Nu există un caz mai evident în istoria țării noastre în care un șef de stat care să se fi bucurat de o popularitate atât de mare să fi fost înlăturat de un grup politic atât de detestat, aflat în mod atât de ostentativ în slujba unei puteri străine și ostile. Actul de la 30 decembrie 1947 (abdicarea Regelui Mihai I) a constituit o surpriză chiar și pentru mulți dintre partizanii regimului. În literatura juridică au fost puse în discuție atât validitatea actului de abdicare, cât și cea a legii subsecvente prin care se proclama Republica, ba chiar și legitimitatea formei republicane de guvernământ instaurate astfel²⁷. În privința împrejurării că abdicarea Regelui a fost obținută forțat nu există controverse; totuși aproape toate abdicările din cursul istoriei au fost obținute prin constrângere, puțini fiind cei care renunță de bunăvoie la putere. Relevantă din punct de vedere juridic este problema constituționalității actelor imediat ulterioare abdicării. Parlamentul unicameral rezultat în urma fraudării alegerilor din noiembrie 1946 și dominat de comuniști a fost convocat în după-amiaza aceleiași zile. Prin Legea nr. 363/1947 se ia act de abdicarea Regelui, se abolește monarhia și se proclamă ca formă de stat (mai corect: de guvernământ), Republica. Totodată, legea abroga Constituția din 1923, încă în vigoare la acea dată.

Este evident de la bun început că dispozițiile Legii nr. 363/1947 erau neconstituționale. Conform constituției în vigoare, abdicarea Regelui ducea la declararea vacanței tronului²⁸, urmând a se aplica dispozițiile constituționale referitoare la succesiune. O lege ordinară nu putea rezolva această problemă și - cu atât mai puțin - nu putea aboli monarhia ori proclama republica. În plus, condițiile în care a fost ținută ședința din 30 decembrie 1947 a Adunării Naționale (aflată în vacanță parlamentară și convocată în sesiune extraordinară imediat după abdicarea Regelui) sunt mai mult decât dubioase. Este greu de crezut că în condițiile precare ale anilor postbelici, în câteva ore au putut fi găsiți, anunțați și aduși în București deputații împrăștiați în toată țara. În afară de cvorum - care în mod aproape sigur nu a fost întrunit - nici celelalte reguli procedurale privind adoptarea legilor nu au fost respectate. Proiectul de lege nu figura pe ordinea de zi, nu fusese dezbătut în comisii, nu a fost prezentată expunerea de motive și nici nu a fost discutat pe articole. Procesele-verbale atestă însă faptul că s-a ovaționat de douăzeci de ori²⁹, împrejurare cât se poate de sugestivă și emblematică pentru atmosfera în care se vor ține de acum înainte ședințele adunării reprezentative.

Neconstituționalitatea evidentă a Legii nr. 363/1947 are implicații directe asupra legitimității actului de instaurarea a Republicii. Credem că este absolut clar că acțiunii lui Petru Groza și Gheorghe Gheorghiu-Dej, precum și actelor subsecvente le lipsește orice element de legitimitate politică și constituțională. Îndepărtarea Regelui Mihai I a fost percepută de contemporani în mod aproape unanim ca o grea lovitură; în acel moment

²⁷ E. Focșeneanu, *Istoria constituțională a României 1959-1991*, ed. a II-a, revizuită, Ed. Humanitas, București, 1998 (prima ediție: 1992), pp. 101-114; G. Vrabie, *Drept constituțional I*, pp. 144-146.

²⁸ Prevăzută de art. 79 din Constituția din 1923.

²⁹ E. Focșeneanu, *Istoria constituțională a României 1959-1991*, ed. a II-a revizuită, Ed. Humanitas, București, 1998 (prima ediție: 1992), pp. 101-114.

șeful statului se bucura de o popularitate depășind pe departe pe cea a oricărui alt om politic, iar opinia publică vedea în el singura speranță, atât în privința unei temperări a exceselor guvernărilor de atunci, cât și în privința unei eventuale întoarceri la un regim politic democratic. Plecarea Regelui României lăsa țara la discreția comuniștilor și însemna înlăturarea ultimului obstacol în calea exercitării neîngrădite a puterii de către aceștia.

Forma republicană de guvernământ este legitimată prin voința poporului; pentru adepții ei, ea este superioară monarhiei tocmai prin aplicarea consecventă a principiilor democratice, inclusiv, și mai ales, în privința desemnării șefului statului. Or, în cazul actului de la 30 decembrie 1947, chiar voința poporului a fost în modul cel mai grav încălcată. **Republica română este prin urmare grevată de acest certificat de naștere infamant, atestând violarea tocmai a principiilor care în orice republică sunt privite ca primordiale.** Din perspectiva principiilor democrației, actul de la 30 decembrie este lipsit de orice legitimitate, reprezentând o denaturare grotescă a spiritului republican. Consider că este absolut necesar, ca la referendumul pentru revizuirea Constituției, poporul să fie chemat să se pronunțe totodată, în mod distinct, asupra formei de guvernământ. Consultarea poporului prin referendum nu va oferi surprize probabil sub aspectul opțiunii pentru monarhie - care trebuie totuși respectată - dar este neapărat necesară pentru a marca solemn momentul în care poporul român, exercitându-și explicit puterea sa constituantă, a decis în mod suveran că forma sa de guvernământ este republica.

Luarea în discuție de către constituentul revizuent a celor trei probleme de mai sus nu oferă firește garanția reușitei noii versiuni a legii fundamentale pe planul procesului de integrare politică în stat a indivizilor și a societății. Abordarea lor oferă totuși șansa ca electoratul să aibă percepția că participarea la competiția politică, chiar și în calitate de simplu votant, implică adeziunea la o comunitate politică ale cărei valori și principii îi sunt familiare și apropiate, la o comunitate de destin.

Respectarea demnității persoanei umane în procesul penal*

Drd. Izabela BRATILOVEANU
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea din Craiova



Respect of the human dignity in the criminal trial

Abstract: The final of the year 1990 marked the introduction in the criminal procedure Code of the principle of respect for human dignity, as opposed to the procedures that would target to transform a man into the thing, that would tend to dehumanize. The respect for human dignity necessarily translates into a protection which gives assurance that the man is treated as a person in the full sense, that is included in the human family. The respect for human dignity is ensured by its safeguards compliance, which is a permanent trend.

Keywords: the respect for human dignity, the New Code of Criminal Procedure, the European Court of human rights.

§ 1. Preliminarii. În vederea realizării scopului său, procesul penal este călăuzit de anumite principii fundamentale ce fixează cadrul politico-juridic în conformitate cu care trebuie să aibă loc reacția societății față de cei care încalcă legea penală¹.

Principiul respectării demnității umane a fost introdus în Codul de Procedură penală prin Legea nr. 32/1990², în urma aderării României la Convenția împotriva torturii și a altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane sau degradante³. Astfel, art. 5¹ din

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/CPP107/DMI1.5/S/78421, proiect strategic ID78421 (2010), cofinanțat din Fondul Social European - Investește în oameni, prin programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

¹ I. Neagu, *Drept procesual penal*, Vol. I, Partea generală, Tipografia Universității București, 1979, p. 41.

² Legea nr. 32/1990 pentru modificarea și completarea unor dispoziții ale Codului de Procedură Penală a fost publicată în M. Of. nr. 128 din 17 noiembrie 1990.

³ Convenția împotriva torturii și a altor pedepse sau tratamente cu cruzime, inumane sau degradante a fost adoptată la New York la 10 decembrie 1980.

Codul de Procedură Penală actual, sub denumirea marginală „*Respectarea demnității umane*” prevede: „Orice persoană umană care se află în curs de urmărire penală sau de judecată trebuie tratată cu respectarea demnității umane”. În continuare, dispune: „Supunerea ... la tortură sau la tratamente cu cruzime, inumane sau degradante este pedepsită prin lege”; definiția dată torturii în textul convențional fiind preluată integral în art. 267¹ din Codul Penal.

§ 2. Conceptul demnității persoanei umane. Demnitatea este un concept complex și multifacțat, motiv pentru care a suscitat interesul filosofilor și juristilor din toată lumea. În cele ce urmează, vom realiza o prezentare succintă a opiniilor exprimate pe marginea acestui subiect.

În dreptul german, G. Dürig consideră demnitatea ca fiind „esența omului”, adică, adaugă acesta, „valoare proprie mereu prezentă, ceva peren și indispensabil”⁴. Pentru Nipperday, ar fi vorba de o „valoare intrinsecă și independentă, esențialul, natura omului prin definiție”⁵. Stern spune că „demnitatea înseamnă valoarea existențială a oricărui om, individuală, pentru sine însuși” și „că este o caracteristică indispensabilă a ființei sale”⁶. În schimb, pentru P. Saladin, este o „valență specifică a umanității”⁷. Mai recent, Häberle vorbește despre demnitate ca despre „natura omului”⁸ și Seifert face referire la ea ca la „însăși esența persoanei, în special spiritualitatea și substanța”⁹.

În dreptul englez, David Feldman distinge trei nivele la care operează demnitatea: demnitatea atașată întregii specii umane, demnitatea grupurilor în cadrul speciei umane și demnitatea anumitor indivizi umani. Autorul distinge următoarele implicații legale ale diferențierii: demnitatea speciei ca întreg necesită reguli care diferențiază între oameni și alte specii și care protejează acest statut special și integritatea oamenilor; demnitatea grupurilor în cadrul speciei exclude discriminarea între grupuri pe temeuri nerelevante și le permite să-și afirme drepturile și să-și continue tradițiile. La nivelul indivizilor, demnitatea necesită dreptul de a lua propriile decizii și de a contribui la deciziile luate de alții care îi afectează propria viață. În plus, la nivelul grupului social și individului, demnitatea umană are două aspecte. Aspectul subiectiv se referă la sensul aprecierii de sine al unei

⁴ G. Dürig, „Kommentar zum GG, Art. 1”, în Munz, Dürig, Herzog, Grundgesetz Kommentar, C.H. Beck, München, 1976, nota 2 și 11.

⁵ H.C. Nipperday, „Die Würde des Menschen”, în Franz L. Neuman, Hans Carl Nipperday, Ulrich Scheuner, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis des Grundrechte. Vol. II. Duncker & Humblot, Berlin, 1964.

⁶ Klazs Stern și Michael Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Vol. III., C.H. Beck, München, 1988, p. 6 și urm.

⁷ P. Saladin, în „Grundrechtesreform in rechtsvergleichender Sicht”, în Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit. Festschrift für Hans. R. Klecatsky. Dargeboten zum 60 Lebensjahr von L. Adamovich und P. Pernthaler”, Vol. II, Wilhelm Braumüller-Universitäts Verlagsbuchhandlung, Wien, 1980, p. 850 și urm.

⁸ P. Häberle, „Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, în Josef Isensee și Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundlagen von Staat und Verfassung, CF Müller Juristischer Editorial, Heildelber, 1987, p. 860.

⁹ J. Seifert, „Die vierfache Quelle der Menschenwürde als Fundament der Menschenrechte”, în Ziemsche, Landgheid, Wilms și Haverkate, Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, C.H. Beck, München, 1997, p. 172.

persoane, care este de obicei asociat cu formele de comportament care comunică acest sens altora. Aspectul obiectiv are în vedere atitudinea statului sau a altora față de un individ sau grup, de obicei în lumina normelor sociale sau a așteptărilor¹⁰.

În doctrina rusă, se arată că în conceptul demnității există un aspect obiectiv (un concept de valoare a unei persoane) și un aspect subiectiv, și anume sentimentul sau înțelegerea acestei valori morale a persoanei în general sau a unei anumite persoane. În al doilea rând, aspectul obiectiv al conceptului poate conține alte trei aspecte: demnitatea umană, adică demnitatea persoanei în general, indiferent de anumite calități sau trăsături; demnitatea personală, adică valoarea unui anumit individ care este dată de calitățile lui pozitive, culturale și fizice; și demnitatea conectată la apartenența la o anumită categorie socială sau grup. La toate acestea, se adaugă și un alt aspect: un comportament moral, un mod demn de viață¹¹.

În dreptul român, în literatura juridică din anii '70, într-o opinie reluată și în prezent, demnitatea era „un atribut înnăscut, care este onoarea, la care se adaugă alte însușiri de ordin etic, dobândite în timpul vieții omului, care formează laolaltă reputația unei persoane”¹². Este important de subliniat că într-un mod radical distinct este abordat conceptul în dreptul comparat. Valoarea demnității umane este un concept absolut, care nu admite nici cel mai mic grad de relativizare, care aparține în mod egal fiecărei ființe umane pentru simplul fapt de a fi o ființă umană și pentru că există, indiferent de condițiile și de comportamentul fiecărui individ și care se proiectează în toate drepturile inerente persoanei¹³. De altfel, aceasta era concepția reținută și de Preambulul Convenției împotriva torturii și a altor pedepse sau tratamente cu cruzime, inumane sau degradante, unde se prevede că „toate drepturile egale și inalienabile pentru toți membrii familiei umane...decurg din demnitatea inerentă a persoanei umane”. În plus, demnitatea - spune Mario di Commo, exprimând o opinie împărtășită cu o constanță fără nicio umbră de echivoc în dreptul comparat - nu poate fi definită o dată pentru totdeauna, de o manieră univocă și satisfăcătoare: aceasta datorită istoricității definiției în cauză, rădăcinile sale în istoria constituțională a fiecărei țări, a dimensiunii sale culturale, care o face sensibilă mutațiilor istorice, a culturii și conștiinței sociale¹⁴. Este extrem de dificil de găsit o „unitate de măsură” pe care să o putem folosi pentru a stabili când s-a produs un act de lezare a demnității. Din această perspectivă, se produce o lezare a demnității, așa cum spune Dürig, în teza sa de neinstrumentalizare (Dürig'sche Objektformel), atunci când „omul concret este tratat ca obiect, ca un simplu mijloc”, dar și atunci când se realizează o acțiune care cauzează sau poate cauza o durere psihică sau fizică permanentă sau

¹⁰ D. Feldman, *Civil liberties in England and Wales*, Oxford, 2002, p. 125 și urm.

¹¹ F.M. Rudinsky, *Civil human rights in Russia. Modern problems of theory and practice*, Transaction Publisher, 2007, p. 104.

¹² V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, Ed. Academiei, București, 1971, p. 403. Mai recent, M. Basarab, V. Pașca, Ghe. Mateuț, Tiberiu Medeanu, C. Butiuc, M. Bădilă, R. Bodea, P. Dungan, V. Mirișan, R. Mancaș, C. Miheș, *Codul penal comentat*, Vol. II, Partea special, Ed. Hamangiu, 2008, p. 342.

¹³ În acest sens, art. 1 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, potrivit căruia „Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi”.

¹⁴ M. di Commo, *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli Editori, 2010, p. 231.

trecătoare, nejustificată, pentru a obține o finalitate personală sau cu caracter gratuit”. Așadar, lista posibilelor acte de lezare rămâne deschisă.

Respectarea demnității umane presupune respectarea garanțiilor sale, care se află într-o evoluție permanentă. Demnitatea persoanei umane, trimitând la ideea că nimeni nu poate fi exclus din comunitatea umană și că omul nu trebuie tratat ca un obiect în mâinile puterii publice, este considerată în prezent un veritabil principiu director în cadrul tratamentului aplicabil persoanelor deținute¹⁵, care se înscrie într-un cadru mai larg, cel al umanizării privării de libertate.

§ 3. Demnitatea magistraților. Codul deontologic al magistraților conține în capitolul V - „Demnitatea și onoarea profesiei de magistrat” dispoziții amănunțite privind standardele de comportament al magistraților în vederea „modelării” conduitei acestora în conformitate cu demnitatea și onoarea profesiei. Aceștia sunt datori să se abțină de la orice acte sau fapte de natură să compromită demnitatea lor în funcție și în societate și trebuie să aibă o comportare adecvată în relațiile cu justițiabilii, cu colegii, cu reprezentanții celorlalte organe de stat și cu întregul corp social (art. 21). Față de toate persoanele care participă, indiferent în ce calitate, la procedurile judiciare, magistrații nu pot manifesta prejudecăți în legătură cu rasa, sexul, religia, naționalitatea, statutul socio-economic și cultural al acestora. Magistrații au datoria de a proteja egalitatea cetățenilor în fața legii, de a respecta și apăra demnitatea, integritatea fizică și morală a celor care participă la procedurile judiciare, în orice calitate participă la aceste proceduri (art. 2). În fine, vom preciza că potrivit art. 276 din Noul Cod Penal, intitulat „Presiuni asupra justiției”, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă, fapta persoanei care, pe durata procedurii judiciare în curs, face declarații nereale referitoare la săvârșirea de către judecător sau de către organele de urmărire penală, a unei infracțiuni sau a unei abateri disciplinare grave legate de instrumentarea cauzei, în scopul de a le influența sau intimida.

§ 4. Demnitatea persoanei umane, probele și mijloacele de probă. Obținerea probelor trebuie să fie făcută conform unor procedee corecte, ce sunt în armonie cu valorile morale la care este atașată societatea, printre acestea numărându-se și demnitatea persoanei umane. Pe plan general, cu privire la această problemă, Noul Cod de Procedură Penală în art. 101, intitulat „Principiul loialității administrării probelor” prevede: 1. Este interzis a se întrebuița violențe, amenințări ori alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri în scopul de a obține probe. 2. Nu pot fi folosite metode sau tehnici de ascultare care afectează capacitatea persoanei de a-și aminti și de a relata în mod conștient și voluntar faptele care constituie obiectul probei, nici măcar dacă persoana își dă consimțământul. În plus, probele obținute prin tortură și prin alte mijloace nelegale nu pot fi folosite în cursul procesului penal (art. 102). Pe de altă parte, Noul Cod Penal prevede că infracțiunea de cercetare abuzivă (art. 280) constă în întrebuițarea de

¹⁵ M. Larralde, *Placement sous ecrou et dignité de la personne, Séance inaugurale du séminaire de recherche, “Enfermements, Justice et Libertés”, Sorbona, 15 septembrie 2009.*

promisiuni, amenințări sau violențe împotriva unei persoane urmărite sau judecate într-o cauză penală, de către un procuror sau un judecător, pentru a o determina să dea sau să nu dea declarații, să dea declarații mincinoase ori să își retragă declarațiile, precum și în producerea, falsificarea ori ticluirea de probe nereale de către un organ de cercetare penală, un procuror sau un judecător.

În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, o cauză importantă care a atras atenția este *Jalloh contra Germaniei*¹⁶. Faptele erau următoarele: patru polițiști l-au văzut pe reclamant, cel puțin în două ocazii diferite, scotând un săculeț de plastic din gură și dându-l unei alte persoane contra unei sume de bani. Bănuind că era vorba de stupefiante, polițiștii l-au prins în timp ce îl înghițea pe ultimul. În scopul de a provoca evacuarea saculețului, i-au administrat un vomitiv, în mod forțat, în mediu spitalicesc cu ajutorul unei sonde gastrice, suspectul regurgitând două capsule care au fost reținute ca element de probă. Instanțele germane au concluzionat absența unei incompatibilități de principiu a procedurii cu respectul demnității umane. Reclamantul s-a adresat Curții Europene, invocând încălcarea articolului 3 din textul convențional. În plus, el estima că utilizarea elementelor de probă obținute cu încălcarea respectului demnității umane, au adus atingere dreptului la un proces echitabil. CEDO a observat că „utilizarea în cadrul unei proces penal de elemente de probă obținute cu nerespectarea art. 3 ridică întrebări serioase în ceea ce privește echitatea procedurii”, înainte de a concluziona că această utilizare „ca probă a stupefiantelor strânsă prin administrarea cu forța a unui vomitiv reclamantului a determinat inechitatea întregului proces”.

Un respectat autor francez spunea: „Percheziția apare ca fiind deosebit de atentatorie, nu numai pentru libertatea, dar de asemenea și mai ales în ceea ce privește demnitatea persoanei vizate. Fără îndoială că atingerea este minimă și nu va fi resimțită ca vexatorie dacă vizează numai bagajele, servietele sau poșetele; ea devine mai indiscretă atunci când ia forma unei palpări rapide a hainelor. Atingerea adusă independenței ființei umane, demnității sale, respectiv pudorii devine insuportabilă atunci când agentul autorității impune o dezbrăcare, parțială sau totală, a persoanei vizate și atingerea este adusă la paroxismul său dacă investigația corporală este împinsă prea departe și se aseamănă cu o explorare medicală”¹⁷. Un element de noutate pe care îl aduce Noul Cod de Procedură penală este că prevede în art. 156 alin. (2) că percheziția se efectuează cu respectarea demnității umane, fără a constitui o ingerință disproporționată în viața privată. Pe aceeași linie, în art. 166 („Efectuarea percheziției corporale”) se arată că organul judiciar este obligat să ia măsuri ca percheziția să fie efectuată cu respectarea demnității umane. Operațiunea nu trebuie să pună persoana într-o postură vexatorie și trebuie să fie întotdeauna practică de o persoană de același sex cu cea percheziționată. În acest sens, procesul-verbal de percheziție trebuie să cuprindă, printre altele, numele, prenumele și calitatea celui care efectuează percheziția, data și ora de începere și de terminare, cu menționarea oricărei întreruperi intervenite, locul și condițiile în care a fost găsit suspectul sau inculpatul. Un progres îl constituie reglementarea examinării fizice (art. 190 din Noul Cod), în mod detaliat. Datorită caracterului grav intruziv al măsurii examinării fizice

¹⁶ *Cauza Jalloh c. Germaniei*, decizia Marii Camere din 11 iulie 2006, cerere nr. 54810/00.

¹⁷ A. Vitu, *Dignité de la personne et procès pénal*, în P. Pedrot, *Ethique, droit et dignité de la personne*, Ed. Economica, 1999, p. 388.

interne a corpului unei persoane, legiuitorul a prevăzut că trebuie să fie efectuată cu respectarea vieții private și a demnității umane și doar de un medic, asistent medical sau de o persoană cu pregătire medicală de specialitate.

§ 5. Demnitatea persoanei umane și utilizarea publicității. La o primă privire, acest aspect poate să surprindă. Cum ar putea publicitatea să aducă atingere demnității unei persoane implicate într-un proces penal? Particularitatea procesului penal rezidă și în aceea că este posibilă o umilire și o stigmatizare a părților în ochii opiniei publice. Cum remarca K. Tsatsos, „stigmatul moral, însoțit de murmurul obscur că cineva este imoral, poate leza mult mai profund decât orice decizie judecătorească dată pe baza regulilor de drept. Acolo unde se menține tradiția, dincolo de sancțiunile aplicate de stat, există de asemenea sancțiunile aplicate de societate. Unele uși rămân închise anumitor indivizi. Amintirea subzistă în ceea ce privește greșeli vechi pe care legea penală le-a prescris, dar nu și legea morală”¹⁸.

În prezent, este expres și clar prevăzut în Decizia nr. 220/2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual¹⁹ că este interzisă difuzarea de imagini sau de înregistrări cu persoane aflate în stare de reținere, arest sau care execută o pedeapsă privativă de libertate, fără acordul acestora [art. 42 alin. (1)]. Art. 44 prevede: „(1) Nu pot fi difuzate înregistrări realizate și puse la dispoziția furnizorilor de servicii media audiovizuale de către autoritățile polițienești sau judiciare, indiferent de suportul informatic utilizat, fără acordul persoanelor care sunt victime ale acestor infracțiuni, fără acordul familiilor acestora sau, după caz, al reprezentanților legali. (2) Nu poate fi dezvăluită în niciun mod identitatea persoanelor care sunt victime ale infracțiunilor privitoare la viața sexuală; se exceptează situațiile în care victimele și-au dat acordul scris, sub condiția respectării limitelor de identificare stabilite prin acord”.

În ceea ce privește minorul cu vârsta de până la 14 ani, victimă a unui abuz sexual, dacă este acuzat de comiterea unei infracțiuni sau ca martor, este interzisă difuzarea oricărui indiciu care ar putea să ducă la identificarea sa [art. 4 alin. (1)]. Dacă minorul este victima unor alte infracțiuni sau a fost supus unor abuzuri fizice sau psihice, difuzarea de declarații este posibilă numai cu acceptul minorului, precum și cu acordul scris al părinților, al altui reprezentant legal ori, după caz, al persoanei în grija căreia se află minorul [art. 4 alin. (2)]. De asemenea, minorul cu vârsta cuprinsă între 14 și 16 ani, care este acuzat de comiterea unei infracțiuni sau este victimă a unei infracțiuni, poate fi prezentat în programele de știri, în emisiuni de dezbateri sau reportaje audiovizuale, numai dacă sunt întrunite cumulativ condițiile: există consimțământul scris al său; existența în prealabil a consimțământului scris al părinților sau al reprezentantului legal; este asistat pe parcursul transmisiei sau al înregistrării de către un părinte ori de către reprezentantul legal, respectiv de către avocat în cazul cercetării penale sau al arestării [art. 6 alin. (1)]. În fine, conform dispozițiilor art. 6 alin. (2), în cazul minorului, cu vârsta cuprinsă între 16 și 18 ani, dacă este acuzat de comiterea unei infracțiuni, sunt necesare acordul său

¹⁸ G. Theotokas, *Pensées et positions*, II, p. 1326 și urm., *apud* K.E. Beys, p. 312.

¹⁹ Decizia nr. 220 din 24 februarie 2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual, text actualizat în baza actelor normative modificatoare, publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, până la 28 iulie 2011, în vigoare începând cu data de 28 iulie 2011.

explicit și asistarea de către avocat dacă este cercetat penal, reținut sau arestat, în timp de, dacă este victimă sau martor la comiterea unei infracțiuni, sunt necesare acordul explicit al său și eliminarea oricăror elemente care pot duce la identificarea minorului, la solicitarea acestuia, a părinților sau a reprezentantului legal.

Reglementările nou-introduse în Noul Cod de procedură penală vor fi de un real folos în direcția îmbunătățirii protecției demnității persoanei umane în procesul penal. Cu privire la publicitatea ședinței de judecată, art. 352 alin. (3) prevede că instanța poate declara ședința nepublică pentru tot cursul sau pentru o anumită parte a judecării cauzei, la cererea procurorului, a părților sau din oficiu, dacă judecarea în ședință publică ar putea aduce atingere unor interese de stat, moralei, demnității sau vieții intime a persoanei, intereselor minorilor sau ale justiției²⁰. Ca noutate, potrivit art. 352 alin. (4), instanța poate declara ședința nepublică la cererea unui martor dacă prin audierea sa în ședință publică s-ar aduce atingere siguranței ori demnității sau vieții intime a acestuia sau a membrilor familiei sale. Legiuitorul a considerat util să prevadă, în art. 352 alin. (9) că pe durata judecării, instanța are posibilitatea să interzică publicarea și difuzarea, prin mijloace scrise sau audiovizuale, de texte, desene, fotografii sau imagini de natură a dezvălui identitatea persoanei vătămate, a părții civile, a părții responsabile civilmente, în condițiile prevăzute de alineatele (3) și (4).

§ 6. Demnitatea persoanei umane și pedeapsa. În literatura de specialitate, se admite constant că una dintre funcțiile pedepsei este cea de exemplaritate. Se consideră, cu înțepțat temei, că fermitatea, promptitudinea, intrasigența cu care este pedepsit infractorul exercită o influență benefică asupra celorlați membri ai societății care astfel vor fi determinați să nu săvârșească infracțiuni²¹. Unicul element pe care vreau totuși să-l subliniez este că demnitatea persoanei umane interzice transformarea pedepsei în spectacol public. Aduc atingere demnității persoanei toate acele tratamente în care individul este redus la un simplu obiect în mâinile puterii publice²². Așadar, aplicarea unei pedepse extrem de dure unui individ determinat nu trebuie justificată pe seama ideii de a intimida pe toți ceilalți să comită o astfel de faptă. Or, dacă art. 52 din Codul penal actual prevede că „Scopul pedepsei este prevenirea săvârșirii de infracțiuni”, menționăm, cu titlu de exemplu, art. 25 din Constituția Spaniei potrivit căruia „Pedepsele privative de libertate și măsurile de siguranță au ca scop reeducarea și reinsertia în societate și nu pot cuprinde măsura muncii forțate, condamnatul la pedeapsa închisorii bucurându-se, în timpul executării, de drepturile fundamentale definite în acest capitol, cu excepția celor care sunt în mod expres limitate prin hotărârea de condamnare, de natura pedepsei și de legea penitenciară”. Schimbarea majoră de optică, începută prin adoptarea noilor coduri, penal și de procedură penală, este continuată prin Proiectul de lege privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului

²⁰ Sunt preluate prevederile art. 290 alin. (2) din Codul de procedură penală actual.

²¹ În acest sens, C-tin Mitache, C. Mitache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, 2007, p. 191.

²² Pentru detalii privind Objectkformel, a se vedea L. Jeannin, “Le principe de dignité en droit allemand. L’interprétation et le renforcement de la valeur axiologique des droits fondamentaux”, în coord. C. Girard și S. Hennette-Vauchez, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, P.U.F., 2005, p. 159.

penal, unul dintre elementele de noutate foarte importante aduse fiind stabilirea odată cu regimul de executare a pedepsei a unui program de resocializare, adaptat persoanei condamnate în funcție de conduita, personalitatea, vârsta, starea de sănătate și posibilitățile de reintegrare socială ale celui condamnat, intitulat „individualizare administrativă a regimului de executare a pedepsei privative de libertate”²³.

Într-o opinie, se consideră că individualizarea pedepsei poate constitui o atingere adusă demnității umane, datorită vagului care o înconjoară. Se apreciază că, lipsa „realelor explicații ale judecătorilor cu privire la motivele alegerii lor”, ar afecta demnitatea condamnatilor, deoarece „individualizarea poate fi resimțită ca arbitrară, cât timp parametrii care o conduc sunt puțin vizibili”²⁴.

Noul Cod Penal aduce clarificări importante sub acest aspect, reglementând mult mai riguros criteriile generale de individualizare a pedepsei. Potrivit art. 74, stabilirea cuantumului pedepsei se face în raport cu gravitatea infracțiunii săvârșite și cu pericolozitatea infractorului, care se evaluează după următoarele criterii: a) împrejurările și modul de comitere a infracțiunii, precum și mijloacele folosite; b) starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită; c) natura și gravitatea rezultatului produs ori a altor consecințe ale infracțiunii; d) motivul săvârșirii infracțiunii și scopul urmărit; e) natura și frecvența infracțiunilor care constituie antecedente penale ale infractorului; f) conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal; g) nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială²⁵.

Pedeapsa cu moartea este sau nu compatibilă cu demnitatea umană? Examenul jurisprudenței CEDO pune în evidență faptul că judecătorul european s-a pronunțat doar în ceea ce privește condițiile de pronunțare sau de punere în aplicare a pedepsei capitale, lăsând netransată problema compatibilității în sine a pedepsei capitale cu demnitatea umană. Această idee că pedeapsa cu moartea este atentatorie la demnitatea umană a fost deseori subliniată în doctrină, dar s-au exprimat și opinii în sens contrar²⁶. În schimb, Curtea Constituțională a Africii de Sud a precizat într-o manieră lipsită de echivoc că „pedeapsa cu moartea implică, prin însăși natura sa, o negare a umanității persoanei executate” care este „degradantă deoarece lipsește persoana condamnată în întregime de demnitatea sa și o tratează ca pe un obiect care trebuie eliminat de către

²³ În funcție de aceste criterii, persoanele condamnate sunt incluse în programe de instruire școlară, formare profesională, desfășurare de activități educative, culturale, terapeutice, de consiliere psihologică, asistență socială și derularea de activități productive.

²⁴ A se vedea R. Koering-Joulin și J.-F. Seuvic în „Droits fondamentaux et droit criminal”, în *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique*, AJDA, 1998, număr special, p. 121 și G. Levasseur, „De la minimisation de l'enquête de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire”, RSC 1961, p. 83.

²⁵ Referitor la aceeași problemă, vom aminti dispozițiile art. 72 alin. (1) din Codul penal în vigoare: „La stabilirea și aplicarea pedepselor se ține seama de dispozițiile părții generale a acestui Cod, de limitele de pedeapsă fixate în partea specială, de gradul de pericol social al faptei săvârșite, de persoana infractorului și de împrejurările care atenuează sau agravează răspunderea penală”.

²⁶ De exemplu, R. Vouin, „L'article de la mort”, RSS, 1966, p. 559. „C'est nier la dignité de la personne humaine que la croire inapte à commettre éventuellement de grands crimes, de vrais crimes, qui justifient le châtement suprême, car la sagesse populaire soutient que l'homme doit avoir le courage de subir la mort quand il a celui de la donner. Elle manifeste en cela un sens réel de la dignité de la personne humaine”.

stat²⁷. În dreptul nostru, această problemă nu s-a pus, pedeapsa cu moartea fiind abolită prin decretul nr. 6/1990 și înlocuită cu pedeapsa detențiunii pe viață²⁸.

§ 7. Concluzie. Demnitatea persoanei umane este din ce în ce mai mult prezentă în legislația statelor și în jurisprudență. Principalul său neajuns constă în utilizarea de către legiuitori și judecători ca „sabie cu două tăișuri”²⁹. Analiza din perspectiva dreptului comparat pune în evidență acest aspect: utilizarea argumentului demnității poate să conducă la soluții diametral opuse. Problemele apar în ce privește definiția demnității, care sunt actele care sunt neconforme cu demnitatea și care sunt implicațiile pentru rolul statului. S-a exprimat inclusiv opinia că trebuie adoptată o lege care cuprindă dispoziții care sunt în mod special orientate spre crearea unui mod de respect general al demnității, cu prevederea principiilor fundamentale ale politicii statului cu privire la protecția demnității, obligațiile statului în crearea unui mod de respect general pentru demnitatea cetățenilor, obligațiile cetățenilor față de stat și reglementarea răspunderii pentru încălcările aduse demnității. Nu s-a putut formula un punct de vedere unitar. Opiniile exprimate au variat de la o susținere completă a proiectului până la respingere totală, punerea sub semnul îndoielii a necesității de a adopta o astfel de lege, și mai ales, nu s-a putut ajunge la un numitor comun în ceea ce privește ce ar trebui să cuprindă³⁰.

²⁷ *State c. Makwanyane*, cauza nr. CCT/3/94, 1995, par. 26, citată în E. Daly, *Dignity rights. Courts, Constitutions, and the worth of the human person*, University of Pennsylvania Press, 2013, p. 48.

²⁸ Decretul nr. 6 din 7 ianuarie 1990 pentru abolirea pedepsei cu moartea, pentru modificarea și abrogarea unor prevederi din Codul Penal și alte acte normative, publicat în M. Of. nr. 4 din 8 ianuarie 1990.

²⁹ Expresie folosită de D. Feldman, *Civil liberties in England and Wales*, Oxford, 2002, p. 126.

³⁰ F.M. Rudinsky, *Civil human rights in Russia. Modern problems of theory and practice*, Transaction Publishers, 2007, p. 130.

Înțelegerile amiabile *versus* soluționarea judiciară a diferendelor. Privire specială asupra contractului de tranzacție

Drd. Georgeta-Bianca SPÎRCHEZ (TĂRÎȚĂ)
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea din Craiova



Mutual agreement *versus* judicial settlement of disputes. Special regard over the transaction contract

Abstract: Seen as a remedy to the judicial state imperfections, the conclusion of the compromise contract (settlement) is today a more and more prevalent phenomenon, being used by the parties who want to extinguish the litigation regarding the right, object of their dispute. In the French doctrine, the utility and complexity of this legal instrument is suggestively shown by the formula: „a bad settlement is better than a good litigation” („un mauvais arrangement vaut mieux qu’un bon procès”). In this context, having regard the interest shown to the compromise contract (settlement), considering the many practical needs it responds to, the following study looks at the advantages of this alternative dispute resolution mean, demonstrating the fact that the right can be protected through this friendly agreement.

Keywords: compromise contract (settlement), trial, consent order, alternative dispute resolution.

§ 1. Aspecte introductive legate de valorificarea dreptului

Principalul mijloc de ocrotire a drepturilor persoanelor interesate, de apărare împotriva unor eventuale încălcări ale dreptului este acțiunea în justiție. Este cunoscut faptul că actul de justiție se desfășurează prin intermediul instanțelor judecătorești¹.

¹ Astfel cum expresiv a fost relevat în literatura de specialitate - I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă. Volumul I*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 15: „Atunci când dreptul subiectiv (material) sau un interes legitim, protejat de lege, a fost ignorat, contestat sau încălcat, de regulă el nu-și găsește protecție în cadrul sistemului de drept substanțial, trebuind să se recurgă la forța de constrângere instituționalizată

Promovarea unei acțiuni în justiție pentru valorificarea dreptului este o decizie individuală, pe care fiecare persoană trebuie să și-o asume după evaluarea, în prealabil, a consecințelor folosirii acestui mijloc. În acest sens, este utilă realizarea unei analize de oportunitate, în sensul de a chibzui dacă nu cumva este mai convenabilă o altă modalitate de soluționare a conflictului.

Problema „*luptei pentru drept*” a fost sugestiv explicată în doctrina consacrată acestei materii², după cum urmează: „când un individ este lezat în drepturile sale, el va trebui să se întrebe dacă vrea să-și exercite dreptul, opunând rezistență adversarului, sau vrea să bată în retragere, renunțând la dreptul său; de sarcina acestei hotărâri nu-l va scuti nimeni”. În opinia autorului citat, „problema luptei pentru drept se reduce astfel la o simplă problemă de aritmetică în care trebuie cântărite avantajele și dezavantajele ambelor părți pentru a conforma decizia rezultatului”, tranzacția fiind „*acel punct în care coincid calculele de probabilități stabilite de o parte și de cealaltă*”³.

Se apreciază⁴ că părțile sunt de fapt cei mai buni judecători ai intereselor lor, astfel încât ar trebui să încerce, în primul rând, o soluționare pe cale amiabilă a diferendului lor și doar în situația în care acest lucru nu este posibil să apeleze la organele de jurisdicție. Aceasta a fost, de altfel, și filosofia celor care, în dreptul francez, au contribuit la reglementarea contractului de tranzacție, în Codul civil⁵; optica lor era în sensul că a face dreptate nu este decât cea de-a doua datorie a societății, prima fiind aceea de a împiedica procesul. Trebuie ca societatea să spună părților: „*pentru ca să ajungeti la templul justiției, trebuie să treceți mai întâi pe la templul armoniei; sper că, trecând pe acolo, veți ajunge la o înțelegere/tranzacție*”.

Cu acest prilej de analiză, nu trebuie omisă acea parte a literaturii de specialitate⁶, care exprimă vocea firilor combative, condamnând atitudinea pasivă care este considerată a fi contrară dreptului, o dezertare în fața unei lupte necesare. Acestei atitudini pasive i se opune teza rezistenței față de nedreptate întrucât „este datoria fiecărui om față de el însuși să combată cu toate mijloacele pe care le are la dispoziție această desconsiderare a dreptului în persoana sa”⁷.

Apreciem că și acest tip de gândire a contribuit la aglomerarea peste măsură a instanțelor judecătorești declanșând o adevărată „*criză a justiției*”, pentru mulți dintre litiganți procesul ajungând să se transforme, cum cu drept temei s-a observat⁸, „*dintr-o problemă de interes într-o problemă de demnitate și de caracter*”. În acest spirit, se ajunge la împrejurarea, deloc pragmatică, în care reclamantul nu mai luptă pentru obiectul

în acest scop, să se recurgă deci la activitatea special reglementată în favoarea unei anumite categorii de organe -organele de jurisdicție- în scopul realizării dreptului subiectiv prin măsuri extreme. Mijlocul practic în acest sens îl constituie acțiunea în justiție”.

² R. von Ihering, *Lupta pentru drept*, traducere A. Florea, Ed. All Beck, București, 2002, p. 12.

³ *Idem*.

⁴ C. Boillot, *La transaction et le juge*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Editeur Diffusion L.G.D.J., 2003, p. 2.

⁵ Pentru detalii, în acest sens, Prugnon Archives parlementaires, tome XXVI, p.739 *apud* C. Boillot, *op. cit.*, p. 2: „*Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher le procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties, pour arriver au temple de la Justice, il faut passer par celui de la concorde: j'espère qu'en passant vous transigerez*”.

⁶ R. von Ihering, *op. cit.*, p. 14.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*.

litigiului, ci „pentru un scop ideal: apărarea propriei persoane și a sentimentului său de dreptate; față de acest scop ideal, toate sacrificiile și neplăcerile ce apar ca urmare a procesului își pierd importanța în ochii reclamantului-scopul justifică mijloacele”⁹.

§ 2. Justiția statală *versus* justiția alternativă (privată)

Se manifestă astăzi un interes crescând față de soluționarea amiabilă a diferendelor dintre părți; nu trebuie uitat, totuși, faptul că fenomenul este unul vechi. Tradiția populară a conceput un dicton pe care Balzac¹⁰ l-a consacrat, în sensul că, după cât se pare, „o tranzacție proastă este preferabilă unui proces bun” („*un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès*”), aceasta întrucât „o justiție de comun acord este mai acceptabilă și mai puțin dramatică”¹¹. Este firesc să fie așa, de vreme ce un acord liber și mutual consimțit presupune un mai mare grad de acceptare decât în cazul impunerii unei hotărâri judecătorești. Având în vedere aceste considerente, soluționarea diferendelor de către instanțele judecătorești ar trebui privită ca o ultimă soluție, atâta timp cât protecția dreptului subiectiv poate fi realizată și prin acordul părților.

Entuziasmul contemporan pentru căutarea soluțiilor amiabile este explicabil prin prisma „paralizării justiției”¹², urmare a „exploziei contenciosului, în condițiile în care justiția a devenit un bun de consumație curentă, în condițiile unei inflații de litigii”¹³.

Doctrina românească¹⁴ recunoaște faptul că „medierea și împăcarea pot reprezenta modalități importante de decongestionare a mecanismului judiciar, concretizată în posibilitatea finalizării judecătii fără administrarea unor probatorii deosebite”.

În acest context vorbim de *necesitatea trecerii de la o ordine juridică impusă la o ordine juridică negociată, de la reglementări de tip autoritar la reglementări de tip convențional ale societății*¹⁵.

Dreptul anglo-saxon - fie că este vorba de cel englez sau american - este, în mod tradițional, favorabil modalităților alternative de rezolvare a litigiilor¹⁶ și în mod particular tranzacției între părți. În 1996 a fost elaborat *Raportul Woolf privind accesul la justiție*¹⁷. Acest raport critica atât durata excesivă a proceselor,

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ H. Balzac, *Les illusions perdues*, La Pléiade, t. IV, p. 1054 *apud* L. Cadiet, *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges: de la contradiction à la conciliation*, p. 123, în *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle (Mélanges en l'honneur de Claude Champaud)*, Éditions Dalloz, 1997.

¹¹ Ph. Malaurie, L. Aynes, P.Y. Gautier: *Contractele speciale*, coordonator al ediției în limba română M. Scheaua, traducere de D. Dănișor, Ed. Wolters Kluwer, 2007, p. 553.

¹² I. Deleanu, *Medierea în procesul civil*, în *Dreptul nr. 10/2006*, p. 64.

¹³ *Idem*.

¹⁴ I. Leș, *Medierea și împăcarea părților în concepția Noului Cod de procedură civilă*, în *Curierul Judiciar nr. 11/2011*, p. 584.

¹⁵ Pentru detalii, în acest sens, L. Cadiet, *op. cit.*, p. 123.

¹⁶ Pentru detalii a se vedea S. Blake, J. Browne, S. Sime, *A practical approach to alternative dispute resolution*, Oxford University Press, 2011.

¹⁷ În Raportul său privind accesul la justiție, Lord Woolf nota: „Perspectiva mea asupra justiției civile este aceea că diferendele ar trebui, acolo unde este posibil, soluționate fără a se ajunge la proces” („*My approach to civil justice is that disputes should, wherever possible, be resolved without litigation*”). Pentru atingerea acestui obiectiv propus de Woolf, acesta a elaborat acele Protocoale

costul lor prea ridicat, cât și terminologia procedurală de neînțeles pentru cetățean¹⁸.

Proiectul reformei propusă pentru procedura civilă engleză, cunoscută sub denumirea «*Woolf Reforms*» a devenit lege: «*Civil procedure act*» a fost adoptat în 1997; noi norme ale acestei proceduri au fost redactate și au intrat în vigoare pe 26 aprilie 1999, o data cu noile «*Practice Directions and forms*».

La nivelul Uniunii Europene a fost adoptată, în 2002, Carta Verde privitoare la metodele alternative de soluționare a litigiilor în materie civilă și comercială. În lumina acestui document, mijloacele alternative de soluționare a litigiilor, privite în general, sunt o parte integrantă a politicilor care vizează îmbunătățirea accesului la justiție. Cu acest prilej, au fost și definite aceste căi alternative de soluționare a litigiilor¹⁹ care se numără printre politicile prioritare ale Uniunii Europene.

În acest context de analiză, se impune să procedăm la examinarea raportului existent între soluționarea extrajudiciară a litigiilor și principiul protecției jurisdicționale efective. În acest sens ne vom raporta la concluziile avocatului general Kokott prezentate la data de 19 noiembrie 2009²⁰.

Aceste concluzii sunt în sensul că „dreptul la o protecție jurisdicțională efectivă nu reprezintă o prerogativă absolută. Dimpotrivă, accesul la protecția jurisdicțională poate fi restricționat. În sfârșit, orice procedură jurisdicțională are nevoie ca legea să definească modalitățile și condițiile de admisibilitate. În această privință, statele membre se bucură de o putere de apreciere specială. Astfel cum a constatat Curtea, în cadrul respectării dreptului la apărare, restricțiile trebuie totuși să răspundă efectiv unor obiective de interes general și să nu constituie, în raport cu scopul urmărit, o intervenție disproporționată care ar aduce atingere însuși conținutului dreptului”.

O soluționare amiabilă mai rapidă și mai ieftină a litigiilor este, în primul rând, în interesul fiecărei părți. În același timp, aceasta determină o degrevare a instanțelor în ansamblu și sporește, așadar, efectivitatea administrării justiției de către stat. În sfârșit, ajungerea de către părți la un acord într-un cadru extrajudiciar este adesea mai propice obținerii unei păci juridice durabile decât o decizie judiciară litigioasă. Prin urmare, toate aceste rațiuni mai sus redate urmăresc obiective legitime de interes general.

Ajungem astfel la concluzia²¹ potrivit căreia o procedură obligatorie de soluționare a litigiilor, prealabilă unei proceduri jurisdicționale nu constituie în principiu o atingere

ante proces/ante acțiunea civilă („*Pre-action Protocols*”) menite să înlesnească înțelegerea părților - pentru detalii în acest sens P. Loughlin, S. Gerlis: „*Civil procedure*”, Chapter 5 „*Pre-Action Protocols*”, 2nd edition, Cavendish Publishing, 2004, respectiv I. Grainger, M. Fealy, M. Spencer: „*The civil procedure. Rules in action*”, 2nd edition, Cavendish Publishing, 2000, p. 6.

¹⁸ Raport accesat online la data de 7 ianuarie 2011, la adresa web: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/reportfr.htm>.

¹⁹ „*Alternative methods of dispute resolution, for the purposes of this Green Paper, are defined as outofcourt dispute resolution processes conducted by a neutral third party excluding arbitration proper*”. (Metodele alternative de soluționare a litigiilor sunt definite la nivelul Comunității Europene ca fiind acele posibilități de rezolvare a diferendelor în afara instanțelor de judecată, prin intermediul procedurilor conduse de către o terță persoană, aflată în poziție de neutralitate față de părți, exceptând în acest înțeles arbitrajul).

²⁰ Cauze conexe C-317/08, C-318/08, C-319/08 și C-320/08.

²¹ *Idem*.

disproporționată adusă dreptului la protecție jurisdicțională efectivă, fiind compensată de posibilitatea de a se ajunge la o stingere a litigiului prin mijloace ieftine și rapide.

§ 3. Contractul de tranzacție, modelul mijloacelor de soluționare alternativă a disputelor

Vorbind despre metodele alternative de soluționare a disputelor, ne referim la conciliere, mediere și la contractul de tranzacție care este fructul recurgerii la aceste diverse metode amiabile nejurisdicționale²²; acestea sunt, în principal, mecanisme care își propun să apropie părțile oponente.

Acest lucru este recunoscut și la nivel european, în Carta Verde privitoare la metodele alternative de soluționare a litigiilor în materie civilă și comercială²³; astfel în anumite state membre, așa-numitele ADR-uri (*Alternative Dispute Resolution*) pot conduce la încheierea contractului de tranzacție, după cum este recunoscut și faptul încheierii unor înțelegeri amiabile de tipul acordurilor de mediere. Toate aceste înțelegeri amiabile sunt, în fapt, tradiționalele contracte de tranzacție, indiferent de titulatura mai nouă sub care le regăsim.

Contractul de tranzacție, a cărui esență este dată de realizarea concesiilor reciproce de către părțile unui diferend, poate să fie rezultatul ședințelor de mediere, ce se desfășoară prin intermediul unui terț specializat în acest sens, care ajută părțile să-și apropie punctele lor de vedere, accelerând în acest fel obținerea unui astfel de acord sau, dimpotrivă, să se realizeze în mod spontan între părți. Totuși, rezultatul medierii nu se limitează doar la tranzacție; unele medieri se pot finaliza prin renunțarea de către una din părți la dreptul disputat, sau printr-un alt act unilateral, achiesarea, prin care se recunoaște poziția fondată a adversarului.

Conceptul de „tranzacție” este astăzi polisemantic²⁴.

În accepțiunea sa economică, des uzitată, prin „tranzacție” se înțelege un acord, o convenție, un contract, în *sens larg*.

Într-un *sens mai restrâns*, tranzacția este un contract numit prin care părțile sting diferendul între ele, „*contractul prin care părțile previn sau sting un litigiu, inclusiv în faza executării silite, prin concesi sau renunțări reciproce la drepturi ori prin transferul unor drepturi de la una la cealaltă*” (art. 2.267 Cod civil). Tranzacția, în acest ultim înțeles face obiectul nostru de studiu.

De altfel, raportându-ne la terminologia cuvântului „tranzacție”, acesta provine din latinescul *transactio, onis*, mai exact derivă de la verbul *transigo, ere* care semnifică „a duce la bun sfârșit”, „a regla o afacere”, „a pune capăt”, de unde și înțelesul juridic actual - tranzacția pune capăt unui diferend, unui litigiu între părți²⁵.

²² C. Boillot, *op. cit.*, p. 11.

²³ „*In certain States, ADR can in fact often lead to a simple contractual transaction, but it can also yield other arrangements, such as conciliation minutes or mediation minutes. All these arrangements are in fact “transactions”, whatever name is applied to them*”.

²⁴ G.B. Tăriță (Spîrchez), *Conventional and jurisdictional in dispute settlement. The legal nature of the transaction contract*, in „The International Conference in Economics and Administration” Proceedings, Ed. Universității din București, 2012, p. 587.

²⁵ Ph. Malaurie, L. Aynes, P. Y. Gautier, *op. cit.*, p. 555.

Explicația²⁶ pentru care în limbajul curent tranzacția are semnificația largă de înstrăinare, vânzare, schimb de valori este aceea că, prin concesiile reciproce făcute de părți, fiecare parte primește cel puțin echivalentul pentru ceea ce a cedat. Totuși, o echivalență totală nu există, întrucât voința părților conciliante cedează sub presiunea dificultăților probei, a riscurilor judecătii.

De asemenea, contractul de tranzacție, ce se constituie în obiectul prezentului studiu, nu trebuie confundat cu tranzacționarea de instrumente financiare (valori mobiliare: acțiuni, obligațiuni), acestea din urmă fiind contracte de vânzare-cumpărare încheiate, de regulă, printr-un mandatar specializat, cu respectarea regulilor specifice piețelor în cadrul cărora se încheie acele operațiuni²⁷.

Percepută ca un remediu la imperfecțiunile justiției statale, încheierea contractului de tranzacție este astăzi un fenomen din ce în ce mai răspândit, fiind folosit de părțile care doresc stingerea caracterului litigios al dreptului disputat de ele, în baza concesiilor reciproce.

Au fost identificate o serie de virtuți filosofice, dar mai ales civice ale acestui tip de acord: părțile își fac ele singure dreptate, în sensul că protagoniștii redevin parteneri convenind, oarecum, ca fiecare să-i facă dreptate celuilalt, fără a recurge la o instanță²⁸. În dreptul francez, utilitatea acestui instrument juridic a fost sugestiv redată de Bigot-Prémameneu în expunerea de motive din textele Codului civil consacrate tranzacției²⁹, prin formula „*transaction - le plus heureux des moyens de mettre fin à un conflit*”, înțelesul fiind acela că tranzacția este cea mai fericită dintre modalitățile de a pune capăt unui conflict. În spiritul aceluiași termeni elogioși, și doctrina ulterioară³⁰ s-a referit la tranzacție ca la un instrument de sprijin într-o societate din ce în ce mai contestată.

Astfel, interesul acordat contractului de tranzacție nu este deloc surprinzător, având în vedere multiplele nevoi practice cărora le răspunde, aceasta fiind o soluție ce se impune în practica zilelor noastre mai ales în vederea evitării termenelor îndelungate și costurilor ridicate asociate cu acțiunea în justiție, respectiv înlăturării incertitudinii rezultatului antrenat de demersul judiciar.

Dezvoltând aceste avantaje ale încheierii contractului de tranzacție³¹, vom puncta următoarele:

- încheierea contractului de tranzacție este *mai puțin costisitoare* decât calea juridică, care implică plata taxelor de timbru, plata asistenței de specialitate a unui avocat;
- tranzacția este și un mijloc de solutionare a diferendului *mai rapid*, prin câștigul de timp reducându-se și perioada de incertitudine a părților cu privire la dreptul disputat;
- tranzacția este apreciată și prin *supletea* sa, deoarece ea permite să se decidă în mod echitabil, adaptând la fiecare caz procesul de adoptare a soluției convenționale.
- *confidențialitatea* care, mai ales în lumea afacerilor, constituie, în definitiv, un factor important al succesului, deoarece ea permite să se păstreze reputația anumitor

²⁶ G.B. Tăriță (Spîrchez), *op. cit.*, p. 587.

²⁷ A se vedea, în acest sens T. Prescure, A. Ciurea, *Contracte civile*, Ed. Hamangiu, 2007, p. 350.

²⁸ A. Jeammaud, *Genèse et postérité de la transaction*, în «*La transaction dans toutes ses dimensions*», lucrare colectivă, Ed. Dalloz, 2006, p. 10.

²⁹ Referințe, în acest sens, în C. Boillot, *op. cit.*, p. 2.

³⁰ *Idem*.

³¹ Pentru relativizarea acestor avantaje, C. Boillot, *op. cit.*, p. 8.

întreprinderi care preferă să nu facă obiectul unei publicități stigmatizante pe care o implică un proces.

Acest mecanism legal se fundamentează, în primul rând, pe libertatea contractuală de care beneficiază părțile în dreptul privat, libertate care le permite soluționarea amiabilă a diferendului dintre ele, fără a se mai supune regulilor clasice de procedură, fapt de natură a conferi tranzacției un loc particular în materia contractelor.

§ 4. Tranzacția judiciară. Rolul instanței judecătorești în formarea contractului judiciar

Familia de contracte relative la litigiu este fundamentată pe o evidență căreia i-a luat, totuși, ceva timp să apară: «contractul și procesul nu trebuie să se excludă, ci să se îmbine»³².

Noul Cod de procedură civilă prevede la art. 21 obligația judecătorului de a recomanda părților soluționarea amiabilă a litigiului prin mediere. Potrivit alin. (2) [corespondentul art. 131 alin. (1) din vechiul Cod de procedură civilă] «în tot cursul procesului, judecătorul va încerca împăcarea părților, dându-le îndrumările necesare, potrivit legii».

Contractul de tranzacție (cel judiciar) a fost încadrat în categoria contractelor judiciare încheiate asupra fondului dreptului, prin care se realizează stingerea unui litigiu aflat pe rolul instanțelor judecătorești. Această calificare am întâlnit-o, în primul rând, în monografia dedicată *contractelor judiciare*, a autorului M.G. Constantinescu, fiind preluată apoi și de doctrina de drept procesual civil mai recentă.

În procedura civilă, tranzacția judiciară este tratată ca un act procesual de dispoziție al părților, fiind „împregnată” deci și de regulile procesuale civile.

Prin natura sa convențională, tranzacția este examinată ca un contract, fiind supusă regulilor de drept comun de formare a convențiilor, însă prin funcția îndeplinită, prin efectul pe care îl produce se apropie de actul jurisdicțional.

Acest contract special se găsește, astfel cum s-a mai exprimat în doctrină³³ la confluența dintre dreptul obligațiilor și dreptul judiciar privat. Incluziunea tranzacției în categoria contractelor judiciare situează acest act juridic la granița dintre dreptul material și cel procesual.

Tranzacția judiciară, în cazul căreia acordul părților este guvernat de regulile contractuale, activitatea judecătorului, eminentă jurisdicțională, constituie „a doua fază” în realizarea contractului judiciar³⁴. Avem astfel, pe de o parte, un element convențional - acordul părților, iar pe de altă parte un element judiciar - consfințirea, confirmarea judecătorului, care constatând voința părților o validează sau nu (dreptul procesual de dispoziție al părților se îmbină cu rolul activ al judecătorului). „Ori de câte ori instanța constată că învoiala prezentată este contrară voinței uneia dintre părți sau ordinii juridice o va respinge și va promova măsuri corespunzătoare privitoare la

³² A se vedea în acest sens T. Clay, *Transaction et autres contrats relatifs aux litiges*, publicată în lucrarea colectivă «*La transaction dans toutes ses dimensions*», Ed. Dalloz, 2006, p. 16.

³³ Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Y. Gautier, *op. cit.*, p. 555.

³⁴ M.G. Constantinescu, *Contractele judiciare*, Tipografia „Universul”, București, 1983, p. 95.

continuarea procesului civil sau la adoptarea altei soluții impuse de lege (suspendarea procesului, renunțarea la judecată etc.)”³⁵.

Deci, în cazul tranzacției judiciare instanța nu judecă și nu adaugă nimic la efectele contractului de tranzacție, ci verifică numai legalitatea înțelegerii între părți³⁶, hotărârea de expedient având funcția de a autentifica această învoială, deoarece orice hotărâre judecătorească este asimilată, din punct de vedere probator cu un act autentic³⁷.

§ 5. Concluzii

Rezolvarea diferendelor prin maniera clasică, prin intermediul justiției statale, antrenează costuri considerabile, dovedindu-și vulnerabilitățile legate și de timpul îndelungat până la a oferi soluția judecătorească.

În acest context, mijloacele alternative de soluționare a diferendelor, al căror model îl constituie tranzacția, sunt instrumente juridice demne de luat în considerare pentru valorificarea drepturilor în condiții optime.

Importanța practică a tranzacției a fost explicată prin prisma funcției îndeplinite de acest instrument juridic. Pe de o parte, tranzacția operează ca o măsură practică, economică, prin care părțile pot fi scutite de cheltuieli și pierderi de timp inerente proceselor; pe de altă parte, nu mai puțin important este aportul social, întrucât acesta contribuie la restabilirea relațiilor între părți.

BIBLIOGRAFIE:

- I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă. Volumul I*, Editura All Beck, București, 2005;
R. von Ihering, *Lupta pentru drept*, traducere A. Florea, Editura All Beck, București, 2002;
C. Boillot, *La transaction et le juge*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Editeur Diffusion: L.G.D.J., 2003;
Prugnon Archives parlementaires, tome XXVI, p. 739 *apud* C. Boillot, *op. cit.*;
H. Balzac, *Les illusions perdues*, La Pléiade, t. IV, p. 1054 *apud* L. Cadiet, *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges: de la contradiction à la conciliation*, p. 123, în *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle (Mélanges en l'honneur de Claude Champaud)*, Éditions Dalloz, 1997;
Ph. Malaurie, L. Aynes, P.Y. Gautier: *Contractele speciale*, coordonator al ediției în limba română M. Scheaua, traducere de D. Dănișor, Ed. Wolters Kluwer, 2007;
I. Deleanu, *Medierea în procesul civil*, în „Dreptul” nr. 10/2006;

³⁵ I. Leș, *op. cit.*, p. 584.

³⁶ Instanța este datoare să verifice dacă părțile au capacitatea de a tranzacționa, dacă actul este expresia liberei lor voințe, precum și dacă, prin încheierea tranzacției, nu se urmărește realizarea unor scopuri ilicite - C.S.J., sect. civ., dec. nr. 552/1990, în *Dreptul* nr. 1/1991, p. 71.

³⁷ Astfel cum s-a pronunțat C.A. Craiova, s. civ., dec. nr. 8683/1999, în V. Terzea, „*Coduri anotate. Codul civil*”, vol. III (art. 1405-1914), Ed. C.H. Beck.

- I. Leș, *Medierea și împăcarea părților în concepția Noului Cod de procedură civilă*, în „Curierul Judiciar” nr. 11/2011;
- S. Blake, J. Browne, S. Sime, *A practical approach to alternative dispute resolution*, Oxford University Press, 2011;
- P. Loughlin, S. Gerlis: „*Civil procedure*”, Chapter 5 „Pre-Action Protocols”, second edition, Cavendish Publishing, 2004;
- I. Grainger, M. Fealy, M. Spencer: „*The civil procedure. Rules in action*”, second edition, Cavendish Publishing, 2000;
- Cauze conexate C-317/08, C-318/08, C-319/08 și C-320/08;
- G.B. Tăriță (Spîrchez), *Conventional and jurisdictional in dispute settlement. The legal nature of the transaction contract*, in „The International Conference in Economics and Administration” Proceedings, Editura Universității din București, 2012;
- T. Prescure, A. Ciurea, „*Contracte civile*”, Editura Hamangiu, 2007;
- A. Jeammaud, *Genèse et postérité de la transaction*, în «*La transaction dans toutes ses dimensions*», lucrare colectivă, Editura Dalloz, 2006;
- T. Clay, *Transaction et autres contrats relatifs aux litiges*, publicată în lucrarea colectivă «*La transaction dans toutes ses dimensions*», Editura Dalloz, 2006;
- M.G. Constantinescu, *Contractele judiciare*, Tipografia „Universul”, București, 1983;
- C.S.J., sect. civ., dec. nr. 552/1990, în „Dreptul” nr. 1/1991, p. 71;
- C.A. Craiova, sect. civ., dec. nr. 8683/1999, în V. Terzea, „*Coduri adnotate. Codul civil*”, vol. III (art.1405-1914), Ed. C.H. Beck.

Naționalitatea persoanei juridice în dreptul internațional

Lect. univ. dr. Mihai FLOROIU
Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova



Nationality of the legal person in international law

Abstract: The concept of the nationality of a legal person in international law is quite actual and of big interest within the actual globalization context. The multiplication of disputes related to foreign investments, as well as the need of protecting both the interests of foreign investors and the host States, brings into light the old concept of nationality as link between a State and a person, even for a corporation.

Keywords: nationality of legal person, ICSID, Barcelona Traction.

Naționalitatea reprezintă un drept inerent al persoanei, atât al celei fizice cât și al celei juridice, pentru a permite stabilirea unei legături cu un sistem de drept¹. Noțiunea modernă de naționalitate își extrage originea din vechiul concept roman al stării civile a persoanei fizice, ca și factor care declanșează capacitatea de a acționa a persoanei. Ulterior, această noțiune a evoluat spre o accepție modernă, care consideră această legătură între persoană și Stat drept punctul de plecare al drepturilor și obligațiilor unei persoane, precum și pentru eventuala protecție a acestei persoane din partea unui Stat, atunci când se regăsește pe teritoriul altui Stat.

Astfel, cetățenia rămâne o legătură politică și juridică între Stat și subiecții săi. Naționalitatea este o stare critică a persoanei, care îi condiționează capacitatea de a acționa, de anumite drepturi acordate persoanei fizice, beneficiind și persoanele juridice (denumirea companiei, capacitatea de a contracta drepturi și obligații, sediul). În acest sens, în contextul actual al globalizării, unde persoane fizice pot crea entități cu personalitate juridică pe teritoriul unor State terțe, apare ca legitimă nevoia de analiză a conceptului de naționalitate a persoanei juridice din prisma dreptului internațional.

¹ Unul dintre doctrinarii dreptului care și-a ridicat întrebarea legată de naționalitatea persoanei juridice a fost internaționalistul francez Jean Paulin NIBOYET (1886 – 1952), care se întreba retoric în anul 1927, într-un articol publicat în *Revue de Droit International Privé*, dacă și societățile au o naționalitate;

În acest context, întrebarea lui Niboyet a fost legitimă, în sensul în care societățile comerciale, persoanele juridice în general, nu mai sunt considerate doar simple creații intelectuale și devin astfel realități distincte de persoanele care le-au creat, cărora trebuie să le fie atașate o serie de prerogative pentru a putea acționa ca subiecte de drept, iar naționalitatea este principalul punct de legătură între un anumit subiect de drept și un anumit sistem juridic, elementul care contribuie la determinarea statutului juridic al persoanei. Cu toate acestea, folosirea aceluiași concept pentru a determina două realități diferite, în funcție de tipul de persoană căreia i se adresează – individ sau persoană juridică, riscă să dea naștere unor ambiguități², în contextul în care, în cazul persoanelor juridice nu există criterii la fel de sigure și solide ca în cazul indivizilor, a căror naționalitate este determinată fie de legea solului (*jus solis*), fie de cea a sângelui (*jus sanguinis*).

Pentru unii autori francezi, precum Yvon Loussouarn și Pierre Bourel³, stabilirea unei legături între persoana juridică și un sistem de drept ar permite soluționarea a două categorii de probleme, pe de o parte conflictul de legi, în sensul în care se determină legea aplicabilă persoanei juridice și, pe de altă parte, determinarea drepturilor și obligațiilor unei persoane juridice în funcție de statutul său „național” sau „străin”. Se pot distinge astfel patru mari criterii folosite ca elemente de determinare a naționalității unei persoane juridice:

- Centrul de administrare – criteriu care poate uneori să dea naștere unor confuzii, atunci când există mai multe centre de administrare/exploatare⁴;
- Sediul social – criteriu satisfăcător parțial doar, în special în perioade de război;
- Criteriul controlului din partea acționariatului – element care trebuie să se caracterizeze prin efectivitate;
- Criteriul incorporării, care leagă persoana juridică de Statul în conformitate cu a cărui legislație a fost constituită persoana juridică (criteriu folosit în special în Statele cu sisteme juridice de *common law*).

Din punctul nostru de vedere considerăm ca utile două dintre aceste criterii, respectiv cel al sediului social și cel al controlului și ne vom referi, în cele ce urmează la aceste concepte din prisma dreptului internațional convențional, prin analiza succintă a două acorduri internaționale cu relevanță în materie, **Convenția de la Havana** privind dreptul internațional privat și **Convenția de la Washington** cu privire la reglementarea diferendelor între state cu privire la investiții străine, precum și din punctul de vedere al Curții Internaționale de Justiție de la Haga, care a trasat o serie de concepte legate de naționalitatea persoanei juridice în cauza **Barcelona Traction Lighting Company** (1970).

² P. Merle, *Droit commercial-Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 1994, p. 94;

³ Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2001, p. 775;

⁴ P. Merle, *op. cit.*;

ȘI. Conceptul de naționalitate a persoanei juridice determinat prin convenții internaționale

1. *Codul Bustamante*

Una dintre primele referiri la naționalitatea persoanei juridice pe plan internațional apare în Convenția de la Havana privind dreptul internațional privat⁵, semnată la 20 februarie 1928, cunoscută și sub numele de *Codul Bustamante*⁶. Astfel, deși acest document internațional nu a reușit să întrunească sufragiile multora dintre participanți (Statele Unite ale Americii retrăgându-se de la negocieri, Mexic și Columbia nesemnând acest tratat, iar alte State ratificând cu mari rezerve), sunt de remarcat, totuși, o serie de elemente de interes pentru analiza conceptului de naționalitate a persoanei juridice pe plan internațional. În acest context se cuvin a fi remarcate art. 9 care stipulează faptul că fiecare Stat aplică propria sa lege pentru a determina naționalitatea persoanei juridice, precum și art. 16, 17, 18 și 19 care stipulau că naționalitatea persoanelor juridice se stabilește prin legea Statului care le autorizează sau le aprobă funcționarea, stabilind atât un criteriu teritorial de legătură (legea locului de constituire pentru asociații), cât și un criteriu de legătură în raport cu structura permanentă de conducere a societății.

2. *Tratatul de la Washington*⁷

Prin acest tratat internațional era înființat și Centrul Internațional pentru Soluționarea Diferendelor legate de Investiții (CIRDI/ICSID). Unul dintre elementele esențiale care permit sesizarea și, pe cale de consecință determinarea competenței Centrului este și naționalitatea persoanei juridice, care joacă un rol major în determinarea jurisdicției Centrului. Cu toate acestea, este de remarcat faptul că în Convenție nu există nicio definiție explicită a naționalității persoanei juridice, în contextul în care la art. 25.2.b se menționează doar faptul că persoana juridică „*are naționalitatea unui Stat contractant, altul decât Statul parte la diferend*”.

Astfel, pentru a înțelege semnificația acestui concept trebuie analizate scopurile generice ale Centrului, respectiv soluționarea diferendelor legate de investițiile străine, redactorii Convenției preferând să ofere părților capacitatea de a ajunge la un acord în ceea ce privește conceptul de naționalitate. În acest cadru, considerăm că trebuie acceptată orice definiție a naționalității persoanei juridice bazată pe argumente solide. Astfel, Centrul acceptă ca și criteriu de determinare a naționalității elemente precum sediul social sau

⁵ Acest document este de fapt un tratat internațional al cărui scop a fost acela de a stabili o serie de reguli comune aplicabile pe continentul american în materia dreptului internațional privat. Numele vine de la promotorul acestui demers, Antonio Sanchez de Bustamante, jurist de origine cubaneză, unul dintre judecătorii Curtii Permanente Internaționale de Justiție de la Haga, proiectul său fiind concretizat în cadrul celui de al 6-lea Congres Panamerican, care a avut loc la Havana în anul 1928, Codul fiind parte integrantă a Tratatului de la Havana din același an;

⁶ Textul integral este disponibil la http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp_gtm-mla-leg-cdip.pdf.

⁷ Cunoscut și sub numele de Convenția CIRDI sau ICSID în engleză, Tratatul de la Washington este un acord multilateral elaborat de către Directorii Executivi ai Băncii Mondiale prin care s-a instaurat un mecanism de soluționare a diferendelor internaționale cu privire la investiții. Tratatul a fost semnat pe 18 martie 1965 și a intrat în vigoare la 14 octombrie 1966, reunind în prezent 154 de State părți. Text disponibil la http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf;

locul de constituire, sau alte elemente din care să rezulte o natură efectivă a naționalității persoanei juridice (de ex. acord între Statul gazdă și investitori, prin care se stabilește naționalitatea persoanei juridice, cu condiția ca aceasta să fie bazată pe elemente obiective.

Astfel, interpretând în mod generic aceste elemente și activitatea Centrului, în mod excepțional se poate asimila naționalitatea persoanei juridice cu cea a asociațiilor/acționarilor săi, chiar dacă este constituită pe teritoriul unui Stat terț, dacă din voința părților a rezultat acest lucru, de exemplu prin criteriul controlului exercitat asupra persoanei juridice (art. 25.2.b). Pentru ca această excepție să funcționeze, este nevoie ca, în primul rând, controlul străin să fie unul concret și, în al doilea rând, Statul de reședință să-și fi exprimat acordul în acest sens. Cu alte cuvinte, pentru determinarea naționalității persoanei juridice, Tratatul CIRDI pare să accepte, în mod excepțional, criteriul controlului străin asupra societății în cauză, în detrimentul unui criteriu de legătură teritorială, reluând astfel un concept deja enunțat parțial în Codul Bustamante⁸.

Practica recentă a CIRDI confirmă existența unor astfel de cazuri, în care persoanelor juridice locale li s-a acordat o naționalitate străină, condiția esențială fiind ca investitorii străini să dețină participarea majoritară și să controleze efectiv aceste persoane juridice, instanțele CIRDI reiterând faptul că investitorii beneficiază de protecție din partea Convenției care, în afara protecției acordate investitorului străin protejează și persoana juridică. Astfel, pentru CIRDI, criteriul de determinare a naționalității prin prisma conceptului de control asupra persoanei juridice se poate lua în considerare în cazul în care există o participare majoritară a investitorilor străini la capitalul social și posibilitatea acestora de a influența administrarea persoanei juridice⁹, cu condiția ca acest control străin să fie efectiv și să nu reprezinte doar un artificiu juridic menit să deghizeze naționalitatea unei persoane juridice, controlată de naționali ai aceluiași Stat pe teritoriul căruia este constituită persoana juridică în cauză¹⁰.

În concluzie, criteriul general de determinare a naționalității persoanei juridice este locul de constituire a acesteia, sediul său social. Cu toate acestea, în mod excepțional, se acceptă, ca element suplimentar de determinare a naționalității persoanei juridice, criteriul controlului efectiv asupra unei persoane juridice, pentru a permite aplicarea cât mai largă a Tratatului de la Washington și, pe cale de consecință, soluționarea unor diferende în legătură cu investiții internaționale situate pe teritoriul unor State care un sunt părți la acest Tratat.

§ II. Jurisprudența internațională în materia naționalității persoanei juridice

Conceptul de naționalitate a persoanelor juridice a fost legat și de dreptul internațional public de către Curtea Internațională de Justiție de la Haga, care s-a pronunțat asupra acestui concept într-un diferend între Belgia și Spania.

Astfel, în cauza *Barcelona Traction Lighting Company*, care a făcut obiectul a două sesizări ale Curtii, prima dată la finele anilor 1950, ulterior în 1962. Astfel, în cauza respectivă, Belgia a sesizat Curtea împotriva Spaniei pe considerentul că în anul 1948, din motive care țineau de regimul totalitar al generalului Franco, o instanță spaniolă de judecată a decis intrarea în faliment a companiei de electricitate catalane, *Barcelona Traction Lighting*

⁸ Art. 18 din Cod;

⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela (Autocoven), C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, 2001*

¹⁰ *Tokios Tokels v. Ukraine, 2004;*

Company, cea mai mare companie de electricitate din Spania la acea vreme (în fapt dorindu-se o naționalizare deghizată a respectivei companii¹¹). Societatea în cauză fusese constituită în conformitate cu dreptul canadian și acționarii majoritari erau belgieni.

În acest context, având în vedere prejudiciile suferite de resortisanții belgieni, acționarii majoritari ai companiei, autoritățile belgiene au încercat întâi să intervină pe lângă autoritățile spaniole pentru a proteja interesele cetățenilor belgieni. Negocierile fiind pe cale să eșueze, Belgia a sesizat Curtea Internațională de Justiție, dar și-a retras solicitarea inițială în anul 1961, în contextul în care se prefigura o nouă rundă de negocieri, pentru a sesiza din nou Curtea în anul 1962, ca urmare a eșecului negocierilor.

Pe parcursul procedurii de fond, care a durat aproape 8 ani, Curtea a analizat conceptul de naționalitate aplicabil persoanei juridice și a decis că este necesară separarea a două concepte, respectiv societatea și acționarii săi, fiecare dintre aceste elemente având drepturi distincte. Or, în speta în cauză, naționalitatea persoanei juridice era canadiană, independent de naționalitatea acționarilor majoritari, Curtea considerând că Belgia nu avea calitatea de a acționa, în contextul în care societatea-mamă de naționalitate canadiană continua să existe (falimentul fiind pronunțat doar împotriva companiei din Spania), singurul Stat care ar fi avut dreptul de a acționa – *jus standi* fiind Canada, care a renunțat la acest drept.

Importanța acestei decizii este legată de faptul că la acel moment s-a desființat criteriul naționalității acționarilor ca și fundament al determinării naționalității persoanei juridice, confirmând totuși, indirect, criteriul controlului efectiv și principiul conform căruia naționalitatea unei persoane juridice creată pe teritoriul unui Stat poate fi dată de locul inițial al constituirii sale, chiar dacă acesta se află pe teritoriul unui Stat terț - criteriul încorporării. Un alt element de interes este faptul că se admite posibilitatea exercitării protecției diplomatice de către Statul naționalității, ca și competență discreționară a acestui Stat, inclusiv pentru persoanele juridice, în condiții similare cu protecția acordată indivizilor.

În loc de concluzie, putem considera că definiția juridică a conceptului de naționalitate a persoanei juridice nu a fost încă pe deplin definitivă în dreptul internațional și nu corespunde decât parțial nevoilor actuale ale globalizării și conceptelor juridice generale, așa cum rezultă și din concluziile unui grup de lucru francez din cadrul Comisariatului General al Planului, prezidat de Jean-François Bigay, fost președinte al Grupului Eurocopter: „*la nationalité de l'entreprise, quelle que soit sa taille ou son activité, se définit par le résultat d'une combinaison de critères. Elle constitue l'une des expressions de la complexité des processus économiques marqués par une interdépendance généralisée*”¹².

¹¹ În fapt, decizia din anul 1948 a survenit ca urmare a solicitării depuse de trei cetățeni spanioli, deținători ai unor bunuri de valoare în lire sterline emise de compania Barcelona Traction, de declarare a falimentului societății pe motivul neplății dobânzilor aferente acestor bunuri de valoare, solicitare acceptată de Tribunalul de la Reus, din provincia Tarragona. Ca urmare a acestei decizii, bunurile companiei și ale filialelor sale au fost naționalizate, iar filialele au fost la rândul lor naționalizate prin emiterea de acțiuni noi, subscrise prin colectă publică, ceea ce a dus la crearea unei noi companii (Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A. FECSA), care a preluat controlul companiei inițiale în anul 1952.

¹² J.F. Bigay, *La nouvelle nationalité de l'entreprise, Rapport du Commissariat Général du Plan*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 239.

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

ujmagro
UNIVERSUL JURIDIC MAGAZIN

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